ISSN 1982-1506

# Revista

DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO




160

V.35 - Nº 160 - JULHO/DEZEMBRO 2024

ISSN 1982-1506

# Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

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

**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)

**EXPEDIENTE**

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)

Equipe Editorial
Simone de Alcantara Savazzoni - Assessora
Renata Bataglia Garcia – Analista Judiciária

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

## ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

*Antinomias jurídicas: análise doutrinária e jurisprudencial*
Ricardo Alves de Lima; Bruno Casagrande e Silva ..... 15

*Lucro obtido pela violação a direitos de personalidade*
João Marcelo Torres Chinelato ..... 49

*Da coisa julgada nos processos com declaração de estado de coisas inconstitucional: efeitos das decisões judiciais com estado de coisas inconstitucional e sua relação com processos coletivos*
Priscila Resende; Carla Vidal Gontijo Almeida; Samuel Alves Resende ..... 65

*Contratação direta na Lei nº 14.133/2021*
Gabriela Shizue Soares de Araujo; Alessandro de Oliveira Soares ..... 81

*A perspectiva da vítima no âmbito do acordo de não persecução penal*
Beatriz Daguer; João Gualberto Garcez Ramos ..... 105

*Notas sobre la Constitución Federal de la República Argentina*
Raúl Gustavo Ferreyra ..... 125

*El sistema constitucional de Brasil: la articulación de poderes en las negociaciones comerciales internacionales*
Jesús López de Lerma Galán ..... 149

*O preconceito linguístico como uma injúria: diálogos possíveis entre o Direito Penal e a Análise do Discurso Ecossistêmica*
Tadeu Luciano Siqueira Andrade ..... 171

*A gestão empresarial de serviços públicos e seus impactos no Estado Democrático e no Direito Administrativo*
Robertonio Santos Pessoa ..... 187

*Código Florestal: controle de constitucionalidade, vedação ao retrocesso ambiental e reclamação constitucional*
Carlos Eduardo Delgado; Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida ..... 203

## JURISPRUDÊNCIA

### ÓRGÃO ESPECIAL

*Agravo interno. Negativa de seguimento ao Recurso Especial. Aplicação da tese firmada em recurso repetitivo. Desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma.*
ApCiv 5004346-66.2019.4.03.6128
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo ..... 225

*Suspensão de Liminar e de Sentença. Ingresso de "amicus curiae". Impossibilidade. Ação Civil Pública. Sistema nacional de prevenção e combate à tortura. Protocolo facultativo à convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. Decreto nº 6.085/2007. Lei nº 12.847/2013. Comitês e mecanismos estaduais e distritais de prevenção e combate à tortura (MECPCT). Discricionariedade. Prejuízo à autonomia de ente federativo e independência entre os poderes.*
SLS 5011834-50.2024.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Muta ..... 226

*Conflito de Competência entre relatores integrantes das 1ª e 2ª Seção desta Corte Regional. Feito originário no qual se discute a regularidade do procedimento administrativo de compensação de créditos previdenciários. Especialidade da competência da 1ª Seção.*
CCCiv 5021404-60.2024.4.03.0000
Desembargadora Federal Giselle França ..... 230

*Conflito Negativo de Competência. Antecipação de garantia. Execução Fiscal. Dispensa da reunião de feitos. Ausência de prevenção.*
CCiv 5031510-81.2024.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta ..... 231

**PRIMEIRA SEÇÃO**

*Ação Rescisória. Art. 966, VI, do CPC. Coisa julgada formada em ação monitória. Citação recusada pelo suposto devedor. Assinatura falsa atribuída a falecido réu. Exigência em face de viúva. Demonstração no curso do feito rescisório. Decadência. Termo inicial. "Actio nata". Inocorrência. Falsidade comprovada. Laudo pericial. Julgado viciado.*
AR 5015518-17.2023.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Francisco ..... 232

*Conflito Negativo de Competência. Anulação de ato administrativo. Demanda que versa a respeito de bem imóvel objeto de assentamento pelo INCRA. Causa excluída da competência do Juizado Especial.*
CCCiv 5013478-28.2024.4.03.0000
Desembargador Federal Alessandro Diaferia ..... 234

**Primeira Turma**

*Execução Fiscal. Prescrição intercorrente. Suspensão do processo por não localização de devedor ou bens. Falência não interrompe o prazo prescricional. Inércia da exequente.*
ApCiv 0011823-25.2000.4.03.6119
Desembargador Federal David Dantas ..... 235

*Desapropriação. Metalaudo da CPERCAMP. Caráter não vinculante. Perícia judicial. Apta a estabelecer indenização. Especulação imobiliária. Não comprovada. Lucros cessantes. Incabíveis. ADI 2.332. Entendimento inaplicável. Modificação legislativa posterior.*
ApelRemNec 0006422-33.2013.4.03.6105
Desembargador Federal Renato Becho ..... 236

*Contrato de financiamento imobiliário. Neoplasia do mutuário. Cobertura securitária. Quitação do saldo residual. Impossibilidade. Ausência de configuração do sinistro de invalidez total e permanente.*
ApCiv 5001645-76.2020.4.03.6103
Desembargador Federal Antonio Morimoto ..... 239

*Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Contrato de empréstimo consignado fraudulento. Legitimidade passiva. INSS. Dano material e moral caracterizado.*
ApCiv 5002429-49.2022.4.03.6114
Desembargador Federal Herbert De Bruyn ..... 240

**Segunda Turma**

*Ação indenizatória. Legitimidade passiva da CEF. Danos materiais devidamente comprovados. Depreciação do bem. Danos morais existentes. "Quantum" mantido.*
ApCiv 0003233-71.2013.4.03.6000
Desembargador Federal Cotrim Guimarães ..... 241

*Ação de cobertura securitária e quitação de contrato de financiamento. Doença preexistente. Exigência de exames médicos prévios não realizada. Má-fé do segurado não comprovada.*
ApCiv 5004930-80.2020.4.03.6102
Desembargadora Federal Renata Lotufo ..... 243

*Embargos de Terceiro. Cônjuge responsável tributário. Penhora de bens do casal. Súmula 251 do STJ. Regime de comunhão universal de bens. Art. 1667 do Código Civil. Bem indivisível. Penhora em sua integralidade. Divisão do produto obtido com a alienação judicial.*
ApCiv 5155571-29.2020.4.03.9999
Desembargadora Federal Audrey Gasparini ..... 245

**SEGUNDA SEÇÃO**

*Ação Rescisória. Embargos à Execução Fiscal. Adesão à programa de parcelamento tributário. Confissão irrevogável e irretratável. Dolo processual da parte vencedora. Prova nova. Violação à norma jurídica. Decisão "extra petita". "Reformatio in pejus". Não ocorrência. Ação rescisória como sucedâneo recursal. Verba honorária por apreciação equitativa.*
AR 5000220-82.2023.4.03.0000
Desembargador Federal Mairan Maia ..... 246

*Conflito Negativo de Competência. Direito de propriedade. Artigo 47 do CPC. Competência absoluta. Local do imóvel. Precedentes.*
CCCiv 5021185-47.2024.4.03.0000
Desembargadora Federal Marisa Santos ..... 248

**Terceira Turma**

Justiça gratuita. Litigância de má-fé. Não configurada. Divulgação de fotografia de imóvel diverso daquele penhorado e a ser leiloado. Dano moral e material. Indenização. Descabimento.
ApCiv 0004375-24.2015.4.03.6103
Desembargador Federal Nelton dos Santos ..... 249

*Mandado de Segurança. Adicional de COFINS-importação. Tema 1.047/STF. RE nº 1.178.310 em Repercussão Geral. Constitucionalidade. Creditamento. Impossibilidade. GATT. Violação à cláusula de não discriminação. Não ocorrência. Medidas provisórias nº 774/2017 e nº 794/2017. Anterioridade nonagesimal não aplicável.*
ApCiv 5006857-30.2020.4.03.6119
Desembargadora Federal Adriana Pileggi ..... 251

*Lei nº 14.148/2021. Programa emergencial de retomada do setor de eventos (PERSE). Lei nº 14.592/2023. Cadastro do Ministério do Turismo. Revogação do benefício para os contribuintes que não possuíam inscrição do CADASTUR na data de sua publicação (30/05/23). Inexistência de impedimento para tal revogação. Não se trata de modalidade de isenção condicional. Lei 14.859/2024 posteriormente permitiu a fruição do benefício às pessoas jurídicas que exerçam, dentre outros, a atividade do impetrante (restaurantes e similares) desde que possuam a referida inscrição.*
ApCiv 5026789-90.2022.4.03.6100
Desembargador Federal Rubens Calixto ..... 253

*Execução Fiscal. Carta de fiança. Seguro garantia. Substituição. Possibilidade. Princípio da menor onerosidade.*
AI 5004403-96.2023.4.03.0000
Desembargador Federal Nery Junior ..... 255

*Pensão por morte de anistiado político. Afastamento do teto constitucional. Natureza indenizatória exclusão de parcelas indenizatórias do teto. Jurisprudência do STJ. Acumulação com aposentadoria por idade da viúva. Benefícios com natureza e origem diversas.*
AI 5020177-35.2024.4.03.0000
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida ..... 257

*Mandado de Segurança. PIS. COFINS. Incidência sobre as próprias bases de cálculo (Tema 1.067/STF). Legitimidade. Tributação por dentro. Não-cumulatividade. Operacionalização pelo método base contra base.*
AI 5021089-32.2024.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Delgado ..... 258

**Quarta Turma**

*Bagagem desacompanhada. Descaracterização. Fraude. Pena de perdimento.*
ApCiv 0002967-41.2014.4.03.6100
Desembargador Federal André Nabarrete ..... 261

*Ação Popular. Remessa Oficial. CREA/SP. Sentença "extra petita". Não configuração. Adstrição da sentença à causa de pedir. Ônus da prova do réu. Possibilidade do superintendente jurídico em desempenhar atividades típicas de advogado. Inteligência dos arts. 29 e 70 do EOAB. Configuração de lide temerária.*
ApelRemNec 0014833-46.2014.4.03.6100
Desembargador Federal Marcelo Saraiva ..... 262

*Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Agência da previdência social. Acessibilidade. Pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. Fechamento no curso da demanda. Perda do objeto. Afastamento da multa astreinte.*
ApelRemNec 0002106-25.2015.4.03.6131
Desembargadora Federal Leila Paiva ..... 264

*Ação Anulatória. IRPF. Veterinário autônomo. Remuneração paga a terceiros. Profissionais do mesmo ramo, de outras especialidades. Despesas dedutíveis.*
ApCiv 5005364-11.2021.4.03.6110
Desembargadora Federal Mônica Nobre ..... 266

*TCFA. Art. 13, II, "b" da Portaria IBAMA nº 260/2023. Critério contrário ao previsto no art. 17-D da Lei nº 6.938/81: ilegalidade. Cabimento do Mandado de Segurança de origem. Decadência não ocorrida.*
AI 5019437-77.2024.4.03.0000
Desembargador Federal Wilson Zauhy ..... 267

**Sexta Turma**

*Embargos à Execução Fiscal. Taxa de resíduos sólidos de serviços de saúde – TRSS. Lei 13.478/2002. Base de cálculo. Potencial de geração de resíduo sólido. Faixas de classificação. UNIFESP. Abusividade na cobrança. Honorários fixados por apreciação equitativa.*
ApCiv 5012207-04.2020.4.03.6182
Desembargador Federal Souza Ribeiro ..... 268

*Julgamento monocrático. Possibilidade. Rol do artigo 932 do CPC meramente exemplificativo. Inexistência de violação ao princípio da colegialidade. Artigo 18-A da Lei Pelé. Confederação Brasileira de Desportos para Deficientes Intelectuais - CBDI. Mandato de presidente em curso em abril de 2014. Permitida uma única recondução.*
ApCiv 5032121-72.2021.4.03.6100
Desembargador Federal Valdeci Dos Santos ..... 269

**TERCEIRA SEÇÃO**

*Ação Rescisória. Art. 966, III e VI do CPC. Dolo processual, coação e prova falsa. Restabelecimento de pensão por morte. Reconhecimento da condição da autora de companheira do segurado falecido. Sentença que concede o benefício integralmente à ex-cônjuge do "de cujus". Impedimento ao exercício de contraditório e ampla defesa pela autora na ação de origem não demonstrado. Prova falsa. Falsidade dos depoimentos. Ação rescisória como sucedâneo recursal.*
AR 5017084-69.2021.4.03.0000
Desembargador Federal Marcelo Vieira ..... 271

*Ação Rescisória. Prova nova. Reconhecimento de tempo especial. Enfermeira hospitalar. Agentes biológicos. Ausência de pedido para o período dos autos subjacentes.*
AR 5023622-95.2023.4.03.0000
Desembargador Federal João Consolim ..... 274

*Ação Rescisória. Benefício por incapacidade. Violação de norma jurídica e coisa julgada quanto ao termo inicial do benefício. Desconstituição parcial do julgado. Rejulgamento.*
AR 5000223-03.2024.4.03.0000
Desembargador Federal Gilberto Jordan ..... 276

*Conflito de Competência. Valor da causa. Parcelas vencidas e vincendas. Dano moral. Fixação com razoabilidade. Valor que não deve superar o "quantum" apurado à título de danos materiais.*
CCCiv 5010461-81.2024.4.03.0000
Desembargadora Federal Louise Filgueiras ..... 278

**Sétima Turma**

*Agravo Interno. Julgamento monocrático. Possibilidade. Trabalho comum urbano. Anotação na CTPS. Recolhimento extemporâneo. Reconhecimento. Benefício restabelecido.*
ApCiv 5001072-27.2018.4.03.6000
Desembargador Federal Erik Gramstrup ..... 280

*Revisão de benefício. Art. 29, II, da Lei nº 8.213/91. ACP nº 0002320-59.2012.4.03.6183. Decadência. Incapaz. Sentença "extra petita". Nulidade.*
ApCiv 5001651-94.2019.4.03.6143
Desembargador Federal Marcus Orione ..... 281

*Auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Incapacidade total e permanente provada. Cálculo da RMI: regra da EC 103/2019 afastada. Observação do princípio da irredutibilidade dos benefícios previdenciários.*
ApCiv 5002543-09.2022.4.03.6107
Desembargador Federal Jean Marcos ..... 283

*Salário-maternidade. Artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/1991. Artigos 93 a 103 do Decreto nº 3.048/1999. Requisitos não preenchidos. ADI 2110 e ADI 2111 (21/03/2024) do STF.*
ApCiv 5002069-31.2024.4.03.9999
Desembargadora Federal Inês Virgínia ..... 284

**Oitava Turma**

*Aposentadoria por tempo de contribuição. Certidão de tempo de serviço. Servidor filiado a regime próprio na DER. Impossibilidade. Pedido improcedente.*
ApCiv 5000222-11.2022.4.03.6136
Desembargador Federal Toru Yamamoto ..... 285

*Agravo Interno em Agravo de Instrumento. Não cumulação de aposentadoria e seguro desemprego.*
AI 5015361-78.2022.4.03.0000
Juíza Federal Convocada Raecler Baldresca ..... 286

*Benefício por incapacidade. Comprovação da incapacidade laboral. Laudo pericial judicial. Prestígio da prova pericial.*
ApCiv 5068456-62.2023.4.03.9999
Desembargadora Federal Silvia Rocha ..... 287

**Nona Turma**

*Desaposentação. Juízo de retratação. Art. 1.040, II, do CPC. Tema n. 503 da Repercussão Geral (RE n. 381.367 e 661.256). Impossibilidade.*
ApelRemNec 0009096-12.2011.4.03.6183
Desembargadora Federal Ana Iucker ..... 288

*Aposentadoria por tempo de contribuição. Concessão. Tempo de serviço comum. Aluno aprendiz. Possibilidade. Requisitos preenchidos. Benefício concedido desde a DER.*
ApCiv 0001270-02.2013.4.03.6138
Desembargador Federal Fonseca Gonçalves ..... 289

*Aposentadoria por tempo de contribuição. Hidrocarbonetos. EPI eficaz. Corte de cana. Especialidade comprovada.*
ApCiv 5040909-23.2018.4.03.9999
Desembargadora Federal Cristina Melo ..... 291

*Auxílio-reclusão. Requerimento administrativo apresentado após a soltura do segurado. Dependente absolutamente incapaz. Possibilidade de concessão do benefício. Consectários.*
ApCiv 5000296-94.2023.4.03.6115
Desembargadora Federal Daldice Santana ..... 292

**Décima Turma**

*Benefício assistencial. Cerceamento de defesa não configurado. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Previdenciário. Deficiência. Requisito não preenchido.*
ApCiv 5289197-47.2020.4.03.9999
Desembargador Federal Nelson Porfírio ..... 293

*Seguro desemprego. Impugnação ao cumprimento de sentença. Cumulação com benefício por incapacidade. Impossibilidade. Compensação. Conta de liquidação. Adequação.*
AI 5004717-13.2021.4.03.0000
Desembargador Federal Baptista Pereira ..... 294

*LOAS. Alteração da renda familiar. Devolução de valores. Tema 979. Boa-fé configurada.*
ApCiv 5006797-67.2023.4.03.6114
Desembargador Federal Marcos Moreira ..... 295

*Aposentadoria por incapacidade permanente. Indígena. Intervenção do Ministério Público em primeira instância. Necessidade. Sentença anulada.*
ApCiv 5002898-12.2024.4.03.9999
Desembargadora Federal Gabriela Araujo ..... 296

**QUARTA SEÇÃO**

*Revisão Criminal. Artigo 621, inciso I, do CPP. Peculato-furto. Preliminar afastada. Impossibilidade de desclassificação da conduta. Condenação mantida. Provas suficientes. Improcedência do pedido revisional.*
RevCrim 5015526-57.2024.4.03.0000
Desembargador Federal Paulo Fontes ..... 297

*Conflito Negativo de Jurisdição. Inquérito policial em tramitação. Encerramento da investigação. Oferecimento de denúncia. Regulamentação do instituto do juiz das garantias. Redistribuição dos autos. Adequação. Intelecção da resolução CJF3R 117/24.*
CJ 5023440-75.2024.4.03.0000
Desembargador Federal Hélio Nogueira ..... 299

**Quinta Turma**

*Roubo de dormentes de trilho. Autoria, materialidade e dolo comprovados. Rompimento de obstáculo. Adoção de qualificadora como circunstância judicial. Pena-base reformada de ofício.*
ApCrim 5000511-06.2020.4.03.6138
Desembargador Federal Ali Mazloum ..... 300

*Agravo em Execução Penal. Falta disciplinar de natureza grave. Procedimento administrativo disciplinar. Decreto nº 6.049/2007. Homologação da falta. Prescrição da pretensão punitiva disciplinar. Artigo 109, VI, Código Penal. Aplicação por analogia.*
AgExPe 5007013-84.2020.4.03.6000
Desembargador Federal Maurício Kato ..... 302

*Tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33, "caput", c. c. § 4º e art. 40, I). Dosimetria. Pena-base. Natureza e quantidade (15.032 g e 15.089 g de metanfetamina). Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (1/2). Prisão preventiva. Substituição por outras medidas cautelares.*
ApCrim 5000946-95.2024.4.03.6119
Desembargador Federal André Nekatschalow ..... 303

**Décima Primeira Turma**

*Incidente de restituição de coisas apreendidas. Arts. 118 a 120 do CPP. Investigações relacionadas à suposta prática de crime de lavagem de dinheiro. Apelante investigado na "Operação Voo Baixo". Pedido de restituição de aeronaves. Pedido subsidiário não apreciado pelo juízo de origem.*
ApCrim 5003720-77.2022.4.03.6181
Desembargador Federal Fausto De Sanctis ..... 305

*Agravo em Execução Penal. Sistema penitenciário federal. Livramento condicional. Art. 83 do Código Penal. Requisito subjetivo não atendido.*
AgExPe 5004418-73.2024.4.03.6000
Desembargador Federal Nino Toldo ..... 307

*"Habeas Corpus". Art. 4º da Lei 7.492/86. ANPP. Recusa motivada por parte do Ministério Público Federal. Art. 28-A, §14 do CPP. Ausência de efeito suspensivo. Ordem denegada.*
HCCrim 5031212-89.2024.4.03.0000
Desembargador Federal José Lunardelli ..... 308

**TURMAS RECURSAIS DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL**

Aposentadoria por tempo contribuição. Revisão para inclusão de períodos especiais. Decisão transitada em julgado. Recurso contra decisão em fase de execução. Mitigação da fidelidade ao título executivo. Correção de grave injustiça. Recurso parcialmente provido.
Recurso Inominado Cível 0005271-64.2020.4.03.6306
Juiz Federal José Renato Rodrigues ..... 309

Aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento de vínculo sem registro em CTPS. Ausência de prova material. Extinção do processo sem resolução do mérito por insuficiência probatória. Recurso parcialmente provido.
Recurso Inominado Cível 5002588-10.2022.4.03.6302
Juiz Federal Omar Chamon ..... 312

## SENTENÇAS

Procedimento Comum Cível. Ação proposta em face da Caixa Econômica Federal - CEF e da ETC - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Pleito de indenização por danos materiais e morais. Extravio de cartão de crédito através de sua entrega a terceiro pelos Correios. Realização de transações bancárias perante a CEF mediante fraude.
5000933-13.2021.4.03.6116
Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes ..... 321

Cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública. Pleito de isenção de imposto de renda incidente sobre proventos de aposentadoria. Portador de cegueira monocular.
5002042-89.2022.4.03.6322
Juiz Federal Caio Cezar Maia de Oliveira ..... 330

Mandado de Segurança Cível. Suspensão e anulação de protesto. Protestos relacionados ao PIS e à COFINS. Alegação de que a Certidão de Dívida Ativa, não possui certeza e exigibilidade. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos autos da execução fiscal.
5020696-77.2023.4.03.6100
Juiz Federal Rafael Andrade de Margalho ..... 332

Procedimento do Juizado Especial Cível. Ação de responsabilidade civil extracontratual. Erro judiciário. Reclamatória trabalhista. Bloqueio de valores depositados. Indenização por dano material e compensação de dano moral.
5001221-45.2024.4.03.6345
Juiz Federal Caio Cezar Maia de Oliveira ..... 335

Mandado de Segurança Cível. Autorregulação incentivada. Inclusão de débitos vencidos posteriormente à Lei nº 14.740/2023. Impossibilidade. Anistia fiscal só abrange débitos vencidos anteriores à lei instituidora.
5007820-56.2024.4.03.6100
Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento ..... 341

Mandado de Segurança Cível. Pleito de reconhecimento do direito líquido e certo de não se submeter a obrigações nem de sofrer penalidades decorrentes da aplicação concreta de disposições constantes da Lei nº 14.611/23, do Decreto nº 11.795/23 e da Portaria MTE nº 3.714/23 por parte da autoridade impetrada, vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego.
5008273-51.2024.4.03.6100
Juiz Federal Renato Adolfo Tonelli Junior ..... 346

## SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região ..... 361

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região ..369

# ARTIGOS



Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# Antinomias jurídicas: análise doutrinária e jurisprudencial

*Legal antinomies: doctrinal and jurisprudential analysis*

**Ricardo Alves de Lima**

Pós-Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pelo Institvto Iuridico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação e de MBA da Excelsu Educacional. Advogado.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/3630490926291518
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7682-3028

**Bruno Casagrande e Silva**

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Advogado.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/1440791784843723
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-8177-3870

**RESUMO**: O Direito deve originar-se das bases sólidas das experiências sociais, formando um sistema preordenado, harmônico entre si e apto a responder os anseios do Direito posto; bem como ser flexível o suficiente para moldar-se à evolução social e tecnológica, de maneira protetiva às futuras gerações, em que novos direitos emergem a toda hora, colocando em conflito o passado com o presente. Nesta direção, a axiologia constitucional emoldura a construção das normas que buscam em seus princípios uma validade jurídica. Um caminho muitas vezes tortuoso e reiteradamente testado, o qual não se apresenta livre de confrontos. Os conflitos de normas denominados de antinomias são evidentes, sendo que a doutrina e a jurisprudência empreendem esforços incansáveis visando estabelecer critérios para a solução dos conflitos de primeiro e de segundo graus, aparentes ou reais. Não se olvida que há soluções já sedimentadas em técnicas de interpretação, configurando regra geral de solução da antinomia pelos critérios cronológico, da especialidade e hierárquico. Entretanto, muitas vezes, a aplicação dessas regras não abrange todas as respostas. Assim, evidencia-se que a necessária renovação vem ocorrendo pela regra de ponderação entre os princípios, aplicada hodiernamente em sentido mais alargado para todas as normas, inclusive em novas propostas criadas a partir da consolidação da teoria do diálogo das fontes, que representa um novo olhar em busca da harmonização do ordenamento jurídico brasileiro. Utilizou-se de metodologia hipotético-dedutiva e de revisão bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE**: Constituição; normas; harmonia; conflitos; antinomias; critérios; ponderação; diálogo das fontes; doutrina; jurisprudência.

**ABSTRACT**: Law must originate from the solid foundations of social experiences, forming a preordained system, harmonious with each other and capable of responding to the demands of the established Law; as well as being flexible enough to adapt to social and technological evolution, in a protective way for future generations, in which new rights emerge all the time, putting the past in conflict with the present. In this direction, constitutional axiology frames the construction of norms that seek legal validity in their principles. A path that is often tortuous and repeatedly tested, which is not free from confrontations. The conflicts of norms called antinomies are evident, and doctrine and jurisprudence make tireless efforts to establish criteria for resolving first and second degree conflicts, apparent or real. It should not be forgotten that there are solutions already consolidated in interpretation techniques, configuring a general rule for resolving the antinomy using chronological, specialty and hierarchical criteria. However, the application of these rules often does not cover all responses. Thus, it is evident that the necessary renewal has been taking place through the rule of weighting between principles, applied today in a broader sense to all standards, including in new proposals created from the consolidation of the theory of source dialogue, which represents a new look towards harmonizing the Brazilian legal system. A hypothetical-deductive methodology and bibliographic review were used.

**KEYWORDS**: Constitution; norms; harmony; conflicts; antinomies; criteria; weighting; dialogue of sources; doctrine; jurisprudence.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução. 2 Antinomias jurídicas. 3 Classificação e solução prática. 3.1 Classificação da antinomia conforme os metacritérios. 3.2 Classificação da antinomia conforme sua solução, ou não, quando aplicados os metacritérios. 3.3 Antinomias de 1º grau e aparentes: solução. 3.3.1 Metacritério cronológico. 3.3.2 Metacritério da especialidade. 3.3.3 Metacritério hierárquico. 3.4 Antinomias de 2º grau e aparentes: solução. 3.4.1 Especialidade x cronológico. 3.4.2 Hierárquico x cronológico. 3.4.3 Hierárquico x especialidade: antinomia real. 3.5 Antinomia real: solução. 4 Antinomias jurídicas e o diálogo das fontes. 4.1 Diálogo sistemático de coerência. 4.2 Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade. 4.3 Diálogo de coordenação e de adaptação sistemática (diálogo de influências recíprocas). 5 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

Os conflitos de normas são evidenciados pela ocorrência de um choque entre leis válidas dentro do mesmo ordenamento jurídico em que, por ocasião da aplicação ao caso concreto, se não solucionado o conflito existente pela percepção da legitimidade normativa, haverá uma sobreposição de direitos e obrigações, muitas vezes excludentes entre si. Diante desse contexto, a ideia central deste estudo foi evidenciar como a doutrina e a jurisprudência vêm encontrando respostas para um vultoso número de antinomias jurídicas, ocasionadas pela má redação legislativa, pelo acúmulo de normas e de legislações de todos os níveis e esferas, umas sobrepondo as outras, em uma evidente criatividade legiferante, ou de uma estreita medida de interpretação pelo Judiciário, que busca resolver, mas muitas vezes somente consegue gerar novos conflitos.

Nesta linha, serão apresentados os critérios ou metacritérios tradicionalmente utilizados para resolver na prática do dia a dia os conflitos entre as normas. Entretanto, demonstrar-se-á que a solução pela observação equânime do efeito positivo ou negativo de uma norma conflitante e o encaixe das antinomias de primeiro ou de segundo graus, aparentes, ou até mesmo das antinomias reais, por muitos insolúveis, com o simples exercício metodológico do tempo de sua edição (cronológico), de sua posição superior ou inferior (hierárquico) ou de abrangência geral ou particular (especialidade), não são suficientes, pois afasta-se um critério e aplica-se outro; afasta-se uma norma e aplica-se outra, mas aquela permanece guardada esperando outro caso semelhante.

Por vezes, a existência da lei entra em conflito com a própria ordem constitucional, ou quem sabe com outras normas de mesma hierarquia ou especialidade, ou com princípios de diferentes pesos dentro de sua materialidade abstrata à procura de uma legitimação, não apenas no âmbito jurídico, mas, sobretudo, em relação aos anseios sociais, resultados econômicos, financeiros e até de integração internacional, uma vez que existem normas produzidas dentro de uma necessidade mais abrangente e globalizada, encaixadas em nosso sistema jurídico dentro de uma roupagem hierárquica na busca da continuidade de proteção que se projeta sobre direitos que antes eram tidos, e agora são perdidos.

A busca incessante de uma resposta mais eficaz vem trazendo novas dimensões para as soluções, seja doutrinária ou jurisprudencialmente, passando pelas técnicas da ponderação das normas no caso concreto, conforme direcionamento do Código de Processo Civil de 2015, ao diálogo das fontes, que se evidencia como teoria de grande relevância. Nesse cenário, serão abordados os conceitos de maior praticidade, sem apego ao descritivismo, estruturando os conceitos e soluções juntamente com a análise da jurisprudência dos areópagos pátrios, não tendo o condão de esgotar o assunto.

## 2 Antinomias jurídicas

O surgimento de *leis novas*[1] traz desafios diversos, seja em sua *interpretação*[2], como na solução dos conflitos de validade jurídica, colocando em evidência as antinomias jurídicas, também denominadas *lacunas de conflito,* conforme doutrina especializada. Para Flávio Tartuce (2019, p. 50), a antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer, de imediato, qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto.

Para Maria Helena Diniz (1998, p. 16), havendo antinomia, o jurista, ante o caráter dinâmico do Direito, passará de um subsistema a outro, apontando e interpretando os critérios para solucioná-la. O processo de sistematização jurídica compreende várias operações tendentes não só a exibir as propriedades normativas, fáticas e axiológicas do sistema e seus defeitos formais – *antinomias* e lacunas, mas também a reformulá-lo para alcançar um sistema harmônico, atendendo aos postulados de capacidade total de explicação, ausência de contradições lógicas e a aplicabilidade fecunda do direito a casos concretos.

Assim, considerando o ensinamento de Maria Helena Diniz (1998, p. 19-24), a antinomia deverá ocorrer entre normas jurídicas; devem ser emanadas de autoridade competente no mesmo âmbito normativo e prescrever ordens ao mesmo sujeito; ambas as normas devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico; devem apresentar operadores opostos (com permissão e obrigação opostas) e seus conteúdos (atos e omissões), ou seja, uma prescreve o ato e a outra a omissão. Para haver a contradição em conflito, o sujeito ao mesmo tempo em que cumprir uma lei, estará descumprindo a outra, causando a insustentabilidade da posição do sujeito. Essa antinomia poderá se apresentar em diversos graus, e ser aparente ou real. Seus conceitos e características serão objeto de estudo mais para frente, entretanto, necessário conceituar, brevemente, a *antinomia real*, para que seja possível extrair fundamentos delineados para a continuidade do posicionamento conceitual e interpretativo de suas soluções.

Da lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1978, p. 14), revela-se o conceito de *antinomia real*:

> A oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridade competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

---

1 O "sentido da lei logo se modifica pelo facto de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica. As novas disposições legais reflectem sobre as antigas o seu sentido e modificam-nas. Mas não é só uma mudança no todo do Direito que arrasta atrás de si, como por simpatia, o Direito preexistente: também o fluir da vida o leva atrás de si" (Engisch, 2001, p. 173).

2 Para Savigny (2004, p. 9), criador da interpretação sistemática da Escola Histórica do Direito, "toda lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma. Então, quem interpretar uma lei deve analisar o pensamento contido na lei, deve pesquisar o conteúdo da lei. Primeiro é a interpretação: reconstrução do conteúdo da lei. O intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador e, assim produzir artificialmente seu pensamento. Esta interpretação só é possível através de uma composição tripla da tarefa. A interpretação, portanto, deve ter uma constituição tríplice: lógica, gramática e histórica".

Fortalecendo os conceitos apresentados, Maria Helena Diniz (1998, p. 19) evidencia a definição de Ulrich Klug na qual, a *antinomia real* é uma lacuna de conflito ou colisão, porque, sendo conflitantes, as normas se excluem reciprocamente, por ser impossível a remoção da contradição, pela dificuldade de destacar uma como mais forte ou decisiva.

Em regra, no pensamento da autora citada, para haver a *antinomia real* devem concorrer três condições imprescindíveis: a *incompatibilidade*, a *indecidibilidade* e a *necessidade de decisão*.

Inicia-se o presente estudo através do conceito e das características gerais da *antinomia real*, considerando o seu aspecto de insolúvel para alguns autores, especialmente quando da aplicação dos mecanismos estruturados por Norberto Bobbio (2010, p. 241). Tais considerações direcionam para a compreensão inicial das antinomias, abrindo o leque das posteriores definições.

Porquanto, tomando-se por fundamento o estudo de Maria Helena Diniz (1998, p. 25-31), procedendo-se uma síntese necessária, as *antinomias jurídicas são classificadas em relação ao*:

(i) *critério de solução*: a) *antinomia aparente*, o critério para solucionar seria através das normas já integrantes do ordenamento jurídico; b) *antinomia real*, não há no ordenamento um critério para solucionar, sendo imprescindível para sua eliminação uma nova norma (conforme entendem alguns autores). Quanto a esta, a autora e diversos outros autores sustentam sua inviabilidade, e a solução deverá ser baseada no seu enfrentamento no caso concreto, pois a *posição do sujeito é insuportável*, uma vez que há lacuna de regras para a solução (ausência dos critérios para solucionar), ou antinomia de segundo grau aparente (de difícil solução), ou ocorre um conflito entre os critérios existentes. Entretanto, não se deve excluir a solução mais efetiva, seja pela nova lei, pela interpretação equitativa realizada no âmbito do Poder Judiciário (que em seus julgamentos pode afastar momentaneamente a aplicação de uma das leis/normas, conforme mais adiante será objeto de análise), ou, também, pelo preenchimento da *lacuna*[3] (analogia, costumes e os princípios gerais de direito – artigo 4º da LINDB – Decreto-Lei nº 4.657/1942).

(ii) *conteúdo*: a) *antinomia própria*, sendo uma questão mais formal; b) *antinomia imprópria*, quanto ao conteúdo material da norma, a qual se subdivide em: b.1) *antinomia de princípios*, conflitos entre ideias fundamentais, conflitos entre princípios; b.2) *antinomia valorativa*, relativamente à valoração que o legislador emprega na criação da norma, devendo o jurista realizar a melhor interpretação de seu alcance; b.3) *antinomia técnica*, podendo ocorrer pela falta de uniformidade da terminologia legal, exemplo, posse no Direito Civil e no Direito Administrativo.

(iii) *âmbito de atuação*: a) *antinomia de direito interno*, b) *antinomia de direito internacional,* entre normas de direito internacional público, importando menos o aspecto formal, e mais o valor que representam; c) *antinomia de direito interno-internacional*, surgindo o problema no âmbito das relações entre os

[3] O foco principal foi o estudo da doutrina e da jurisprudência relativas às antinomias jurídicas ou lacunas de conflitos, não se adentrando ao mérito específico das lacunas (artigo 4º da LINDB).

ordenamentos, e qual sua prevalência quando em coordenação com o preenchimento pelos atos jurídicos internacionais.

(iv) *extensão da contradição*: a) *antinomia total-total*, nenhuma das normas pode ser aplicada sem conflitar totalmente com a outra – o *proibido e o permitido se excluem*; b) *antinomia total-parcial*, uma parte da norma traz uma proibição e outra norma ameniza a proibição, ou vice-versa; c) *antinomia parcial-parcial*, parte da norma entra em conflito com a outra, e na mesma direção, a outra entra em contradição com a outra parte, criando uma séria ambiguidade no ordenamento.

No mesmo sentido classificatório, com estreitas e distintas nuances, mas com resultados aparentes, interessante observar as lições de Hans Kelsen (1999, p. 143 ss.), que traz em sua obra os conceitos de conflitos de normas, e suas contradições: bilateral, unilateral, total e parcial.

## 3 Classificação e solução prática

Analisando a doutrina especializada (Tartuce, 2019, p. 50-55), e considerando o objetivo do presente trabalho consistente em realizar a análise doutrinária e jurisprudencial de casos concretos, na busca de extrair o contexto da solução prática da antinomia encontrada em cada caso, apresenta-se adiante uma simplificação para melhor entendimento do alcance dos conceitos e da solução das antinomias jurídicas, por meio da aplicação dos metacritérios cronológico, da especialidade e hierárquico.

### *3.1 Classificação da antinomia conforme os metacritérios*

a) *Antinomia de 1º grau*: conflito que envolve *um* dos metacritérios;

b) *Antinomia de 2º grau*: conflito que envolve *dois* dos metacritérios.

### *3.2 Classificação da antinomia conforme sua solução, ou não, quando aplicados os metacritérios*

a) *Antinomia aparente*: conflito que *pode* ser resolvido por *um* dos metacritérios;

b) *Antinomia real*: conflito que *não pode* ser resolvido por *um* dos metacritérios.

*3.3 Antinomias de 1º grau aparentes: solução*

3.3.1 Metacritério cronológico – *lex posterior derogat legi priori*

A redação do *caput* do artigo 2º da LINDB determina que "não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue". Em seu § 1º especifica que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Nestes termos, refere-se ao metacritério cronológico, o qual é considerado o de menor força.

A solução poderá ser simplificada na seguinte *fórmula*: *metacritério cronológico: norma posterior (x) norma anterior* = valerá a norma *posterior.*

Para melhor compreensão da solução de uma antinomia jurídica de primeiro grau aparente pelo *metacritério cronológico*, toma-se por base o julgamento do REsp 1.698.638/RS, o qual envolveu a discussão quanto ao valor da colação de bem doado e a consequente morte do doador anos depois, com o surgimento de novo herdeiro interessado na herança, que não fez parte do antigo ato de liberalidade. Adiante extrato da ementa do acórdão desse julgamento:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. COINCIDÊNCIA DE QUESTÕES DECIDIDAS EM DOIS DIFERENTES ACÓRDÃOS. MATÉRIAS DISTINTAS. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. COLAÇÃO DE BENS. VALOR DO BEM AO TEMPO DA LIBERALIDADE OU AO TEMPO DA ABERTURA DA SUCESSÃO. ANTINOMIA ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INDISCUTIBILIDADE ACERCA DAS SUCESSIVAS REVOGAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEGISLAÇÃO. COLAÇÃO QUE É TEMA DE DIREITO MATERIAL E DE DIREITO PROCESSUAL. SOLUÇÃO DA ANTINOMIA EXCLUSIVAMENTE PELO CRITÉRIO DA TEMPORALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. AUTOR DA HERANÇA FALECIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO CC/2002. APLICAÇÃO DO CPC/73.
> 1 - Ação distribuída em 24/01/2002. Recurso especial interposto em 26/03/2015 e atribuído à Relatora em 25/08/2016.
> 2 - Os propósitos recursais consistem em definir se há coincidência entre as questões decididas em dois diferentes acórdãos aptos a gerar preclusão sobre a matéria e se, para fins de partilha, a colação do bem deve se dar pelo valor da doação ao tempo da liberalidade ou pelo valor ao tempo da abertura da sucessão. [...]
> 4 - É indiscutível a existência de antinomia entre as disposições do Código Civil (arts. 1.792, *caput*, do CC/1916 e 2.004, *caput*, do CC/2002), que determinam que a colação se dê pelo valor do bem ao tempo da liberalidade, e as disposições do Código de Processo Civil (arts. 1.014, parágrafo único, do CPC/73 e 639, parágrafo único, do CPC/15), que determinam que a colação se dê pelo valor do bem ao tempo da abertura da sucessão, de modo que, em se tratando de questão que se relaciona, com igual intensidade, com o direito material e com o direito processual, essa contradição normativa somente é resolúvel pelo critério da temporalidade e não pelo critério de especialidade. Precedentes.
> 5 - Na hipótese, tendo o autor da herança falecido antes da entrada em vigor do CC/2002, aplica-se a regra do art. 1.014, parágrafo único, do CPC/73, devendo a colação se dê pelo valor do bem ao tempo da abertura da sucessão. (STJ, Terceira Turma, REsp 1.698.638/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019)

Necessário evidenciar alguns dos fatos e das datas para a melhor análise do julgamento e da doutrina aplicada ao caso: (i) em 10/02/1995, o autor da herança e sua esposa venderam um terreno para uma construtora de nome "Relevo", recebendo um "crédito" como pagamento no valor estimado de R$ 100.000,00 (cem mil reais); (ii) em 03/06/1996, o autor da herança e sua esposa cederam o referido "crédito" aos recorrentes, únicos herdeiros, nascidos ao tempo da celebração desse negócio jurídico; (iii) em 10/05/2000, a construtora "Relevo" outorgou escritura aos recorrentes sobre dois apartamentos e três boxes situados no edifício "Royal Garden", erguido sobre o terreno objeto da venda, ocorrida em 10/02/1995, como forma de pagamento do "crédito" recebido pelo autor da herança e por sua esposa e que fora cedido aos herdeiros em 03/06/1996; (iv) em 19/12/2001, houve o falecimento do autor da herança, Sr. Ataíde João Grendene. No processo, figurou um menor interessado na correta partilha do bem doado.

O conflito, conforme ementa do julgado, foi resolvido pela aplicação do metacritério cronológico, mantendo a redação do artigo 1.014 do CPC/1973, o qual determinava, na época, que quando da colação o valor do bem será calculado ao tempo da abertura da sucessão. Neste caminho, a antinomia jurídica sob a análise da doutrina e da jurisprudência apresentou conflito entre artigo do Código Civil – CC/1916 e do Código de Processo Civil – CPC/1973, conforme transcritos:

> CC/1916 – Art. 1.792. Os bens doados, ou dotados, imóveis, ou móveis, serão conferidos pelo valor certo, ou pela estimação que deles houver sido feita na data da doação.
>
> CPC/1973 – Art. 1.014. No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor.
> Parágrafo único. Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.

Esse conflito aparente entre o artigo 1.792 do CC/1916 *versus* o artigo 1.014 do CPC/1973 já havia sido alvo de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme ementa abaixo:

> 1. O art. 1792 do Código Civil não pode afastar o que dispõem os artigos 1.775 e 1.785 do mesmo código, tanto porque na partilha há de se observar a maior igualdade possível, quanto porque a colação tem por fim igualar as legítimas. Para que a partilha seja feita mediante igualdade rigorosa e as legítimas também sejam igualadas é indispensável que os bens colacionados e os outros tenham valor estabelecido na mesma ocasião, pois, do contrário a nossa inflacionada moeda não permitirá se faça justa partilha nem igualação das legitimas. O artigo 1.792 do Código Civil adotou orientação condizente com a moeda firme do tempo em que foi elaborado, mas inaceitável nestes dias de moeda que se desvaloriza constantemente.
> 2. O parágrafo único do art. 1.014 do Código de Processo Civil de 1973 alterou o art. 1.792, *caput*, do Código Civil.
> 3. Precedentes do STF.
> 4. Embargos conhecidos e rejeitados.
> (STF, Pleno, RE 76.454/RS EDv, Relator Ministro Antonio Neder, j. 14/09/1978, DJ 20/10/1978)

A solução da antinomia é demonstrada a partir da fórmula: artigo 1.792, *caput*, do CC/1916 (x) artigo 1.014, parágrafo único, do CPC/1973. O STF decidiu que o artigo 1.014 alterou o sentido do artigo 1.792 neste aspecto.

Considerando que o caso estudado envolve doação e herança, *morte e sucessão*[4] com direitos e responsabilidades que se dissipam no tempo, resta analisar se a simples solução da antinomia, entre o artigo 1.792 do CC/1916 e o artigo 1.014 do CPC/1973, é suficiente para resolver o caso posto, ou se novo conflito pode ter sido apresentado pelo passar do tempo.

A vigência do Código Civil/2002, a partir de 11/01/2003[5], trouxe nova redação sobre o assunto no *caput* do artigo 2.004, fixando que o "valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade". Ao certo, que esta nova redação originou novamente conflito com o então artigo 1.014 do CPC/1973 vigente àquela época.

Na questão salientada, coube agora ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), através da análise do REsp 1.166.568/SP, apresentar um novo norte, o qual decidiu pela aplicação do critério cronológico para solução da antinomia entre o artigo 2.004 do CC/2002 e o artigo 1.014 do CPC/1973:

> RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. BENS À COLAÇÃO. VALOR DOS BENS DOADOS. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA ABERTURA DA SUCESSÃO. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 2.004 DO CC/2002. VALOR ATRIBUÍDO NO ATO DE LIBERALIDADE COM CORREÇÃO MONETÁRIA ATÉ A DATA DA SUCESSÃO.
> 1. Tendo sido aberta a sucessão na vigência do Código Civil de 2002, deve-se observar o critério estabelecido no art. 2.004 do referido diploma, que modificou o art. 1.014, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, pois a contradição presente nos diplomas legais, quanto ao valor dos bens doados a serem trazidos à colação, deve ser solucionada com observância do princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*.
> 2. O valor de colação dos bens deverá ser aquele atribuído ao tempo da liberalidade, corrigido monetariamente até a data de abertura da sucessão.
> 3. Existindo divergência quanto ao valor atribuído aos bens no ato de liberalidade, poderá o julgador determinar a avaliação por perícia técnica para aferir o valor que efetivamente possuíam à época da doação.
> 4. Recurso especial não provido.
> (STJ, Quarta Turma, REsp 1.166.568/SP, Relator Ministro Lázaro Guimarães, j. 12/12/2017, DJe 15/12/2017)

Assim, a solução da antinomia, considerando o direito intertemporal – *tempus regit actum*[6], pode ser demonstrada nesta fórmula: artigo 1.014, parágrafo único, do CPC/1973 (x) artigo 2.004, *caput,* do CC/2002, mantida sua redação, que repristinou a redação do artigo 1.792, *caput,* do CC/1916. Esse direcionamento já havia sido firmado na I Jornada de Direito Civil[7], através do Enunciado 119:

---

4 Para melhor estudo do tema, *vide* a obra de Giselda Hironaka (2014).
5 Cfr. entendimento de Flávio Tartuce (2019, item 1.1.3.1), na mesma linha de entendimento Maria H. Diniz e de Mário L. Delgado.
6 Para um melhor estudo do tema, analisar a obra de Mário Luiz Delgado (2014).
7 Promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, entre 12 e 13/09/2002.

> Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do *caput* do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil).

A justificativa para esta solução foi à manutenção do equilíbrio que deve imperar na sucessão, equiparando-se os direitos da legítima em seus vários momentos de chamamento. Tendo em vista que nada é estanque, e a legislação brasileira vem evoluindo para acompanhar a própria evolução social, ou se aproximar desta realidade e da nova era da *modernidade algorítmica* (Lima, 2019), é relevante destacar que, pela característica de *nosso sistema normativo aberto* (Ferraz Jr., 1978), a todo o momento uma nova antinomia será evidenciada, situação que não está sendo diferente neste estreito estudo.

A atual redação do artigo 639, *caput,* do CPC/2015[8] traz que "no prazo estabelecido no art. 627, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos ou por petição à qual o termo se reportará os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor". E, em seu parágrafo único, estipula que "os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão".

Essa diretriz faz nascer nova antinomia total-total entre o artigo 2.004 do CC/2002 e o agora artigo 639 do CPC/2015. Qual solução adotar? A mesma que foi direcionada para o conflito entre o artigo 1.792 do CC/1916 e o artigo 1.014 do CPC/1973? Assim, no entendimento majoritário, dever-se-á resolver a antinomia jurídica pela aplicação do metacritério cronológico, sendo nesse sentido alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Inventário. Colação de bem imóvel. Valor a ser considerado. Conflito aparente entre o artigo 2.004, do Código Civil de 2002, que determina seja considerado o valor do bem ao tempo da liberalidade, e artigo 639, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, que ordena que o cálculo seja pelo valor que o bem possua ao tempo da abertura da sucessão. Colação que se destina a permitir a justa partilha de bens, com respeito à legítima, uma vez que a doação realizada entre ascendente e descente importa em adiantamento da herança, conforme artigo 544, do Código Civil. Legítima que é calculada sobre o valor dos bens existentes na aberturada sucessão, por força do artigo 1.847, do Código Civil. Regra do artigo 639, parágrafo único, do Código de Processo Civil que bem permite o acertamento das legítimas, sob pena de enriquecimento sem causa do herdeiro beneficiário da doação. Critério do valor do bem ao tempo da liberalidade que deve ser aplicado apenas na hipótese de o bem não mais pertencer ao donatário [...].
> (TJ/SP, Sexta Câmara de Direito Privado, AI 2263436-85.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Vitor Guglielmi, j. 05/04/2019)

[8] Vigência a partir de 18/03/2016 conforme CNJ/STJ.

Na busca de justificativas para a aplicação do dispositivo do CC/2002, ou da nova redação pelo CPC/2015, são encontradas fórmulas e cálculos matemáticos para melhor elucidar a solução, apresentados na obra coletiva de Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Marco Aurélio Bezerra de Melo e Mário Luiz Delgado, para os quais a melhor resposta estaria na aplicação do artigo 2.004 do CC/2002, o qual de forma equilibrada, considerando os esforços pessoais das partes envolvidas, se aproxima de uma partilha equânime. Sendo essa a mais "segura e evidente"[9] solução da antinomia já encontrada e aplaudida pelos civilistas do século XX.

### 3.3.2 Metacritério da especialidade – *lex specialis derogat legi generali*

O artigo 2º da LINDB traz em seu § 2º que "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior". Por sua vez, o artigo 5º da Constituição da República consagra o princípio de que se deve tratar de forma igual os iguais, e de *maneira desigual os desiguais,* como na lição de Rui Barbosa[10].

Seria o metacritério com *força intermediária*, evidenciando como exemplos as leis especiais: Lei nº 8.245/1991, ECA (Lei nº 8.069/1990), Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). A solução pode ser apresentada na fórmula: *metacritério da especialidade: norma especial (x) norma geral* = valerá a *norma especial em detrimento da geral ou emergencial.*

Ocorrendo uma antinomia jurídica de primeiro grau e aparente entre legislações que tratem de assuntos iguais ou semelhantes, de forma geral e especial, será pelo metacritério da especialidade que se encontrará a solução. No julgamento pelo STJ sobre as divergências das disposições da Lei da Execução Fiscal nº 6.830/1980 (LEF), e o CPC/1973, quanto à necessidade de garantia do juízo para a futura oposição de embargos no executivo fiscal, será mantida a restrição prevista na LEF (lei especial):

> EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEF SOBRE O CPC.
> 1. Quanto à prevalência do disposto no art. 736 do CPC — que permite ao devedor a oposição de Embargos, independentemente de penhora, sobre as disposições da Lei de Execução Fiscal, que determina a inadmissibilidade de Embargos do executado antes de garantida a execução —, tem-se que, em face do princípio da especialidade, no caso de conflito aparente de normas, as leis especiais sobrepõem-se às gerais. Aplicação do brocardo *lex especialis derrogat generali*.
> (STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 621.356/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 10/03/2015, DJe 06/04/2015)

---

[9] Acrescentam que a "opção do CC era lógica: evita-se que o trabalho e esforço de um dos filhos quanto ao bem beneficiasse o outro no momento da colação" (Schreiber *et al*, 2019, p. 1.546).

[10] "A regra da igualdade não consiste senão em partilhar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei de igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como todos se equivalessem" (Barbosa, 2016, p. 34).

A solução se apresentaria no mesmo sentido se a antinomia fosse entre a atual redação do artigo 914 do CPC/2015, onde o "executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos", e o artigo 16, § 1º, da LEF, na qual "não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução". Assim, o metacritério da especialidade seria o aplicado[11].

### 3.3.3 Metacritério hierárquico – *lex superior derogat legi inferior*

Esse é o metacritério com maior força dentro de uma *legitimação constitucional*[12] e da *hierarquia das normas*[13], estando seus comandos legislativos dispostos por toda a Constituição da República, servindo para direcionar a solução de antinomias jurídicas em diferentes níveis e esferas da legislação incidente no ordenamento jurídico. A solução se apresenta na fórmula: metacritério hierárquico: norma superior (x) norma inferior = prevalecerá a norma *superior*.

Neste sentido, ao se analisar o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que decidiu quanto à aplicação do metacritério hierárquico, reafirmando a prevalência no caso *sub judice* da Lei nº 13.454/2017, quanto às limitações e sanções impostas pela Resolução da Diretoria Colegiada (RDA) nº 50/2014 da ANVISA:

> APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. Abstenção da aplicação de sanção em razão da compra, manipulação e comercialização, sob prescrição médica, dos anorexígenos sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol, independentemente de registro na ANVISA. Acolhimento. Dada a superveniência da Lei nº 13.454/2017, de estatura superior, franqueando a produção, comercialização e consumo das substâncias acima mencionadas sem qualquer ressalva, à luz do critério hierárquico de solução de antinomias

[11] Da doutrina de Flávio Tartuce (2019, p. 69) extraiu-se outra ocorrência de antinomia quanto ao art. 9º, § 2º, da LINDB "a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente". "O dispositivo está em conflito parcial com o art. 435 do CC/2002, pelo qual se reputa celebrado o contrato no lugar em que foi proposto. Ora, o local da proposta não necessariamente é o da residência daquele que a formulou. Para resolver a suposta antinomia, aplicando-se a especialidade, deve-se entender que a regra do art. 435 do CC/2002 serve para os contratos nacionais; enquanto o dispositivo da Lei de Introdução é aplicado aos contratos internacionais". No mesmo sentido, trata o autor a antinomia entre o artigo 1785 do CC/2002 e o artigo 10 da LINDB.

[12] Para Canotilho (1994, p. 63), "se a actividade juridicamente relevante do legislador não se mover no âmbito da vinculação jurídico-material do poder legiferante e se não observar os preceitos hierarquicamente superiores da constituição, se a distinção formal e material entre constituição e lei (poder constituinte e poder constituído) se tornar de novo claudicante, a consequência será a reintrodução da teoria positivista weimariana do 'poder legislativo ordinário' em que a constituição não se situa sobre o legislador mas à sua disposição [...]. Todavia, a constituição não é nem uma reserva total nem um bloco densamente vinculativo, a ponto de remeter o legislador para simples tarefas de execução, traduzidas na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções, cujos pressupostos de facto encontram uma normação prévia exaustiva nas normas constitucionais".

[13] Na pirâmide de Hans Kelsen (1999, p. 166), tem-se que "a norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental — pressuposta. A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora".

> aparentes, não podem prevalecer as restrições preconizadas pelas anteriores resoluções da ANVISA ('lex superior derogat legi inferiori'), normas inferiores que têm por fundamento de validade a norma superior. Precedentes. Não podem ser admitidas medidas restritivas da prática de atividade profissional lícita, facultada por lei, 'ex vi' do disposto no artigo 170, parágrafo único, da CF.
> (TJ/SP, Primeira Câmara de Direito Público, Apelação 1009560-82.2018.8.26.0562, Relator Desembargador Marcos Pimentel Tamassia, j. 11/09/2018)

A solução apresentada vem sendo muito utilizada e aprimorada pelos tribunais, considerando que diuturnamente surgem casos de antinomias jurídicas pelo simples desrespeito à hierarquia das normas.

### *3.4 Antinomias de 2º grau aparentes: solução*

A antinomia jurídica de segundo grau aparente corresponde ao choque de duas *normas válidas*[14], que para a solução será necessário à análise de dois metacritérios, dentre os critérios cronológico, da especialidade e o hierárquico, incidentes sobre o mesmo caso concreto, esperando-se o encontro de uma resposta harmoniosa ao ordenamento jurídico.

#### 3.4.1 Especialidade x cronológico

Havendo uma antinomia entre uma norma especial anterior (especialidade e cronológico) e uma norma geral e posterior (generalidade e cronológico), encontrar-se-á a resposta no conteúdo de especialidade de uma das normas analisadas. Veja a solução na fórmula: *metacritério da especialidade x cronológico: norma especial anterior (x) norma geral posterior = valerá a norma especial anterior.*

O assunto foi analisado pelo STJ através do Tema Repetitivo nº 553, quanto à antinomia na fixação de prazo prescricional (5 anos x 3 anos) em ação indenizatória de responsabilidade civil do Estado, conflitando disposição do Decreto nº 20.910/1932 (especial) com do CC/2002 (geral), prevalecendo, na hipótese o dispositivo especial:

> [...] Responsabilidade civil do Estado. Ação indenizatória. Prescrição. Prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32) x prazo trienal (art. 206, § 3º, v, do CC). Prevalência da lei especial. Orientação pacificada no âmbito do STJ. [...]
> 1. A controvérsia do presente recurso especial [...] está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face

[14] A norma válido-inválida não significa verdadeiro-falsa, pois "dentro de uma tal ordem normativa, uma mesma conduta pode, neste sentido ser 'prescrita' e simultaneamente 'proibida', e que tal situação pode ser descrita sem contradição lógica. As proposições: A deve ser e A não deve ser, excluem-se mutuamente; de ambas as normas assim descritas apenas uma pode ser válida. Não podem ser ambas simultaneamente observadas ou aplicadas. Mas as duas proposições: se A é, X deve ser e, se não-A é, X deve ser, não se excluem mutuamente e ambas as normas por elas descritas podem ser simultaneamente válidas" (Kelsen, 1999, p. 18).

> da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32).
> 2. [...].
> 3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002.
> 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação [...].
> (STJ, Primeira Seção, REsp 1.251.993/PR, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 12/12/2012, DJe 19/12/2012)

O artigo 206 do CC/2002 quanto à fixação de regra geral de prazo prescricional para a reparação civil é criticado pela doutrina, pois o termo reparação civil "abrange um universo amplíssimo de pretensões, não atentou para situações específicas às quais o legislador especial já vinha reservando tratamento diferenciado". Para os autores, a indiferença pelo legislador "produz efeitos especialmente nocivos no campo da prescrição e da decadência, que deveria primar justamente pela segurança e pela certeza" (Schreiber *et al*, 2019, p. 128).

Pela interpretação desta aplicação do metacritério da especialidade ou cronológico, alguns julgamentos ganharam uma envergadura jurídica e um alcance celebrado por alguns e ainda questionado por outros, *ex vi* o Tema de Repercussão Geral nº 210 no STF, quanto à fixação de um limite de valor nas indenizações por danos materiais nos voos internacionais:

> 1. Recurso extraordinário com repercussão geral.
> 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor.
> 3. Julgamento de mérito.
> 4. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais.
> 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor".
> 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional.
> (STF, Tribunal Pleno, RE 636.331/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25/05/2017, DJe 13/11/2017)[15]

[15] Vencido o Ministro Marco Aurélio. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que votou em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello votaram pelo desprovimento dos recursos, salientando que os

Para a melhor compreensão do alcance desse julgamento paradigmático, essencial a análise de algumas questões pertinentes quanto aos fatos, à legislação no tempo e espaço, e outros fundamentos que circundam o caso, ou até mesmo, que foram inobservados quando do seu enfrentamento.

*Internamente*, quanto ao assunto a Constituição da República definiu que: *(i)* na *redação original* do artigo 178, "*a* lei disporá sobre: I – a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre; [...]", especificando no § 1º que "a ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade"; *(ii)* A *redação atual* do artigo 178 foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 7/1995, nos seguintes termos: "A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade". Salienta-se que não houve alteração em seu sentido e alcance jurídico.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078) entrou em vigor em 11/03/1991. O seu artigo 14 brindou a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva[16], definindo que 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".

*Externamente*, a Convenção de Varsóvia de 1929, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 20.704/1931, definiu em seu artigo 22 a limitação dos danos materiais[17] no transporte internacional de pessoas através do atual significado de Direito Especial de Saque. O artigo 22 da Convenção de Varsóvia foi reiteradamente alterado nas últimas décadas: Protocolo de Haia de 28/09/1955 (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 56.463/1965); Protocolo Adicional nº 4 de Montreal de 25/09/1975 (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 2.861/1998); Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional de Montreal de 28/05/1999 (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.910/2006).

Entretanto, nenhuma alteração modificou o entendimento quanto à fixação de um limite de valores para as indenizações por danos materiais, tampouco, houve nova diretriz quanto à inclusão explícita do instituto do dano moral sob a égide das convenções.

---

casos em análise envolvem empresas de transporte aéreo internacional de passageiros, que realizam atividades qualificadas como prestação de serviços. Dessa forma, frisaram, trata-se de uma relação jurídica de consumo, à qual se aplica o CDC, lei superveniente aos mencionados códigos e leis. Em recente decisão pelo STF no RE 1.194.671/RJ, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, foi reafirmado o entendimento quanto ao limite de indenização por danos materiais (j. 30/03/2019, DJe 04/04/2019).

[16] Quanto à essência e evolução da teoria consultar Flávio Tartuce, em sua tese de doutorado intitulada "Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva", defendida em 2010, na Universidade de São Paulo/USP.

[17] O artigo prevê "(1) No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador, a importância de cento e vinte e cinco, mil francos, por passageiro [...]. (2) No transporte de mercadorias, ou de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de duzentos e cinquenta francos por quilograma, salvo declaração especial de 'interesse na entrega', feita pelo expedidor no momento de confiar ao transportador os volumes, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar [...]. (3) Quanto aos objetos que o viajante conserve sob os guarda, limita-se a cinco mil francos por viajante a responsabilidade do transportador".

Sendo realizada uma análise da antinomia em vista a uma solução aplicando-se o *metacritério cronológico*[18], em conclusão o entendimento será pela prevalência da limitação do valor da indenização por danos morais pela aplicação do Decreto nº 5.910/2006 em face do CDC/1990. Mas esse exercício é muito simplório, especialmente, quando diante do critério mais fraco.

A solução desta antinomia de segundo grau aparente foi apresentada no julgamento pela aplicação do *metacritério da especialidade*, onde a Convenção de Varsóvia e alterações até o Decreto nº 5.910/2006 são normas especiais que vêm disciplinando especificamente uma modalidade de contrato, de transporte aéreo internacional de passageiros, em detrimento do CDC/1990, que trata de normas gerais aplicáveis às relações de consumo como um todo. Inexiste um convencimento de ter se apresentado a melhor solução. A temática será novamente enfrentada quando da análise da teoria do diálogo das fontes.

A decisão quanto à fixação de limites ao valor de indenização por danos materiais provocou reações diversas, levantadas pela incidência dos fundamentos já colacionados. O mesmo sentimento de inoperância técnica e de retrocesso vem sendo direcionado para as questões atinentes ao limite de fixação dos danos morais no contrato de voo internacional de passageiros. Em 2009, por ocasião do julgamento do RE 351.750/RJ, a Primeira Turma do STF decidiu:

> Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. [...]
> 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica.
> 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.
> 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República.
> (STF, Primeira Turma, RE 351.750/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Carlos Britto, j. 17/03/2009, DJe 25/09/2009)

Ocorre que, em 2018, no julgamento dos Embargos de Divergência desse recurso, em decisão monocrática, o Ministro Luís Roberto Barroso revelou o fundamento de novo direcionamento, que se caracteriza um retrocesso, e mais uma ambiguidade jurídico-constitucional:

> [...] 10. Os embargos de divergência devem ser providos, uma vez que o acórdão embargado está em dissonância com a atual jurisprudência desta Corte. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar em 25.05.2017 o mérito do RE 636.331, Rel. Min. Gilmar Mendes, e do ARE 766.618, da minha relatoria, sob a sistemática da repercussão geral, decidiu: (i) reduzir o valor da indenização de danos morais aos patamares estabelecidos na Convenção de Varsóvia e/ou Pacto de Montreal; e (ii) fixar a seguinte tese: "Nos termos do

[18] Tampouco poderia se direcionar a aplicação do critério hierárquico, encontrando sua limitação no julgamento "prisão do depositário infiel e o Pacto de San José da Costa Rica". STF RE 466.343-1. Rel. do min. Cezar Peluso, julgado em 3/12/2008, transitado em 12/6/2009, que confere ao tratado internacional o grau hierárquico de lei ordinária. Havendo conflito com outra lei ordinária (CDC), será a antinomia decidida por outro critério.

> art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor".
> 11. Esclareça-se que, nos termos da jurisprudência do STF, o relator possui plena faculdade de prover embargos de divergência, por decisão monocrática, nas hipóteses em que o acórdão embargado divergir da jurisprudência dominante do Tribunal, como ocorre neste caso.
> 12. Diante do exposto, nos termos do artigo 335, § 1º, do RI/STF, dou parcial provimento aos embargos de divergência para conhecer e prover o recurso extraordinário e, com isso, determinar às instâncias de origem que apreciem novamente o feito, levando em consideração que a norma internacional que rege a matéria deve prevalecer sobre Código de Defesa do Consumidor para eventual condenação de empresa aérea internacional por danos morais e materiais.
> (STF, EDv RE 351.750/RJ, Ministro Luís Roberto Barroso, j. 13/04/2018, DJe 19/08/2018)

A decisão tomou por fundamentos jurídicos a mesma solução já utilizada para resolver a antinomia apresentada no âmbito da limitação do valor dos danos materiais, fixada no conteúdo jurídico e especial das convenções internacionais, que trazem em sua redação original somente essa particularidade.

Evidencia-se que se está diante de um alargamento interpretativo da própria solução, preenchendo-se uma lacuna de conflito através da aplicação da analogia entre os conceitos de dano material e dano moral, que ao certo não se ponderou a máxima dos princípios protetivos na seara do consumidor, sobretudo, na proteção dos direitos humanos.

### 3.4.2 Hierárquico x cronológico

Quando ocorre uma antinomia entre uma norma superior anterior (hierárquico e cronológico) e uma norma inferior e posterior (hierárquico e cronológico), encontrar-se-á a resposta na hierarquia das normas analisadas. Veja-se a solução na fórmula: *metacritério hierárquico x cronológico: norma superior anterior (x) norma inferior posterior* = valerá a norma *superior anterior.*

O Tribunal de Justiça de Goiás firmou o entendimento sobre a solução de uma antinomia de segundo grau entre o critério hierárquico e o cronológico, mantendo-se àquele como a melhor solução para o caso, a Nota Técnica (norma inferior e posterior) alterou substancialmente um Decreto (norma superior e anterior) editado pelo Estado de Goiás:

> Jornalistas. Carga horária reduzida. Edição de nota técnica aumentando a jornada de trabalho. Manutenção de cinco (5) horas diárias. Antinomia jurídica de segundo grau. Conflito entre os critérios hierárquico e cronológico. Prevalência do critério hierárquico.
> 1. A administração Pública, apesar de possuir discricionariedade para modificar o regime de trabalho de seus servidores, inclusive no que diz respeito à jornada de trabalho, deve observar sempre os limites estabelecidos pela Lei Maior.
> 2. A Nota Técnica nº 10, de lavra da Coordenadora do Comitê de Trabalho Emergencial e da Secretaria de Estado da Fazenda de Goiás, que elevou o patamar da carga horária para seis (6) à oito (8) horas a serem cumpridas

> diariamente pelos servidores que desempenham funções jornalísticas, extrapolou sua esfera normativa, visto que esta possui caráter de ordem de serviço, podendo tão somente regulamentar aspectos meramente práticos, e não alterar matéria expressa em Lei Estadual e em Decreto.
> 2. Desta forma, ao aplicar a norma inferior em detrimento da superior estar-se-ia desrespeitando os preceitos exposados pela Pirâmide de Kelsen, bem como os critérios solucionadores de antinomias jurídicas de segundo grau.
> (TJ/GO, Segunda Turma, MS 0449780-90.2015.8.09.0000, Relator Desembargador Jairo Ferreira Jr, j. 04/07/2015)

### 3.4.3 Hierárquico x especialidade: antinomia real

Existindo uma antinomia entre uma norma superior geral (hierárquico e generalidade) e uma norma inferior e especial (hierárquico e especial), encontrar-se-á a resposta na hierarquia ou na especialidade/generalidade das normas analisadas? Simplificando na fórmula: *metacritério hierárquico x especialidade: norma geral superior (x) norma especial inferior* = valerá a norma *superior geral?*

Para muitos autores se está diante de uma antinomia real, a qual deverá encontrar um caminho que represente uma solução mais adequada dentro de um sistema jurídico harmônico, consoante detalhado a seguir.

## *3.5 Antinomia real: solução*

A *antinomia real* surge quando ocorre um conflito na aplicação entre os metacritérios: hierárquico e da especialidade. Para Maria Helena Diniz (1998, p. 50), tal situação dificilmente será resolvida através de uma metarregra geral. Exemplificação: *metacritério hierárquico x metacritério especialidade: norma geral superior (x) norma especial inferior = "?".*

Para Norberto Bobbio (*apud* Diniz, 1998, p. 50), deverá se optar pela prevalência do critério hierárquico, assim, pela norma geral superior. Com certeza não se apresenta um exercício de fácil solução, pois a complexidade do tema pode indicar diversos caminhos ou soluções, algumas vezes mirabolantes.

Os autores Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto (2014, p. 503) apresentam um entendimento doutrinário de suma importância quanto à temática constitucional:

> Matéria constitucional, não há espaço para o emprego do critério hierárquico salvo na hipótese de conflito entre a emenda à Constituição e norma constitucional que se qualifique como cláusula pétrea. Isto por que, apesar de existirem normas constitucionais mais relevantes do que outras sob a perspectiva sistemática ou axiológica, não há qualquer hierarquia formal entre elas (a única exceção envolve as cláusulas pétreas, que têm hierarquia superior às normas editadas pelo poder constituinte derivado).

Respeitando a proposta do presente estudo, não se adentrará à análise acerca da existência das *normas constitucionais inconstitucionais* (Bachof, 1977, p. 1). Entretanto, essencial um passar de olhos na escala de preferências entre as antinomias constitucionais, dentro de uma prioridade léxica, conforme a Teoria da

Justiça de John Rawls (1997), segundo a qual "existiria uma prioridade léxica do princípio concernente à maximização das liberdades básicas sobre o relacionado à justiça distributiva", somando-se a uma "relação de prioridade absoluta da exigência de igualdade de oportunidades sobre o critério de justificação para diferenças distributivas – princípio da diferença" (Sarmento; Souza Neto, 2014, p. 506), atentando-se ao fato da teoria da hierarquização axiológica ter sido defendida no Brasil por Juarez Freitas, o qual priorizou, dentro do sistema jurídico, para a resolução de conflitos as normas de estrutura superior.

Neste cenário, considerando a impossibilidade da existência no sistema constitucional do reconhecimento de prioridades absolutas entre as normas constitucionais, deve-se observar o caso concreto, não olvidando a existência das prioridades *prima facie*[19], as quais embora situadas em patamar superior os direitos fundamentais quando comparados aos princípios, por exemplo, da ordem econômica, não podem ser tidas como absolutas. Assim, adotar-se, em respeito à materialidade e ao peso abstrato das normas constitucionais, a utilização dos *standards de ponderação,* denominados por Robert Alexy como relações de *precedência condicionada* (*apud* Sarmento; Souza Neto, 2014, p. 507-508).

Permitindo-se um adendo, com a entrada em vigor do CPC/2015, houve um avanço significativo na técnica de ponderação. Decerto, há algumas críticas ainda não resolvidas, eis que o *tempo no direito*[20] toma ares de importância para a compreensão do alcance de qualquer sentido. Em seu artigo 489, § 2º, determina que, quando do conflito de normas, o juiz deverá "justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão"[21]. Assim, se apresenta como uma técnica para solução dos conflitos de norma, onde, agora, impera mais a preleção *argumentativa do juiz* (Alexy, 2008, p. 599) para afastar ou preferir nos exatos termos do caso concreto a norma válida e conflitante[22].

Para Alexandre Morais da Rosa (2016), aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferencialmente, à eliminação da incompatibilidade. A resolução da *antinomia* seria hermenêutica, mediante o recurso que Norberto Bobbio (2010, p. 103) denominou de *interpretação corretiva*[23], aplicada visando à satisfação premente de valores axiologicamente significativos.

---

[19] *V.g.*, a apreciação do caso das "biografias não autorizadas" julgado pelo STF, que tratou sobre o tema do conflito entre os princípios de liberdade de expressão, de informação, artística e cultural independente de censura ou autorização prévia, e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e da imagem das pessoas (STF, Pleno, ADI 4.815/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, j. 10/06/2015, DJe 01/02/2016).

[20] "O tempo tem por efeito a valoração de certos institutos e de certas regras. Conceitos aparentemente imutáveis em certa época histórica são revisitados pela doutrina e assumem novas feições. É, portanto, sob a ótica do efeito transformador do tempo que se analisarão alguns institutos jurídicos" (Simão, 2013).

[21] A técnica foi elogiada por Flávio Tartuce, e criticada por Lenio Luiz Streck para o qual não se aplica a todas as normas e somente aos princípios, conforme posições antagônicas (Tartuce; Streck, 2016).

[22] O STJ fixou alguns critérios para a validade da ponderação no julgamento do *funk* "Passinho do Romano". Na análise deve-se "considerar o disposto nos artigos 282 e 489, parágrafo 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite" (STJ, Terceira Turma, REsp 1.765.579/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05/02/2019, DJe 12/02/2019).

[23] A Primeira Turma do STF aplicou a interpretação corretiva quando inocorrente a antinomia aparente (solúvel) ou antinomia real (insolúvel): "Nesse caso, que é o de mais difícil solução, o que é preciso

Nesta senda, o TJ/SP analisou uma *antinomia real* entre o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, e os princípios fundamentais da constitucionalidade brasileira, onde o relator frisou que "há de se convir que, hodiernamente, considerando-se o painel de desagregação de valores sociais e humanos, o magistrado deve dar especial atenção ao comando normativo contido na LINDB", chamando a atenção ainda para o artigo 8º do CPC/2015, pelo qual a atuação do magistrado ao aplicar o sentido da lei, deverá imperar para o substrato da dignidade humana, da proporcionalidade e da razoabilidade, mantendo a *menor gravosidade* (artigo 805 do CPC) quando do processo executivo:

> Execução frustrada por ausência de bens penhoráveis. Pretensão de suspensão da carteira de habilitação do executado para compeli-lo à satisfação do débito. Inviabilidade. Medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, previstas no art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, que não podem sacrificar direitos de maior estatura axiológica. Antinomia real de princípios fundamentais: direito patrimonial x direito à dignidade da pessoa humana. Sopesamento que importa na prioridade da dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional basilar de todos os direitos e garantias fundamentais. Necessidade de que a medida decretada guarde simetria e conexão teleológica com a natureza do direito originário. Princípios da menor onerosidade ao devedor, da proporcionalidade e razoabilidade que também prevalecem.
> (TJ/SP, Sexta Câmara de Direito Privado, AI 2170763-73.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Rodolfo Pellizari, j. 08/10/2018)

Na prática processual pode-se optar pelo direcionamento de Flávio Tartuce (2019, p. 54-55), segundo o qual na solução de uma antinomia real poderá se adotar dois caminhos, um pelo Poder Legislativo emanando outra lei que decida qual das duas antinômicas será aplicada, e outro pelo Poder Judiciário, através da adoção do princípio máximo da justiça, e na melhor interpretação jurídica possível, observando-se os ditames da analogia, dos costumes e dos princípios gerais, conforme artigo 4º e 5º da LINDB, onde o juiz deverá julgar conforme os fins sociais da lei e a exigência do bem comum, sobretudo, nos termos do artigo 8º do CPC/2015, "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".

Neste sentido, o TJ/SP analisou uma *antinomia real* entre o artigo 890, inciso VI, e o artigo 892, § 1º, ambos do CPC/2015, a qual não pôde ser resolvida por nenhum dos metacritérios objetos de estudo, eis que se tratava de dispositivos de mesma hierarquia, cronologia e especialidade.

---

verificar é se a antinomia entre os dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo é uma antinomia aparente, e, portanto, solúvel, ou se é um antinomia real, e, consequentemente, insolúvel. A antinomia aparente é aquela que permite a conciliação entre os dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina 'interpretação corretiva', ao passo que a antinomia real é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada 'interpretação ab-rogante', pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla). Dessas três soluções, a que deve ser preferida - só sendo afastável quando de forma alguma possa ser utilizada - é a interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei" (STF, Primeira Turma, HC 68.793/RJ, Relator Ministro Moreira Alves , j. 10/03/1992, DJ 13/03/1992).

A solução foi recorrer-se aos métodos de integração do direito, em busca do preenchimento da lacuna apresentada. A decisão aplicou, nos termos do artigo 4º da LINDB, a solução através dos princípios gerais do direito, pois considerou estarem presentes no caso concreto os *princípios da celeridade*, da *efetividade* e da *satisfatividade*, permitindo que a exequente, mesmo que figure como advogada nos autos, possa arrematar o bem levado à hasta pública:

> Interlocutória que manteve a nulidade da arrematação, sob fundamento de que a patrona, embora também exequente, representa o autor nos autos, incidindo, portanto, vedação legal para a arrematação do imóvel. Irresignação. Cabimento. Conflito real de normas que deve ser solvido mediante aplicação de métodos de integração do direito. Exegese do art. 4º, da LINDB. Preceptivo do art. 892, §1º, do CPC que permite ao exequente a arrematação do bem. Preceptivo do art. 890, inciso VI, do CPC, que entretanto veda o oferecimento de lance pelo advogado de qualquer das partes. Imprescindibilidade de aplicação, ao caso concreto, dos princípios gerais do direito. Dogma da completude de Norberto Bobbio. Arrematação mantida de modo a prestigiar a celeridade processual, efetividade da justiça e a integral satisfação do credor. Possibilidade de manutenção da arrematação ante a ausência de indícios de fraude ou de prejuízo para as partes [...].
> (TJ/SP, Sexta Câmara de Direito Privado, AI 2032130-48.2019.8.26.0000, Relator Desembargador Rodolfo Pellizari, j. 21/03/2019)

Portanto, a boa interpretação deverá ponderar o novo com o antigo, o eficaz e o ineficaz, com a possibilidade de se advir resultados negativos ou positivos, sejam individuais ou coletivos, sobretudo ponderando sobre o novo marco jurisprudencial que poderá exsurgir deste rumo conceitual. A interpretação deverá neste ponto buscar um equilíbrio, da igualdade na medida da igualdade (o que é igual deverá ser tratado como igual, o diferente de maneira diferente – *suum cuique tribuere*), por exemplo, os institutos da coisa julgada e da ação rescisória, que de certo modo um não sobrevive com a aplicação do outro.

Novos rumos e técnicas para a elucidação das tão presentes antinomias jurídicas vêm sendo trilhados, sem deixar de analisar a teoria do diálogo das fontes, a qual imbuída de sentidos que transcendem alguns conceitos e procedimentos limitativos analisados neste estudo, aproxima as soluções mais da realidade e da integração harmônica, em respeito aos valores que fundamentam e orbitam o sistema jurídico.

## 4 Antinomias jurídicas e o diálogo das fontes

A teoria do diálogo das fontes foi desenvolvida por Erik Jayme na Alemanha, e por Cláudia Lima Marques (2004, p. 15-54) no Brasil[24], segundo preconizado pela autora, as leis não se excluem, mas se comunicam, existindo uma interação entre as normas. Nesse sentido, Flávio Tartuce (2019, p. 173) elucida que a essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem, aparentemente

[24] Tese de doutorado orientada pelo Prof. Dr. Erik Jayme, e defendida em 1996. Doutorado (*Doctoris Iuris Utriusque*) perante a Universidade de Heidelberg.

porque pertencentes a ramos jurídicos distintos, mas se complementam, dentro de um diálogo de complementaridade.

Visando a fixação prática da teoria do diálogo das fontes no Brasil, Cláudia Lima Marques (2004, p. 46) propõe um sentido de complementaridade entre o CC/2002 e o CDC/1990, sobretudo nas matérias de direito contratual e de responsabilidade civil. No entendimento da doutrinadora, são três os diálogos possíveis entre o CC/2002 e o CDC/1990: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais, diálogo das influências recíprocas sistemáticas. Em apertada síntese, serão analisados os aspectos principais desta teoria, através das características que influenciam cada um dos diálogos.

### *4.1 Diálogo sistemático de coerência*

Uma lei servirá de base conceitual para outra, especialmente quando ocorrer a aplicação de uma norma geral e uma norma específica, por exemplo, a aplicação concomitante do CDC/1990 e do CC/2002, onde se extrairá do Código Civil as regras e institutos básicos: contrato de compra e venda, ou da prescrição. A regra poderá ser exemplificada pela fórmula: *diálogo sistemático de coerência: CC/2002 - regras básicas ( ∫ ) CDC/1990 = integração conceitual específica.*

Para a sua melhor compreensão realiza-se um comparativo quanto à aparição do termo "contrato de compra e venda" e suas regras previstas no CC/2002 e no CDC/1990. Analisando todo o texto do CDC/1990, apenas uma única vez foi encontrado o uso do termo "contrato de compra e venda", em seu artigo 53, o qual dispõe sobre a compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, nas alienações fiduciárias em garantia, ou ainda, em consórcios de produtos duráveis, e define, de modo geral, que serão consideradas nulas as cláusulas que importem na perda total das prestações já pagas pelo consumidor. Quanto ao termo "contrato de adesão", o CDC/1990 refere-se ao seu conteúdo em alguns momentos, por exemplo, no artigo 18, quando trata da responsabilidade por vício do produto e do serviço, e no artigo 54, que traz a definição conceitual e as características do contrato de adesão.

Por outro lado, o CC/2002, considerando sua natureza ampla de conceitualização dos institutos e regras aplicadas nas relações privadas dentro da atual visão do Direito Civil Constitucional, enseja em diversos pontos o tratamento do assunto "contrato de compra e venda", conforme se desprende da leitura do seu título VI "das várias espécies de contrato", no capítulo I "da compra e venda", na seção I "disposições gerais", entre os artigos 481 e 504, bem como, pelas "cláusulas especiais à compra e venda", previstas na seção II, e nas subseções de I a V, que tratam especificamente da retrovenda, venda a contento e sujeita a prova, da preempção, da reserva de domínio e da venda sobre documentos.

A particularidade que acaba por demarcar a natureza jurídica de cada diploma legislativo acarreta o exercício interpretativo quando do surgimento de uma antinomia, chamando a atenção pela característica marcante da teoria do diálogo das fontes, observando, sobretudo, a "estrutura dinâmica do ordenamento jurídico" (Ferraz Jr., 2003, p. 178). Cada papel deverá ser delineado e cumprido

dentro de uma delimitação harmônica no sistema jurídico[25], delimitando uma aproximação e porventura um distanciamento necessário e aparente entre os elementos do repertório e de sua estrutura de relações.

Descabe aos diplomas legislativos especializados, dentre eles o CDC/1990, originado da premência de proteção específica da relação de consumo e do consumidor sob uma égide constitucional em respeito ao princípio da dignidade humana[26], se preocupar com os conceitos e os institutos que lhe são caros, mas que já flutuam e são permeados por leis de cunho geral e amplo.

A compreensão deste direcionamento se obtém através da leitura interpretativa do artigo 7º do CDC/1990, onde "os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade". Nesse ponto, relevante apresentar uma interpretação que vem permeando a doutrina e a jurisprudência brasileira:

> Conforme ensinam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, o CDC é um sistema permeável, não exaustivo, daí determinar o art. 7º que se utilize a norma mais favorável ao consumidor, encontre-se ela no CDC ou em outra lei geral, lei especial ou tratado do sistema de direito brasileiro (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 185). Nesse contexto, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base e ajuda o CDC, de modo que se aquele for mais favorável ao consumidor do que este, não será a lei especial que limitará a aplicação da lei geral, mas sim dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de fazer prevalecer à proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo [...].
> (STJ, Segunda Seção, REsp 489.895/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 10/03/2010, DJe 23/04/2010, extrato do aditamento ao voto da Ministra Nancy Andrighi)

Ao se analisar o conteúdo fático e a *ratio decidendi* do julgamento do REsp 489.895/SP realizado pelo STJ, e o seu desfecho com a fixação do entendimento da aplicação do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 27 do CDC/1990, em detrimento da aplicação do prazo geral de prescrição de 20 (vinte) anos, previsto no artigo 177 do CC/1916, seguramente pode-se afirmar que houve um importante erro de interpretação, que causou sérios prejuízos para a solução da antinomia jurídica apresentada. Para melhor direcionar o seu entendimento, transcreve-se abaixo trecho do Informativo do STJ nº 426 (8 a 12/03/2010):

---

[25] "Uma ordem e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa [...] uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem" (Kelsen, 1999, p. 21).

[26] "Não se olvide que os comandos inseridos no art. 5º, XXXII, e no art. 170, inciso V, da Constituição da República não constituem normas vazias ou de aplicação facultativa. Temos em tais preceitos, comandos amplos, gerais e irrestritos, que se direcionam aos três Poderes do Estado, e também, como já entendeu o STF, às relações entre os particulares, em eficácia horizontal. Assim, a Constituição, ao definir a defesa do consumidor como direito fundamental, reconhece que o consumo, no Estado contemporâneo, não é mais uma faculdade, mas uma realidade indissociável da vida em sociedade" (Tartuce; Silva, 2018).

> Prescrição. CDC. Consumo. Cigarro. O recorrido propôs ação de indenização por danos morais e materiais contra conhecida companhia fabricante de cigarros, ao fundamento de que, por ser fumante desde os 15 anos de idade, hoje, sexagenário, é portador de várias doenças decorrentes dessa conduta (carcinoma, enfisema, infecção e fibrose pulmonares). Alega que o consumo do tabaco sempre foi alimentado pela publicidade abusiva e enganosa da recorrente, que incentivava o uso de cigarro sem sequer esclarecer sobre o potencial viciante da nicotina e os possíveis danos que seu uso contínuo acarreta à saúde dos usuários. Vê-se, então, que a questão circunscreve-se ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), enquanto esse *codex* cuida especificamente dos vícios de segurança e de informação, nos quais se apoia a pretensão do autor. Ambos os vícios determinam a responsabilidade pelo fato do produto (art. 12 do CDC) e a aplicação do prazo prescricional quinquenal à ação que visa seu reconhecimento (art. 27 do mesmo código). Tem-se, desse contexto, que, como há essa legislação especial a regular a prescrição relativa à matéria, não há como cogitar aplicar o prazo prescricional geral do Código Civil, tal qual já decidiu este Superior Tribunal. Da interpretação do referido art. 27 do CDC extrai-se que o prazo prescricional começa a fluir do conhecimento do dano. No caso, o próprio autor afirma que, em 1994, por padecer de cansaço, buscou ajuda médica, momento em que foi aconselhado a parar de fumar sob pena de reduzir sua expectativa de vida. Daí que a ação, de 2000, foi atingida pela prescrição.
> (STJ, Segunda Seção, REsp 489.895/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 10/03/2010, DJe 23/04/2010)

A ministra Nancy Andrighi participou do julgamento, e foi voto vencido. Mas, ao se observar o conteúdo advindo da teoria do diálogo das fontes, não se olvida acolher seus fundamentos propostos, os quais denotam a melhor interpretação possível dentro de um *diálogo sistemático de coerência* entre o CC/1916 e o CDC/1990, considerando a evolução fática da doença (dano), da legislação e do tratamento protetivo do consumidor.

Para a Ministra, "a definição do prazo prescricional a incidir no caso deve atentar para o mandamento constitucional do direito à saúde e, por isso, considerar o chamado diálogo das fontes apregoado pela doutrina consumerista", e direciona em seu voto que "na espécie, não cabe dúvida que o prazo mais favorável ao consumidor é aquele do art. 177 do CC/16, que fixa um prazo prescricional de 20 (vinte) anos, devendo, também por esse motivo, prevalecer sobre o prazo de 05 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC" (STJ, Segunda Seção, REsp 489.895/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 10/03/2010, DJe 23/04/2010, extrato do aditamento ao voto da Ministra Nancy Andrighi).

### *4.2 Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*

Uma lei completa a outra, visando sua complementação e a supressão de lacunas, por exemplo, o contrato de consumo e o contrato de adesão (já demonstrado), ao se aplicar o CDC/1990 não se excluirá a aplicação do artigo 423[27] e 424 do CC/2002. O resultado poderá ser aferido nesta fórmula: *diálogo*

[27] Houve a proposta de inclusão do § 1º no artigo 423 do CC/2002, através da MP nº 881/2019, estabelecendo que: "nos contratos não atingidos pelo disposto no *caput*, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida". Entretanto, esse parágrafo foi excluído com a conversão da MP nº 881/2019 na Lei nº 13.874/2019.

*sistemático de complementaridade e subsidiariedade: CDC/1990 ( ∫ ) CC/2002 (regras complementares e subsidiárias) = integração complementar específica*.

Nesta dimensão, apesar de configurar um contrato de relação consumerista, cuja relação é regida por norma específica, ou seja, o CDC/1990, o qual reza, conforme já visto, sobre o contrato de adesão em seus artigos 18 e 54, ocorrerão situações de necessária ampliação da técnica de interpretação da antinomia ao caso posto, buscando o intérprete pela complementaridade em respeito à subsidiariedade legislativa, em pontos específicos e merecedores da extensão interpretativa.

Para ilustrar, convém registrar uma análise comparativa do artigo 423 do CC/2002:

> *Redação original*:
> Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente.
>
> *Redação da MP nº 881/2019*:
> *Art*. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente.
> Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no *caput*, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida.

Na singularidade redacional do *caput* nenhuma novidade ao sentido interpretativo. Contudo, quanto ao acréscimo do parágrafo único, a inovação foi no sentido de estender a solução interpretativa em favor daquele que não participou da redação da cláusula ambígua, quando tratar-se de contratos que não reflitam a característica de adesão. Assim, denota-se que houve ampliação do caráter protetivo antes voltado mais acentuadamente para os contratos de adesão.

Essa ampliação, nesta proposta de nova redação, aplicando-se o diálogo das fontes, dentro da ótica da *integração complementar específica,* beneficiaria a interpretação em favor do consumidor ao se depararem com contratos que não se revistam de natureza de adesão, mas que possam comprometer o consumidor que não participou efetivamente da redação da cláusula controvertida.

Noutro ponto, ao se analisar o artigo 424 do CC/2002 resta evidente nos contratos de adesão que "são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". Comparativamente ao artigo 54 do CDC/1990, a redação do CC é mais protetiva e ampla, mesmo se apresentando como uma cláusula geral nas relações privadas. A aplicação do artigo 424 não poderá excluir a aplicação do CDC, mas sim deve ser complementar e subsidiária, dentro de uma integração complementar específica de normas, em respeito aos princípios já elencados neste estudo, e até mesmo à extensão conceitual prevista no artigo 51 do CDC, quando trata que

---

Algumas vozes doutrinárias se ergueram contra a referida MP, atentando-se pela possível ocorrência de uma inconstitucionalidade formal e material (LÔBO, 2019). Em sentido contrário, "a MP é positiva para o atingimento dos objetivos a que se propõe, merecendo, mesmo no que toca às alterações que promoveu no Código Civil, mais elogios do que críticas. [...] permito-me apresentar como sugestão ao legislador a supressão dos parágrafos 1º e 5º do artigo 50 e a supressão das expressões *repetidamente* e *exceto o de valor proporcionalmente insignificante,* respectivamente dos incisos I e II do § 2º do artigo 50" (Bunazar, 2019).

serão nulas cláusulas que "estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor", ou que coloquem uma das partes, por certo o consumidor, em posição de desvantagem, restringindo direitos ou obrigações que ameaçam o equilíbrio contratual, e desponte excessivamente oneroso ao consumidor.

No mesmo diapasão é direcionada a solução da antinomia jurídica entre a Lei dos Planos de Saúde nº 9.656/1998, a qual possui uma especialidade aparente sobre contratos que envolvam o assunto (entre operadoras e consumidores), com o próprio CDC/1990, o qual além de manter uma especialidade nas questões de consumo, também pode se apresentar como uma norma geral, conceitual e abrangente, direcionando as melhores práticas para a manutenção do equilíbrio que deve imperar nas relações de consumo, aplicável ao contrato de plano de saúde[28], o qual se apresenta como uma exigência de primeira ordem, e sua duração se alastra no tempo. Neste sentido, vem decidindo o STJ, conforme extrato do voto do ministro Luis Felipe Salomão:

> Por isso, é salutar, nos contratos de plano de saúde, condensar a legislação especial — Lei 9.656/98 —, especialmente com o Código de Defesa do Consumidor, pois, segundo o entendimento de Cláudia Lima Marques, esse contrato se configura como um "contrato cativo e de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o usuário o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde" (*in* Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 485).
> (STJ, Quarta Turma, REsp 1.330.919/MT, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 02/08/2016, DJe 18/08/2016)

Continuando com a análise deste julgamento, a solução para a antinomia foi a aplicação da teoria do diálogo das fontes através do caro *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*:

> Direito civil e do consumidor. Abusividade de cláusula que autoriza plano de saúde a indeferir procedimentos médico-hospitalares. *Em contrato de plano de assistência à saúde, é abusiva a cláusula que preveja o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares quando solicitados por médicos não cooperados. [...]* Todavia, o que se nota, muitas vezes, no âmbito privado, é a colisão dos interesses das partes, ficando, de um lado, as operadoras do plano de saúde — de caráter eminentemente patrimonial — e, de outro, os usuários — com olhar voltado para sua subsistência. *Assim, para dirimir os conflitos existentes no decorrer da execução contratual, há que se buscar, nesses casos, o diálogo das fontes, que permite a aplicação simultânea e complementar de normas distintas* [...].
> (STJ, Informativo nº 588, 17 a 31/08/2016, destaques nossos)

[28] Em 11/04/2018, foi revogada a Súmula nº 469 do STJ, cujo teor previa que: "aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". Agora vigente a Súmula nº 608 do STJ, prevendo que: "aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão".

*4.3 Diálogo de coordenação e de adaptação sistemática (diálogo de influências recíprocas)*

Decerto, leis gerais e especiais se influenciam mutuamente em um diálogo de mão dupla. Assim, por exemplo, o CC/2002 poderá influenciar conceitos do CDC/1990 e vice-versa, conforme a fórmula: *diálogo de coordenação e de adaptação sistemática (diálogo de influências recíprocas): CDC/1990 ( ∫ ) CC/2002 (complementar e subsidiário) = integração recíproca*.

Nesse ponto, cabe uma análise comparativa da nova redação do artigo 421 do CC/2002, determinada pela Lei nº 13.874/2019, para compreender a máxima do diálogo de influências recíprocas.

> *Redação original*:
> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
>
> *Nova redação*:
> *Art. 421.* A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
> Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Na redação proposta pela MP nº 881/2019, no *caput* do artigo 421 havia o acréscimo da expressão "observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica", o que por si já evidenciaria uma substancial mudança no tratamento do instituto contratual, eis que, além de denotar algo novo, direcionaria para a ampliação de conceitos que sequer se apresentam consolidados, e que muitas vezes podem denotar a perda de proteção dos direitos do consumidor, situação vedada pelo "princípio da proibição do retrocesso" (Tartuce; Silva, 2018, p. 57), em detrimento também dos princípios gerais da atividade econômica, esculpidos no artigo 170 e seguintes da Constituição da República. Situação que levou a não aprovação de sua redação quando da conversão em lei.

Algumas propostas incluídas na MP nº 881/2019, que levaram à instituição de uma nova conotação econômico-jurídica, direcionaram pela tentativa de remodelar institutos de indelével tradição e de marcante atuação fundamental dentro da seara do direito civil, do consumidor, empresarial, econômico e de direito trabalhista, este último, por exemplo, que sofreu incisiva flexibilização pela reforma trabalhista de 2017, e seus contornos jurídicos não se encontram sedimentados na literatura jurídica, tampouco, no meio social e empresarial.

Acaso fosse aprovada a MP nº 881/2019 com este conteúdo, inúmeras antinomias jurídicas poderiam emergir a partir da redação do artigo 421 do CC/2002, influenciando diretamente os conceitos existentes no CDC/1990, e estabelecendo um diálogo de mão dupla, mas as consequências para a proteção do consumidor seriam aparentes, eis que, princípios protetivos e testados ao longo dos anos seriam novamente trazidos à discussão, dentro de uma visão mais limitativa de direitos, tal como foi o tratamento direcionado pelo julgamento da limitação ao valor dos danos materiais em voo internacional de passageiros e sua extensividade aos danos morais, anteriormente tratados neste estudo.

Por outro lado, a conversão da MP nº 881/2019 na Lei nº 13.874/2019, fez surgir a inclusão do artigo 421-A no CC/2002, com a seguinte redação:

> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:
> I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
> II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
> III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Na prática, a nova redação do artigo 421-A trouxe poucas modificações à sistemática jurídica vigente. A intenção de estabelecer balizas objetivas para a interpretação dos contratos não se distanciou significativamente do que já era defendido pela doutrina e aplicado pela jurisprudência em relação aos contratos civis paritários.

Contudo, a inclusão expressa desse conteúdo na lei transmite uma mensagem clara sobre a intenção do legislador, restringindo a atuação judicial e reforçando o princípio do *pacta sunt servanda*. Tal orientação foi consolidada e ampliada no recente Anteprojeto de Reforma do Código Civil, elaborado por uma comissão de juristas e apresentado ao Senado Federal. Esse movimento indica uma pacificação jurídica no sentido de buscar o "espírito" do regramento nos casos em que eventualmente houver dúvida ou conflito, evitando-se antinomias jurídicas.

A influência recíproca poderá ser utilizada como fundamento para a exclusão da aplicação de um conceito ou de um instituto entre legislações que se apresentem antinômicas em sua própria natureza jurídica. O julgamento pelo STJ do REsp 1.321.614/SP, evidenciou a aplicação da teoria da base objetiva:

> Direito civil e do consumidor. Hipótese de inaplicabilidade da teoria da base objetiva ou da base do negócio jurídico. *A teoria da base objetiva ou da base do negócio jurídico tem sua aplicação restrita às relações jurídicas de consumo, não sendo aplicável às contratuais puramente civis.* A teoria da base objetiva difere da teoria da imprevisão por prescindir da imprevisibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. Pela leitura do art. 6°, V, do CDC, basta a superveniência de fato que determine desequilíbrio na relação contratual diferida ou continuada para que seja possível a postulação de sua revisão ou resolução, em virtude da incidência da teoria da base objetiva. O requisito de o fato não ser previsível nem extraordinário não é exigido para a teoria da base objetiva, mas tão somente a modificação nas circunstâncias indispensáveis que existiam no momento da celebração do negócio, ensejando onerosidade ou desproporção para uma das partes [...]. Ademais não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microssistema do direito do consumidor. De outro modo, a teoria da quebra da base objetiva poderia ser invocada para revisão ou resolução de qualquer contrato no qual haja modificação das circunstâncias iniciais, ainda que previsíveis, comprometendo em especial o princípio *pacta sunt servanda* e, por conseguinte, a segurança jurídica. Por fim, destaque-se que, no tocante às relações contratuais puramente civis, quer dizer, ao desamparo das normas

> protetivas do CDC, a adoção da teoria da base objetiva, a fim de determinar a revisão de contratos, poderia, em decorrência da autuação jurisdicional, impor indesejáveis prejuízos reversos àquele que teria, em tese, algum benefício com a superveniência de fatos que atinjam a base do negócio.
> (STJ, Terceira Turma, Informativo nº 556, 23/02 a 04/03/2015, destaques nossos)

Nestes termos, *mutatis mutandis*, o sentido do diálogo das fontes, mais precisamente do *diálogo de coordenação e de adaptação sistêmica* (ou como direciona-se da integração recíproca), poderá ser aplicado para afastar a ação de uma norma sobre a outra, em um caso específico quando necessário extrair da norma ou do conceito seu caráter mais importante à solução do conflito aparente.

Em recente julgado, proferido em 12 de setembro de 2024, com citação direta da teoria do diálogo das fontes, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu sobre a aplicabilidade do ECA frente à legislação previdenciária, quando caso de aparente contradição de normas, conforme trecho do voto proferido nos autos da Apelação Cível nº 5062164-61.2023.4.03.9999, da lavra da Juíza Federal Convocada Luciana Ortiz:

> O Superior Tribunal de Justiça, após ser provocado, em decisão da Relatoria do Min. Napoleão, no REsp 1.411.258/RS, firmou entendimento de que o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, desde que comprovada a sua dependência econômica nos termos do art. 33, § 3º, de Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. O julgado informa a qualidade de Lei Especial do ECA, impondo sua aplicação frente à legislação previdenciária em caso de aparente contradição das normas. A esse propósito, a decisão brilhante do Juiz Federal Dr. Janio Roberto dos Santos faz referência à professora Cláudia Lima Marques, da UFRJ, que trouxe ao Brasil a teoria do "Diálogo das Fontes", de Erik Jayme, observando que: "a boa técnica aconselha que o sistema deve ser interpretado por meio de um Diálogo entre Fontes", observando-se que: "(...) as normas jurídicas não se excluem simplesmente por pertencerem a ramos jurídicos distintos, mas se complementam, com base na premissa de visão unitária do ordenamento jurídico. Surge para complementar os critérios clássicos de solução das *antinomias jurídicas*. Existem três tipos de diálogos possíveis: (i) diálogo sistemático de coerência: na aplicação simultânea das leis, uma serviria de base conceitual para a outra; (ii) diálogo de complementariedade (direta) ou diálogo de subsidiariedade (indireta): nos contratos de adesão regidos pelo direito civil, por exemplo, é possível invocar o dispositivo de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC; (iii) "diálogos de influências recíprocas sistemáticas", doublé sens, ou "diálogo de coordenação e adaptação sistemática": ocorre quando os conceitos estruturais de uma norma sofrem influências da outra (ainda que seja ela mais geral, de menor hierarquia ou mais antiga)".
> (TRF3, Sétima Turma, ApCiv 5062164-61.2023.4.03.9999, Relatora Juíza Federal Convocada Luciana Ortiz, j. 12/09/2024, DJEN 16/09/2024)

Assim, evidencia-se que o resultado obtido com a melhor interpretação jurídica, em razão da norma de tutela dos interesses de menores, vem sendo o alcance de um equilíbrio que afaste as antinomias jurídicas, situação que não passa longe do diuturno enfrentamento realizado pela Justiça Federal.

## 5 Conclusão

Dentro da limitação espacial do presente estudo, voltou-se o seu direcionamento para a aplicação prática de soluções às antinomias jurídicas, visitando e revisitando casos concretos que foram objetos de julgamentos em diversos tribunais, que evidenciam a inexistência de uma comum aceitação de seus resultados.

De fato, as antinomias jurídicas nascem e morrem a todo o momento, denotando o ciclo de evolução do Direito posto e vivido, e do Direito novo e a ser experimentado, de uma sociedade que busca respostas cada vez mais urgentes, muitas de cariz fragmentado.

Mas o Direito como uma ciência deve buscar uma concordância analítica, um padrão mais elevado e não apenas uma solução díspar e momentânea, satisfazendo parte dos interesses, ou apenas, evidenciando o descaso dos enfrentamentos do passado.

Ademais, a solução de uma antinomia não pode simplesmente criar outra. Neste sentido, de maneira ilustrativa, objetivando a manutenção dos anseios maiores de proteção ao consumidor, além de outros fundamentos já expostos, e outros não visitados, mas amplamente defendidos, poder-se-ia exercitar a revisão do julgamento do RE 636.331, aplicando-lhe o diálogo sistemático de coerência, e assim, equilibrando a decisão para a não fixação de um limite ao valor de indenização no transporte internacional de passageiros, tampouco, aos danos morais.

Será neste sentido que se faz premente a atenção aos casos concretos que causam a evolução conflitante das normas jurídicas, na busca incessante de uma solução, seja pela aplicação dos procedimentos e mecanismos tradicionais, das técnicas da ponderação, do olhar valorativo e axiológico da Constituição, e, sobretudo, pelo diálogo que busca, dentro de uma estrutura conceitual mais ampla, a validade incondicional que respeitará o passado e o presente, almejando a um futuro mais consonante para o ordenamento jurídico.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: HB, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. STF, Pleno, *ADI 4.815/DF*, Relatora Ministra Carmen Lúcia, j. 10/06/2015, DJe 01/02/2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STF, Pleno, *RE 636.331/RJ*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25/05/2017, DJe 13/11/2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STF, Pleno, *RE 76.454/RS EDv*, Relator Ministro Antonio Neder, j. 14/09/1978, DJ 20/10/1978. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=38761. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STF, Primeira Turma, *RE 351.750/RJ*, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Carlos Britto, j. 17/03/2009, DJe 25/09/2009. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STF, Primeira Turma, *HC 68.793/RJ*, Relator Ministro Moreira Alves , j. 10/03/1992, DJ 13/03/1992. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71233. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STJ, Primeira Seção, *REsp 1.251.993/PR*, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 12/12/2012, DJe 19/12/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101008870&dt_publicacao=19/12/2012. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STJ, Quarta Turma, *REsp 1.166.568/SP*, Relator Ministro Lázaro Guimarães, j. 12/12/2017, DJe 15/12/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902249757&dt_publicacao=15/12/2017. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STJ, Quarta Turma, *REsp 1.330.919/MT*, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 02/08/2016, DJe 18/08/2016. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201277083&dt_publicacao=18/08/2016. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STJ, Segunda Seção, *REsp 489.895/SP*, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 10/03/2010, DJe 23/04/2010, extrato do aditamento ao voto da Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201599500&dt_publicacao=23/04/2010. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STJ, Segunda Turma, *AgRg no AREsp 621.356/RJ*, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 10/03/2015, DJe 06/04/2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403073098&dt_publicacao=06/04/2015. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STJ, Terceira Turma, *REsp 1.698.638/RS*, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502783491&dt_publicacao=16/05/2019. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. STJ, Terceira Turma, *REsp 1.765.579/SP*, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05/02/2019, DJe 12/02/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702953617&dt_publicacao=12/02/2019. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. TJ/GO, Segunda Turma, *MS 0449780-90.2015.8.09.0000*, Relator Desembargador Jairo Ferreira Jr, j. 04/07/2015.

BRASIL. TJ/SP, Primeira Câmara de Direito Público, *Apelação 1009560-82.2018.8.26.0562*, Relator Desembargador Marcos Pimentel Tamassia, j. 11/09/2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11808085&cdForo=0. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. TJ/SP, Sexta Câmara de Direito Privado, *AI 2032130-48.2019.8.26.0000*, Relator Desembargador Rodolfo Pellizari, j. 21/03/2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12326792&cdForo=0. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. TJ/SP, Sexta Câmara de Direito Privado, *AI 2170763-73.2018.8.26.0000*, Relator Desembargador Rodolfo Pellizari, j. 08/10/2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11892015&cdForo=0. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. TJ/SP, Sexta Câmara de Direito Privado, *AI 2263436-85.2018.8.26.0000*, Relator Desembargador Vitor Guglielmi, j. 05/04/2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI004VLL20000#?cdDocumento=32. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. TRF3, Sétima Turma, *ApCiv 5062164-61.2023.4.03.9999*, Relatora Juíza Federal Convocada Luciana Ortiz, j. 12/09/2024, DJEN 16/09/2024. Disponível em: https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/303212517. Acesso em: 19 set. 2024.

BUNAZAR, Maurício. Comentários breves às alterações do Código Civil promovidas pela MP 881/19 (parte 1). *Migalhas*, 15 maio 2019. Disponível em: https://m.migalhas.com.br/depeso/302298/comentarios-breves-as-alteracoes-do-codigo-civil-promovidas-pela-mp. Acesso em: 19 set. 2024

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro* – da retroatividade das leis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Antinomia*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão e dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder:* passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Ricardo Alves de. Divórcio impositivo e a modernidade algorítmica. *Jusbrasil*, 2019. Disponível em: https://ralsp10.jusbrasil.com.br/artigos/722775007/divorcio-impositivo-e-a-modernidade-algoritmica?ref=serp. Acesso: 20 set. 2024.

LÔBO, Paulo. Inconstitucionalidades da MP da 'liberdade econômica' e o direito civil. *Consultor Jurídico*, 06 jun. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/paulo-lobo-inconstitucionalidades-mp881-direito-civil. Acesso em: 19 set. 2024.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Sergipe, n. 7, p. 15-54, 2004.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. Não se faça de Bobbio: a importância do ordenamento jurídico. *Consultor Jurídico*, 26 nov. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/diario-classe-nao-faca-bobbio-importancia-ordenamento-juridico. Acesso: 19 set. 2024.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito constitucional:* teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2014.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Calleti Marenco. Campinas: Edicamp, 2004.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SIMÃO, José Fernando. O tempo e o direito. *Carta Forense*, 2013. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-tempo-e-o-direito/11969. Acesso: 20 set. 2024.

TARTUCE, Flávio Tartuce; SILVA, Bruno Casagrande. A aplicação das convenções internacionais de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal em face do princípio da proibição do retrocesso. *Revista de Direito do Consumidor - RDC*. São Paulo, ano 27, v. 115, p. 41-68. jan./fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1.

TARTUCE, Flávio. *Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

TARTUCE, Flávio; STRECK, Lenio Luiz. Técnica de ponderação no novo CPC. Debate. *Jornal Carta Forense*, fev. 2016. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck. Acesso: 20 set. 2024.

Data de submissão: 30 set. 2024
Data de aprovação: 25 out. 2024

Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# Lucro obtido pela violação a direitos de personalidade

*Profit obtained from the violation of personality rights*

**João Marcelo Torres Chinelato**

Doutor em Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa (Portugal). Procurador Federal.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/7497575315670053
Orcid: https://orcid.org/0009-0002-1325-300X

**RESUMO**: Este artigo pretende demonstrar que o sistema jurídico brasileiro impõe ao infrator um dever de restituição do lucro obtido mediante ofensa aos direitos de personalidade. Nesse sentido, objetiva evidenciar que esse dever de restituição pode ser imposto com fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, bem como que existem critérios para a quantificação do valor a ser restituído e que tal pretensão restitutória pode ser cumulada com a pretensão reparatória. Para tanto, considerando que a destinação jurídica da vantagem econômica alcançada mediante a violação de direitos é um problema que tem desafiado a doutrina de diversos sistemas, discorrer-se-á sobre como os debates travados no direito norte-americano acerca do "disgorgement of profits" têm contribuído para a evolução dessa questão, assim como os estudos notáveis desenvolvidos em Portugal e, mais recentemente, no Brasil. Será destacado que um dos pontos fundamentais acerca dessa obrigação de restituir o lucro injusto consiste em definir qual seria o seu fundamento jurídico em cada legislação; ressaltando-se que, no Brasil, tem-se adotado o entendimento de que o instituto do enriquecimento sem causa cumpriria esse papel. A partir dessa definição, será possível avançar no tema do lucro injusto, estabelecendo critérios para a quantificação da vantagem econômica a ser devolvida pelo infrator, na medida em que o enriquecimento sem causa não tem natureza punitiva ou reparatória, circunstância que permite estipular limites para a determinação do objeto da restituição, servindo como exemplos desses critérios o da remuneração habitual e o da causalidade. Também será abordada a questão da relação do tema com a pretensão reparatória, que surge em favor daquele que sofre um dano. Assim, este artigo tem por objetivo demonstrar, especialmente com fundamento na teoria do conteúdo da destinação dos direitos absolutos, que a situação do lucro obtido à custa dos direitos de personalidade não apenas causa uma lesão à pessoa como também configura uma ilícita apropriação de utilidades reservadas a essa pessoa, viabilizando a cumulação das pretensões indenizatória e restitutória. Portanto, a partir do método crítico-propositivo, propõe-se uma abordagem que considere a abertura dos pleitos das vítimas de atos ilícitos, haja vista a necessidade de dar resposta a condutas antijurídicas que muitas vezes conseguem agir à margem do Direito.

**PALAVRAS-CHAVE**: lucro injusto; direitos de personalidade; dever de restituição; enriquecimento sem causa; quantificação.

**ABSTRACT**: This article aims to demonstrate that the Brazilian legal system imposes on the offender a duty to repay the profit obtained through an offense against personality rights. In this sense, it aims to demonstrate that this duty of restitution can be imposed based on the institute of unjust enrichment, as well as that there are criteria for quantifying the amount to be repaid and that such restitution claim can be combined with the reparatory claim. The legal destination of the economic advantage obtained through rights violation is a issue that has challenged the doctrine of various systems. The debates in US law on the "disgorgement of profits" have contributed to the evolution of this issue, as also have notable studies in Portugal and, more recently, in Brazil. One of the fundamental points about this obligation to return unjust profits is to define its legal basis in each law. In Brazil, the understanding has been that the institute of unjust enrichment would fulfill this role. This definition allows progress to be made on the subject of unjust profit, establishing criteria for quantifying the economic advantage to be returned by the offender, insofar as unjust enrichment does not have a punitive or reparatory nature, a circumstance that allows limits to be set for determining the object of restitution, with examples of these criteria being habitual remuneration and causality. Another fundamental issue for the development of the subject is to clarify its relationship with the reparation claim that arises in favor of one who suffers damage. This article argues, especially on the basis of the theory of the content of the destination of absolute rights, that the situation of profit obtained at the expense of personality rights not only causes an injury to the person but also constitutes an illicit appropriation of utilities reserved for that person, thus making it possible to cumulate the claims for compensation and restitution.

**KEYWORDS**: Unjust profit; personality rights; duty of restitution; unjust enrichment; quantification.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução. 2 Lucro injusto: um debate mundial. 3 O instituto do enriquecimento sem causa como fundamento. 4 Obrigação de restituir a vantagem auferida por lesão a direitos personalidade. 5 Delimitação do valor a ser restituído. 6 Cumulação entre as pretensões reparatória e restitutória: o problema da subsidiariedade do enriquecimento sem causa. 7 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

O objetivo deste texto é abordar, nos quadrantes do sistema jurídico brasileiro, o tema do dever de restituir o lucro ilicitamente obtido, inclusive quando essa ilicitude decorre da ofensa a direitos extrapatrimoniais, como os direitos de personalidade. Para além desse objetivo geral, tem-se como objetivo específico a demonstração de que esse sistema dá fundamentos para tal obrigação. Essa demonstração é fundamental, pois essa matéria aportou na academia brasileira mais recentemente, vinda de outras latitudes. A análise do sistema jurídico brasileiro também é fundamental no trato dessa matéria para que se responda se há critérios para quantificar o valor a ser restituído pelo infrator, bem como se aquela pretensão restitutória só deve ser ajuizada isoladamente ou se pode ser cumulada como a já conhecida pretensão reparatória, que exsurge da violação do direito.

A partir do método crítico-propositivo, propõe-se uma abordagem que considere a abertura dos pleitos das vítimas de atos ilícitos, haja vista a necessidade de dar resposta a condutas antijurídicas que muitas vezes conseguem agir à margem do Direito.

Decerto, o proveito econômico obtido por meio de uma conduta ilícita – que se pode designar como "lucro injusto" – e a obrigação de que essa vantagem seja devolvida pelo infrator é uma questão discutida nas mais diversas tradições jurídicas. A transversalidade desse debate talvez possa ser explicada por um compartilhado sentimento de justiça, segundo o qual o lucro ilicitamente obtido não pode permanecer nas mãos de quem viola o Direito. E por uma preocupação de ordem prática: um sistema no qual seja possível que, após a condenação, remanesça para o infrator qualquer vantagem tenderá a falhar em sua tarefa de dissuadir a ilicitude ou, o que é muito pior, poderá até mesmo estimulá-la.

O tema tem sido estudado no Brasil e esse estudo passa pela análise dos desenvolvimentos que o instituto do *disgorgement of profits* alcançou no direito norte-americano, no qual se produziram algumas orientações também válidas para tradições jurídicas de Direito escrito.

Esse estudo também deve considerar a análise dos trabalhos produzidos por expoentes da doutrina portuguesa, que à luz da legislação civil têm tratado já há algum tempo da obrigação de restituir o lucro injusto. E isso não apenas em relação ao lucro obtido mediante ofensa a direitos suscetíveis de apreciação econômica, mas também à vantagem alcançada pela violação a direitos extrapatrimoniais, como os direitos de personalidade.

Como dito, mais recentemente, a matéria tem sido debatida no Brasil, desafiando a doutrina especializada a encontrar fundamentos no sistema brasileiro para tal obrigação de restituir. Nessa tarefa, muitos têm defendido que o artigo 884 do Código Civil (Brasil, 2002), ao vedar o enriquecimento sem causa, daria sustentação a esse tipo de obrigação restitutória.

Vale consignar que o "Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil" expressamente propõe a inclusão de dispositivo acerca da obrigação de restituir o lucro da intervenção, caracterizando-a como "vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou de direito alheio" e fundamentando-a "na vedação do enriquecimento sem causa" (art. 884, § 2º) (Brasil, 2024).

Mediante a adoção dessa premissa, que começa a despontar na doutrina brasileira como uma posição predominante, este artigo apresentará alguns critérios, estipulados no Direito estrangeiro, para a quantificação do valor a ser restituído por aquele que obtém lucro ilícito à custa dos direitos de personalidade. A princípio, a ordem jurídica brasileira não é refratária a esses critérios.

O tema da quantificação é fundamental para que a pretensão de privar o infrator do lucro injusto seja acolhida, especialmente em demandas judiciais. Isso porque, ao que parece, o reconhecimento dessa obrigação restitutória não depende apenas da explicitação do seu fundamento jurídico (enriquecimento sem causa), mas, também, da definição de parâmetros claros que permitam ao Poder Judiciário dar, por essa via, respostas proporcionais à ilicitude.

Quanto a esse aspecto, é comum se encontrar na jurisprudência o receio de que a decisão judicial acabe provocando um "enriquecimento sem causa do lesado" (Brasil, 2017), temor que pode ser diminuído pela definição de critérios capazes de determinar o valor da restituição.

Por fim, será enfrentado um aparente obstáculo: o fato de que, de acordo com o Código Civil brasileiro, o instituto do enriquecimento sem causa tem caráter subsidiário, isto é, só pode ser aplicado quando o lesado não dispuser de outro meio para ser indenizado.

## 2 Lucro injusto: um debate mundial

A possibilidade de privar o autor de um ato ilícito da vantagem econômica por ele obtida com a sua infração é um tema debatido em quase todo o mundo, muitas vezes no contexto da violação a direitos extrapatrimoniais (Bruggemeier; Ciacchi; O'Callaghan, 2010, p. 318).

No plano legislativo, a Itália, por meio da Lei nº 349/1986, relativa à responsabilidade civil por danos ambientais, previa no parágrafo 6º do seu artigo 18º que, na hipótese de ser impossível quantificar a indenização no caso concreto, se deveria recorrer à equidade, levando em conta, nesse caso, o lucro obtido pelo transgressor em consequência do seu comportamento lesivo. O dispositivo acabou revogado pelo Decreto Legislativo nº 153/2006, a fim de ajustar-se à Diretiva 2004/35 do Parlamento Europeu e do Conselho, especificamente ante a previsão de que o ressarcimento deve ser fixado de forma específica. Apesar disso, a norma causou perplexidade na doutrina italiana enquanto vigorou, sobretudo por superar os tradicionais critérios de quantificação da responsabilidade civil. Na ocasião, Salvatore Patti (2011, p. 297) chegou a defender a revisão do instituto do ressarcimento do dano, a fim de que pudesse ele ser mais eficaz na repressão aos ilícitos civis.

Na Espanha, a Lei Orgânica nº 1/1982, de proteção civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, estabelecia em seu artigo 9.3 que, na indenização por dano moral "también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma"[1].

[1] Tradução livre: "o benefício obtido pelo lesado em consequência da lesão é igualmente avaliado" (Espanha, 1982).

Discussões parecidas já foram travadas na Alemanha, merecendo destaque as decisões tomadas pelo Bundesgerichtshof (BGH), a mais alta Corte do sistema alemão de jurisdição penal e privada, em ações ajuizadas pela princesa Caroline de Hannover, a ex-princesa de Mônaco, contra alegadas invasões de imprensa a sua esfera privada. Em um dos casos, relativos a duas publicações que incorretamente associavam Caroline a campanhas de luta contra o câncer de mama, das quais ela não participara, o BGH considerou que, além de compensar a vítima, a indenização deveria ser elevada em virtude dos lucros obtidos pelo agente[2].

Entretanto, é da jurisprudência norte-americana que se extraem os maiores desenvolvimentos sobre o tema, especialmente dos precedentes acerca do proveito econômico obtido por meio de fraude na bolsa de valores. Esse julgados se baseiam no *Securities Exchange Act of 1934*, legislação reguladora do mercado de valores mobiliários, que autoriza a *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários) a postular a recuperação dos lucros auferidos por esse tipo de transgressão[3].

Com base nessas normas, os tribunais norte-americanos acolhem a figura do *disgorgement of profits*, cujo papel é privar o transgressor dos lucros adquiridos por meio da transgressão (Amendola *et al*., 2016, § 1.308).

Há várias decisões que aplicam esse instituto, entre as quais a decisão proferida no caso *Warren v. Century Bankcorporation*, ocasião em que a Suprema Corte de Oklahoma aduziu que o *disgorgement*, "em vez de compensar a vítima", destina-se a "privar o transgressor de todos os ganhos decorrentes do seu erro"[4].

## 3 O instituto do enriquecimento sem causa como fundamento

Conforme o artigo 884 do Código Civil, aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem será obrigado a restituir o indevidamente auferido, com correção monetária. Essa norma estabelece que, sendo a causa do enriquecimento inexistente, ou injusta, fica ele caracterizado como locupletamento ilícito e o agente que dele se beneficiou fica obrigado a restituí-lo.

De acordo com Nelson Rosenvald (2019, p. 285), "o enriquecimento sem causa se tornou no Direito brasileiro recente a rota natural para que se supra a lacuna legislativa quanto a um remédio de restituição de lucros ilícitos".

---

2 BGH 5.12.1996, NJW 1996, 984-985.

3 Conforme o *Securities Exchange Act of 1934*, §§ 78u-2(e): "(e) Authority to enter order requiring accounting and disgorgement In any proceeding in which the Commission or the appropriate regulatory agency may impose a penalty under this section, the Commission or the appropriate regulatory agency may enter an order requiring accounting and disgorgement, including reasonable interest. The Commission is authorized to adopt rules, regulations, and orders concerning payments to investors, rates of interest, periods of accrual, and such other matters as it deems appropriate to implement this subsection". Tradução livre: "Em qualquer processo em que a Comissão ou a agência reguladora competente possa impor uma sanção nos termos da presente secção, a Comissão ou a agência reguladora competente pode emitir uma ordem que exija a prestação de contas e a restituição, incluindo juros razoáveis. A Comissão está autorizada a adotar normas, regulamentos e ordens relativas a pagamentos aos investidores, taxas de juro, períodos de acumulação e outras questões que considere adequadas para aplicar a presente subsecção".

4 Warren v. Century Bankcorporation, Inc., 741 P.2d 846, 852 (Okla, 1987).

No entanto, o mesmo autor, em artigo especificamente destinado a demonstrar que o sistema brasileiro ampararia algo semelhante ao *disgorgement*, desenvolve essa ideia enfatizando que a vedação ao enriquecimento sem causa, prevista no artigo 884 do Código Civil, é apenas uma das espécies contempladas pelo chamado direito restitutório. Isso porque a restituição poderia ser alcançada por múltiplos remédios, o que a configura como um gênero do qual é espécie o enriquecimento sem causa. Também seriam espécies desse gênero, por exemplo, as pretensões reivindicatória de imóvel e de restituição dos frutos pelo possuidor de má-fé (Rosenvald; Kuperman, 2017, p. 20-21).

A existência desse amplo direito restitutório – cuja ideia central é retornar o enriquecido ao *status quo ante* – de fato aproxima o sistema brasileiro da concepção do *disgorgement*. Como afirmou a Suprema Corte de New Jersey, *em County of Essex v. First Union National Bank*, o *disgorgement* não se fundamenta nos danos sofridos pela vítima, mas na impossibilidade de que o infrator retenha quaisquer dos frutos obtidos com o ilícito[5].

Na tradição jurídica do *common law* é conhecida a orientação segundo a qual, no caso do descumprimento de contratos, da violação à propriedade material ou de ilícitos relacionados à quebra dos deveres de confiança e sigilo, pode a vítima optar por não propor demanda compensatória, mas por postular a supressão das vantagens obtidas pelo infrator (Rosenvald, 2018).

Nesse âmbito, caracteriza-se a obrigação de devolver o lucro injusto como um remédio restitutório, que se fundamenta no instituto do enriquecimento sem causa e cuja função primordial não é compensar a vítima, mas remover o proveito econômico do infrator. A princípio, não parece haver o que justifique seja ela restrita aos casos relativos a direitos patrimoniais. Afinal, direitos insuscetíveis de apreciação econômica também podem ser lesados por conduta geradora de lucro.

## 4 Obrigação de restituir a vantagem auferida por lesão a direitos personalidade

Os direitos de personalidade são descritos como personalíssimos, essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, absolutos e desprovidos da faculdade de disposição (Gomes, 1996, p. 130).

O Código Civil estabelece que esses direitos são intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem sofrer limitação voluntária (art. 11), e inclui expressamente nessa categoria os direitos à integridade física e psíquica, ao nome e ao pseudônimo, à imagem e à privacidade (arts. 13 a 21).

A associação da questão abordada neste artigo com o *disgorgement* poderia induzir a conclusão de que a restituição do lucro injusto com base no artigo 884 do Código Civil seria adequada para remediar apenas a ofensa a bens suscetíveis de apreciação econômica, o que excluiria os direitos de personalidade ou parte deles.

Essa equivocada impressão também poderia surgir quando se considera a tradicional afirmação de que o enriquecimento sem causa tem como pressuposto

[5] County of Essex v. First Union National Bank, 186 N.J. 46, 61 (2006).

o chamado "deslocamento patrimonial". De acordo com essa ideia, o instituto só teria lugar quando ao enriquecimento do agente correspondesse um dano, caracterizado como um empobrecimento da vítima, ou seja, um dano com caraterísticas patrimoniais (Sacco, 1959).

Essa compreensão poderia excluir a possibilidade de se pleitear a restituição de lucros auferidos mediante violação aos direitos de personalidade. Isso porque, embora alguns dos elementos constitutivos da pessoa possam ser comercializados – como a imagem –, os direitos de personalidade mais sensíveis, como a vida e a integridade psíquica, não o podem. E a ofensa a esses últimos pode gerar lucro para o infrator sem que a esse lucro corresponda nenhum empobrecimento (patrimonial) do lesado.

Assim, se for mantido o entendimento de que o deslocamento patrimonial é pressuposto do enriquecimento sem causa, estariam em tese excluídos da pretensão restitutória os lucros obtidos por danos a direitos de personalidade insuscetíveis de apreciação econômica.

Para contornar esse problema, autores sustentam que o dano, embora pressuposto para a configuração do enriquecimento sem causa, não precisa ser necessariamente patrimonial. Bastaria a constatação de que foi gerado proveito econômico mediante a lesão a direitos ou a situações protegidas (Gallo, 1996, p. 36).

De acordo com essa orientação, a pretensão restitutória não está preordenada a recompor o patrimônio da vítima, mas a retirar do patrimônio do agente a vantagem por ilicitamente alcançada, razão pela qual a teoria do deslocamento patrimonial deveria ser superada (Rosenvald; Kuperman, 2017, p. 23).

Essa posição é de fato sustentável. Em primeiro lugar, porque o requisito do deslocamento patrimonial não foi consagrado pela legislação brasileira. Em segundo lugar, porque o direito restitutório, como acima afirmado, não tem como foco a lesão suportada pela vítima. Consequentemente, o seu empobrecimento não pode ser imposto como requisito.

Torna-se, assim, compatível com o Direito brasileiro, o entendimento defendido em Portugal por Pedro Paes de Vasconcelos (2014, p. 148-150), que, em obra dedicada ao estudo dos direitos de personalidade, afirma que a restituição do proveito econômico obtida pela lesão a direitos dessa natureza teria, no direito português, como fundamento, o instituto do enriquecimento sem causa. A mesma posição é defendida por outros expoentes da doutrina portuguesa, como Capelo de Sousa (1995, p. 340) e Paulo Mota Pinto (1993, p. 582). Esses autores lusitanos caracterizam a vantagem econômica obtida à custa dos direitos de personalidade como *lucro da intervenção em direitos de outrem*. No lucro obtido por intervenção, é comum que o ganho resultante desse ato apareça no patrimônio do enriquecido sem antes ter existido no patrimônio do empobrecido (Leitão, 2002, p. 34-35).

No Brasil, Nelson Rosenvald (2019, p. 313-314) sustenta que seria possível pleitear a devolução de ganhos indevidos "no campo da violação a direitos de propriedade (tangível e intangível), contratos, relações de confiança, direito de concorrência, mercado de capitais e direitos da personalidade".

Essa orientação permite construir uma efetiva tutela civil dos direitos de personalidade, e confere proteção contra infratores que preferem correr o risco de serem demandados judicialmente por concluírem, após um cálculo matemático,

que o ato ilícito lhes dará retornos financeiros superiores aos desfalques impostos pelo Judiciário.

Tal conclusão é a princípio extensível para outros direitos extrapatrimoniais como, por exemplo, certas categorias de direitos difusos. A propósito, há na doutrina ambientalista quem sustente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser pressuposto da realização do direito à vida, não interessa apenas à coletividade, mas também à pessoa individualmente considerada, caracterizando-se, por esse ângulo, como um direito de personalidade (Milaré, 2011, p. 129).

Nessa direção, Marcelo Kokke (2024, p. 277), em artigo sobre o tema sustenta o seguinte:

> Sob o ângulo interpretativo em questão, há em si o dano ambiental, que é passível de reparação, e lado outro, há a responsabilidade derivada do enriquecimento sem causa, já que o fruto financeiro derivou da atividade ou empreendimento ilegais. A ação restituitória é derivada da falta de justa causa no recebimento de valores que utilizaram recursos naturais ou foram em si causa de degradação ecológica. Essa perspectiva desatrela o enriquecimento ilícito da situação em si de responsabilidade civil reparatória. A argumentação de enquadramento dos lucros ilegítimos obtidos a partir da infração ambiental com enriquecimento sem causa configura potencial manejo jurídico para fins de remoção dos ganhos indevidos por parte do sujeito responsável pelo empreendimento ou atividade.

A propósito, foi aprovado na "I Jornada Jurídica de Prevenção e Gerenciamento de Crises Ambientais", realizado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), enunciado com o seguinte teor (2024, p. 2): "O lucro obtido por meio de degradação ambiental constitui ilegítima usurpação de bens da coletividade e configura enriquecimento sem causa, razão pela qual deve ser restituído pelo infrator".

É verdade que os bens ambientais podem ser economicamente quantificados, mas também se reconhece, como em relação aos direitos difusos em geral, a possibilidade de que certas violações a esses direitos venham a produzir danos morais coletivos.

O mesmo ocorre em relação aos direitos de personalidade: alguns deles podem até mesmo ser comercializados, ao passo que outros, não. O fato é que, admitindo-se que o empobrecimento da vítima, seja ela a pessoa ou a coletividade, não é condição para a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, fica aberta a possibilidade de pretensão restitutória, cujo objeto seja o lucro obtido à custa dos direitos da coletividade ou da pessoa, ainda que o direito violado, em qualquer dos casos, tenha conteúdo extrapatrimonial.

## 5 Delimitação do valor a ser restituído

No tocante à quantificação da obrigação de restituir o lucro injusto, a primeira questão é se ele deve ser devolvido total ou parcialmente.

Entre os autores que tratam do tema, predomina a posição no sentido de que apenas parcela da vantagem deve ser objeto de restituição. Essa posição guarda coerência com a natureza da obrigação de que se está tratando. Como se afirmou

acima, no Direito brasileiro, a obrigação de devolver o lucro injusto pode ser imposta com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil). Tal devolução se baseia em um remédio de natureza restitutória, o que exclui finalidades reparatórias ou punitivas (Busto Lago; Peña López, 1997, p. 146). Consequentemente, o que se deve alcançar, após o cumprimento da obrigação de restituir, é o retorno ao *status quo ante*. Tudo o que extrapolar disso se caracterizaria como punição e, assim, poderia ser considerado indevido.

Normalmente, dois são os critérios apontados para a quantificação do valor a restituir pelo enriquecimento por intervenção: (i) deve ser devolvido valor equivalente ao da licença para uso da coisa indevidamente utilizada ou do seu aluguel; (ii) devem ser restituídos os lucros alcançados pelo agente que sejam causalmente relacionados ao ilícito.

Pelo primeiro critério, chamado de "remuneração habitual", deve ser restituído o valor que usualmente no mercado se cobra pela concessão de licença ou pelo aluguel do bem que produziu o proveito econômico ilicitamente obtido (Leitão, 2002, p. 721-724; Sirena, 2009, p. 82-83).

Essa solução, que se baseia no valor de um contrato fictício entre o agente e vítima, é usualmente aplicada em questões referentes à patentes, mas não é suficiente para cobrir todas as situações, especialmente aquelas em que o ato ilícito ofende direitos de personalidade ou mesmo direitos difusos. Não é aceitável que baste, como solução jurídica, o pagamento da remuneração habitual pelo infrator. Isso porque, a se admitir isso, a autorização da vítima passa a não ter qualquer valor: seja ela concedida ou não, a quantia que o infrator terá que desembolsar será sempre a mesma.

O segundo critério é o da causalidade do lucro. Trata-se de um parâmetro decisório verificado em precedentes norte-americanos, como se constata em *Securities and Exchange Commission v. Blatt*[6], decisão na qual se afirmou que o *disgorgement* não tem caráter punitivo, razão pela qual o dever de restituição se estende apenas ao montante relacionado ao ilícito. De acordo com essa orientação, o cálculo deve distinguir lucros legalmente obtidos e lucros ilegalmente obtidos. Para isso, seria imprescindível determinar o nexo de causalidade entre os lucros tomados pelo infrator e o ilícito[7].

Há na doutrina portuguesa autores que defendem entendimento semelhante, como Leite Campos, para quem o "enriquecido terá de restituir ao credor aquela

---

6 Securities and Exchange Commission v. Blatt. 583 F.2d 1325 (5th Cir. 1978). Nas palavras do tribunal: "Disgorgement is remedial and not punitive. The court's power to order disgorgement extends only to the amount with interest by which the defendant profited from his wrongdoing. Any further sum would constitute a penalty assessment". Tradução livre: "A restituição tem um caráter corretivo e não punitivo. O poder do tribunal para ordenar a restituição apenas se estende ao montante, acrescido de juros, com que o arguido lucrou com o seu ato ilícito. Qualquer outro montante constituiria uma sanção pecuniária compulsória".

7 Destaque-se, nesse sentido, o seguinte trecho da decisão proferida pela Court of Appeals de Columbia em SEC v. First City Financial Corp. Ltd: "Since disgorgement primarily serves to prevent unjust enrichment, the court may exercise its equitable power only over property causally related to the wrongdoing. The remedy may well be a key to the SEC's efforts to deter others from violating the securities laws, but disgorgement may not be used punitively". Tradução livre: "Uma vez que a restituição tem como principal objetivo evitar o enriquecimento sem causa, o tribunal só pode exercer o seu poder equitativo sobre bens causalmente relacionados com a infração. A solução pode muito bem ser uma chave para os esforços da SEC para dissuadir outros de violar as leis de valores mobiliários, mas a restituição não pode ser usada punitivamente".

parte do enriquecimento que seja imputável economicamente aos bens jurídicos alheios" (Campos, 1974, p. 484; Coelho, 2003, p. 48).

É intuitivo que essa conta nem sempre será simples de se fazer. Quanto a essa dificuldade, os tribunais norte-americanos afirmam que não há necessidade de precisão na definição da quantia a ser restituída: bastaria uma "aproximação razoável" dos lucros causalmente relacionados à infração[8].

Por outro lado, se a quantia a restituir deve corresponder a uma aproximação razoável do proveito econômico causalmente relacionado à infração, é preciso definir qual das partes deve fazer essa demonstração. Solucionando a questão, em *SEC v. CMKM Diamonds inc*, o tribunal, ao apreciar questionamento acerca do cálculo oferecido pela SEC, afirmou que o réu teria falhado em demonstrar a "irrazoabilidade do pedido de *disgorgement*", não se desincumbindo do ônus de provar que o pedido contra si formulado era excessivo[9]. Então, segundo essa linha, aquele que deduz a pretensão restitutória em juízo deveria apresentar, ainda que sem necessidade de precisão, a parcela do lucro que se poderia considerar injustamente obtida; e ao réu incumbiria o ônus de provar o excesso na conta apresentada.

## 6 Cumulação entre as pretensões reparatória e restitutória: o problema da subsidiariedade do enriquecimento sem causa

O Código Civil estabelece em seu artigo 886 que o enriquecimento sem causa é remédio subsidiário, utilizável apenas quando o ofendido não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo.

Entretanto, é possível encontrar amparo em lições doutrinárias importantes para sustentar que, em caso de ofensa aos direitos de personalidade, poderia a vítima deduzir em juízo, cumulativamente, a reparação do danos e a restituição do lucro injusto.

Para sustentar esse ponto é preciso, em primeiro lugar, esclarecer que a norma do Código Civil tem objetivo bastante específico e não deve ser aplicada *a priori*, mas a depender do que estiver acontecendo no caso concreto. Em segundo lugar, é preciso demonstrar que, para o sistema jurídico, violar o direito

---

8 "Disgorgement need only be a reasonable approximation of profits causally connected to the violation". Tradução livre: "a restituição só precisa de ser uma aproximação razoável dos lucros causalmente ligados à infração". (SEC v. First City Fin. Corp., 890 F.2d 1215, 1231 (D. C. Cir. 1989).

9 SEC. v. CMKM Diamonds, inc. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 729 F. 3d 1248 (9th Cir. 2013). O trecho em que essas ideias são defendidas é o seguinte: "But Dvorak did not indicate how the facts contained in his bank account records and deposition transcript would demonstrate the unreasonableness of the SEC's disgorgement request. Nor did Dvorak provide any explanation for why he was unable to produce his own bank account records and exhibits he produced at his deposition to oppose the SEC's request for disgorgement. Therefore, Dvorak failed to meet his burden of showing that the disgorgement figure was not a reasonable approximation of his illegal profits". Tradução livre: "Mas Dvorak não indicou de que forma os fatos contidos nos registros da sua conta bancária e na transcrição do depoimento demonstrariam a falta de razoabilidade do pedido de restituição da SEC. Dvorak também não deu qualquer explicação para o fato de não ter podido apresentar os registros da sua conta bancária e as provas que apresentou no seu depoimento para se opor ao pedido de restituição da SEC. Por conseguinte, Dvorak não cumpriu o seu ônus de demonstrar que o valor da restituição não era uma aproximação razoável dos seus lucros ilegais".

de imagem ou a honra de alguém é diferente de ofender esses direitos e obter lucro com isso.

Quanto à primeira questão, isto é, a correta interpretação do artigo 886 do Código Civil, a doutrina esclarece que o objetivo da norma é evitar o uso da ação de enriquecimento sem causa como meio de fraudar ou violar a lei, como ocorre quando a vítima por seu próprio comportamento torna inoperante outra ação de que dispunha (Rosenvald; Kuperman, 2017, p. 25), por exemplo, deixando prescrever a pretensão reparatória (Charaf Junior, 2009, p. 863).

Exatamente porque a função da subsidiariedade é essa, o julgador, como pontua Giovanni Ettore Nanni (2004), deve analisar à luz de cada caso concreto se existem ou não outros meios de recompor a perda sofrida. Nessa matéria, tem predominado o entendimento de que, no caso de surgirem simultaneamente danos e lucros em favor do agente, caberá à vítima optar pela pretensão que exercitará (Rosenvald; Kuperman, 2017, p. 25). Seria lícito à vítima verificar, por exemplo, se o enriquecimento supera o dano, caso em que poderia escolher a via restitutória; ou propor a pretensão reparatória, se o dano superar o enriquecimento (Gallo, 1996, p. 56-57).

A par dessa orientação, e essa é a segunda questão a ser enfrentada, há autores apontando para a possibilidade de cumular as pretensões reparatória e restitutória.

É o caso de Rosenvald e Kuperman (2017, p. 25) que afirmam ser isso possível "se fatos distintos se sobrepuserem no mesmo desdobramento causal, gerando consequências econômicas perfeitamente apartáveis".

Para além da colocação feita por esses autores, que é de fato sustentável, também se pode argumentar o seguinte: se o fato da conduta do agente produzir consequências econômicas apartadas permite a cumulação, deve-se concluir que a ofensa a direitos de personalidade também poderia permitir. Isso porque nesse último caso a conduta do agente gera uma consequência econômica (lucro) e uma consequência não econômica (a lesão de algum dos elementos que constituem a pessoa).

Quanto à consequência não econômica da ofensa aos direitos de personalidade, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que ela enseja o direito à reparação por danos morais (Cambi; Hellman, 2019, p. 317). O que ainda requer desenvolvimento, na doutrina e na jurisprudência, é a circunstância de que os direitos de personalidade não apenas dão ao seu titular o direito, exercitável contra todos, de não ser lesado naquilo que o constitui como pessoa. Os direitos de personalidade, por serem direitos absolutos, também dão ao seu titular o direito de retirar deles, com exclusividade, todas as suas utilidades possíveis.

Tal afirmação encontra amparo na teoria do conteúdo da destinação dos direitos absolutos, desenvolvida inicialmente na Alemanha. Segundo essa teoria, o consumo ou a utilização de bens alheios conferiria ao titular uma pretensão de enriquecimento sem causa contra quem ilegitimamente fruiu das utilidades do bem. Comentando essa orientação à luz do artigo 884 do Código Civil, Menezes Leitão (2004, p. 28), professor catedrático da Universidade de Lisboa, diz que o dispositivo brasileiro seria exageradamente genérico, demandando da doutrina a construção de uma tipologia de categorias, como ocorreu na Alemanha e que faz distinção entre enriquecimento por prestação; enriquecimento por despesas

realizadas em benefício de outrem; enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio; e enriquecimento por intervenção.

Esse último tipo, o do enriquecimento por intervenção, busca tratar das situações em que ocorre uma ingerência não autorizada em bens alheios, especialmente aqueles decorrentes de direitos de propriedade ou de outros direitos absolutos. Trata-se de posição encampada pelo Enunciado 620 da "VIII Jornada de Direito Civil" do CJF (2018, p. 329-330): "A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa".

A teoria do lucro por intervenção afirma que os direitos absolutos, como o de propriedade, de autor e de personalidade, não apenas impõem a terceiros o dever de não ingerência, como também reservam para o titular exclusividade no seu aproveitamento. Consequentemente, a indevida intromissão nesses direitos obriga o infrator a restituir as vantagens obtidas por meio do ato ilícito (Varela, 2008). Isto é, "os direitos absolutos protegem de um modo dinâmico os bens, a liberdade de os mobilizar, adquirir, e agir com eles ou sobre eles, toda a sua utilidade, em suma" (Campos, 2003, p. 484).

Se os direitos absolutos impõem a terceiros duas obrigações diferentes, de não violação e de não aproveitamento das utilidades reservadas ao titular, os direitos de personalidade impõem essas mesmas duas obrigações, pois são eles direitos absolutos (Fernandes, 1980).

A possibilidade de que o enriquecimento por intervenção sirva à tutela dos direitos de personalidade é expressamente afirmada por Menezes Leitão. E o autor português, ainda em comentário à legislação brasileira, também afirma expressamente a possibilidade de cumulação, em caso de ofensa a direitos de personalidade, das pretensões reparatória e restitutória:

> Finalmente, quanto aos direitos de personalidade, o fato de, na atual sociedade econômica, ter-se vindo a verificar cada vez mais um aproveitamento comercial dos bens de personalidade implica o reconhecimento ao seu titular de um direito à restituição do enriquecimento obtido pela ingerência nesses bens sem autorização do respectivo titular (utilização do nome, imagem, ou divulgação de fatos relativos à vida privada doutrem com intuitos comerciais). Tal solução pode ser confirmada pelo fato de o art. 12 do Código Civil brasileiro admitir que a violação dos direitos de personalidade não apenas desencadeie perdas e danos, mas também outras sanções legais, entre as quais naturalmente se incluirá a restituição por enriquecimento sem causa (Leitão, 2004, p. 29).

Como dito no início, violar o direito de imagem ou a honra de alguém é diferente de ofender esses direitos e obter lucro com isso. Tem-se nesse último caso dois tipos de lesão diferente. A primeira consiste em causar danos à integridade de um direito extrapatrimonial do indivíduo, que, por si, enseja o direito à reparação por danos morais. A segunda consiste em utilizar ilegitimamente, para fins econômicos, um direito exclusivamente destinado ao seu titular.

O fato de haver direitos de personalidade comercializáveis, como a imagem, e direitos de personalidade não comercializáveis, como a dignidade humana, não muda o que foi acima exposto. O que é determinante para se categorizar o lucro

como injusto e, portanto, suscetível de restituição, é a circunstância do proveito econômico ser obtido mediante ilícita intervenção em direitos cuja fruição é reservada ao seu titular.

## 7 Conclusão

Por todo o exposto, é possível concluir que foi atingido o objetivo de apresentar uma abordagem do tema da restituição o lucro injusto à luz do sistema jurídico brasileiro, sobretudo porque esse sistema consagra o instituto do enriquecimento sem causa. Também se conseguiu verificar que tal obrigação de restituir pode exsurgir da ofensa a direitos de personalidade, que não ficam excluídos da tutela restitutória pelo fato de se caracterizarem como direitos extrapatrimoniais. Foi ainda demonstrado que existem critérios capazes de dimensionar, com a necessária objetividade e segurança, o valor a ser restituído pelo infrator. Por fim, conseguiu-se esclarecer que o pleito restitutório pode ser cumulado com o de cunho reparatório.

Nesse sentido, evidenciou-se que a obrigação de que o infrator restitua o lucro ilicitamente obtido é amparada, no Direito brasileiro, pelo instituto do enriquecimento sem causa. Tal dever de restituir se insere no quadro mais amplo do direito restitutório. Esse ramo do Direito é reconhecido em outros sistemas jurídicos e esse reconhecimento permite – depois da sempre inafastável análise crítica – desenvolver uma doutrina brasileira do lucro injusto, que abranja, como se reconhece entre os autores portugueses, o proveito econômico auferido à custa dos direitos de personalidade.

Tem especial relevância para essa construção o estudo de critérios capazes de determinar o objeto da restituição, isto é, de quantificar a obrigação ensejada pelo lucro ilicitamente obtido. Merecem destaque, entre esses critérios, o da remuneração habitual, que quantifica o valor a ser devolvido com base em um fictício contrato entre as partes, e o da causalidade, que exclui do objeto da restituição aquela parcela de lucro que não seja causalmente imputável à conduta ilícita.

Entretanto, o desafio é ainda maior quando se pretende aplicar a doutrina do lucro injusto no campo dos direitos extrapatrimoniais, como os direitos de personalidade. Nesse âmbito, o critério da causalidade, que separa lucros relacionados à infração daqueles não relacionados, oferece vantagens quando o que se pretende obter é uma tutela efetiva dos direitos de personalidade.

Com o objetivo de alcançar essa efetiva tutela, é preciso determinar o sentido que se deve atribuir ao papel subsidiário do enriquecimento sem causa. Considerando que essa previsão do Código Civil tem a finalidade de evitar a deturpação do instituto, pode-se concluir que, em casos concretos nos quais essa deturpação não seja verificada, não há que se falar em subsidiariedade.

Então, haverá situações concretas em que se poderá permitir a cumulação de pretensões fundadas na obrigação de reparar e pretensões fundadas na obrigação de restituir.

Poderá se verificar essa situação no caso de lucro obtido à custa dos direitos de personalidade. Isso porque não são equiparáveis os casos em que há lesão a

um dos elementos de constituem a pessoa e os casos em que, além dessa lesão, o infrator ainda aufere lucro com isso.

Nessa última hipótese, o infrator não apenas causa danos morais, na medida em que lesa direitos de conteúdo extrapatrimonial, como também frui, ilegitimamente, de utilidades cuja fruição é reservada à vítima. É o que se pode sustentar de acordo com a teoria do conteúdo da destinação dos direitos absolutos.

Nessas situações, o lucro obtido à custa dos direitos de personalidade pode ser perseguido por ação de enriquecimento sem causa, embasada na indevida usurpação de utilidades reservadas, sem que isso elimine o direito da vítima ser indenizada pelos danos causados aos direitos que a constituem como pessoa.

## Referências

AMENDOLA, Francis C. *et al*. *69A American Jurisprudence*. Securities Regulation - Federal. [*S. l.*: *s. n.*], 2016.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 620*. "VIII Jornada de Direito Civil", 2018. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1169. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 8015*. "I Jornada Jurídica de Prevenção e Gerenciamento de Crises Ambientais", 2024. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1sWKhNCQEmYdgPsbX6NwKindJ9DJVYmZs/edit?pli=1. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. *Relatório final da comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, *Recurso Especial 1.635.646/RJ,* Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12/12/2017, DJe 18/12/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402904720&dt_publicacao=18/12/2017. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRUGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick. *Personality rights in European Tort Law*: the common core of European Private Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BUSTO LAGO, José Manuel; PEÑA LÓPEZ, Fernando. Enriquecimiento injusto y responsabilidade civil extracontratual. *Anuario da Facultade de Derecho da Universidade da Coruña*, Coruña, v. 1, p. 141-166, 1997.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. O dano moral *in re ipsa* e sua dimensão probatória na jurisprudência do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 44, n. 291, p. 311-336, 2019.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 2003.

CHARAF JUNIOR, Hamid Bdine. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação do Ministro Cezar Peluso. 3. ed. São Paulo: Manole, 2009.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 2003.

ESPANHA. *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *BOE*, Madrid, n. 115, p. 12546-12548, 14 mayo 1982.

FERNANDES, Milton. Os direitos de personalidade e o Estado de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 50, p. 157-172, jan. 1980.

GALLO, Paolo. Arricchimento senza causa e quasi contratti: I rimedi restitutori. *In*: SACCO, Rodolfo. *Trattato di diritto civille*. Torino: [*s. n.*], 1996.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KOKKE, Marcelo. Restituição de lucros ilícitos e dano ambiental. *Revista do Tribunal Regional Federal da Sexta Região*, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, 2024.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 8, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004.

LEITÃO, Luís Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PATTI, Salvatore. Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione. *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Padova, n. 3, p. 295-301, 2011.

PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXIX, p. 479-586, 1993.

ROSENVALD, Nelson. Novos desafios da responsabilidade civil. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. *Atas das II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*: as fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. Coimbra: Instituto Jurídico, 2019.

ROSENVALD, Nelson. *O direito civil em movimento*: desafios contemporâneos. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? *Revista Fórum de Direito Civil*: RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017.

SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fato ingiusto*. Torino: [*s. n.*], 1959.

SIRENA, Pietro. La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 1, p. 65-87, 2009.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2014.

Data de submissão: 05 nov. 2024
Data de aprovação: 26 nov. 2024

Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# Da coisa julgada nos processos com declaração de estado de coisas inconstitucional: efeitos das decisões judiciais com estado de coisas inconstitucional e sua relação com processos coletivos

*Things rejudicated in proceedings with a declaration of an unconstitutional state of affairs: effects of judicial decisions with an unconstitutional state of affairs and their relationship with collective proceedings*

**Priscila Resende**

Mestra em Direito na Universidade Federal do Amazonas (AM). Servidora pública federal.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/6461485603537242
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8752-4581

**Carla Vidal Gontijo Almeida**

Doutora em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica (MG). Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas (AM). Advogada.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/7316819797841294
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-2890-7803

**Samuel Alves Resende**

Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (AM). Advogado.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/5891258367692973
Orcid: https://orcid.org/0009-0008-7838-7395

**RESUMO**: Este estudo tem por objetivo geral investigar os efeitos das decisões judiciais nos processos declarados com estado de coisas inconstitucional em relação aos processos coletivos, mormente considerando sua importância na proteção dos direitos da coletividade envolvida, a fim de contribuir para o aprimoramento do sistema de justiça e fortalecer a defesa dos direitos coletivos. A problemática adveio da constatação de que os processos judiciais são instrumentos que buscam resolver conflitos; entretanto, considerando que são inúmeras demandas e lides no seio da sociedade, questionou-se se haveria diferentes soluções para um caso concreto. Para realização da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, de abordagem qualitativa, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental. No desiderato de atingir os objetivos propostos, o desenvolvimento do artigo engloba os seguintes tópicos: a) da relevância das decisões judiciais na proteção dos direitos fundamentais; b) dos fundamentos teóricos e conceituais dos processos coletivos e efeitos das decisões judiciais; c) dos efeitos dos processos declarados em estado de coisas inconstitucional e sua relação com os processos coletivos. Nesse estudo, constatou-se que, considerando que os direitos coletivos dividem-se em direitos difusos, direitos coletivos e individuais homogêneos, cada qual com diversos efeitos e particularidades; há que se verificar os efeitos anômalos das decisões nos processos coletivos, conforme o tipo de direito envolvido, evidenciando-se ampla relação entre os processos coletivos e os processos com declaração em estado de coisas inconstitucional, como instrumentos jurídicos para resolução de violações sistêmicas, cujos efeitos podem ultrapassar a esfera de direitos dos autores da causa.

**PALAVRAS-CHAVE**: processo judicial; direito coletivo; estado de coisas inconstitucional; coisa julgada; efeitos.

**ABSTRACT**: The general aim of this study is to look at the effects of court decisions in cases declared unconstitutional in relation to collective proceedings, especially considering their importance in protecting the rights of the community involved, in order to contribute to improving the justice system and strengthening the defense of collective rights. The problem arose from the realization that lawsuits are instruments that seek to resolve conflicts; however, considering that there are countless demands and disputes within society, it was questioned whether there would be different solutions to a specific case. To carry out the research, the deductive method was used, with a qualitative approach, based on bibliographical and documentary research. In order to achieve the proposed objectives, the article covers the following topics: a) the relevance of judicial decisions in protecting fundamental rights; b) the theoretical and conceptual foundations of collective proceedings and the effects of judicial decisions; c) the effects of proceedings declared unconstitutional and their relationship with collective proceedings. In this study, it was found that, considering that collective rights are divided into diffuse rights, collective rights and individual homogeneous rights, each with various effects and particularities; the anomalous effects of decisions in collective proceedings must be verified, depending on the type of right involved, showing a broad relationship between collective proceedings and proceedings with a declaration of unconstitutional state of affairs, as legal instruments for resolving systemic violations, the effects of which can go beyond the sphere of rights of the plaintiffs.

**KEYWORDS**: judicial process; collective law; unconstitutional state of affairs; res judicata; effects.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução. 2 Da relevância das decisões judiciais na proteção dos direitos fundamentais. 3 Dos fundamentos teóricos e conceituais dos processos coletivos e efeitos das decisões judiciais. 4 Dos efeitos dos processos declarados em estado de coisas inconstitucional e sua relação com os processos coletivos. 5 Considerações finais.  Referências.

## 1 Introdução

O Poder Judiciário é uma das três funções essenciais do Estado, ao lado do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Sua criação e atribuição são estabelecidas pela Constituição de cada país. Jurisdição é o poder que o Estado detém para aplicar o Direito a um determinado caso, com o objetivo de solucionar conflitos de interesses e com isso resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei. No entanto, os efeitos da jurisdição são diversos a partir das diferentes demandas existentes na sociedade.

Partindo desse pressuposto, qual seja de que existem inúmeras demandas no seio da sociedade e que são diversos os efeitos e níveis de abrangência em um processo, nesta pesquisa questionou-se se haveria diferentes soluções para um caso concreto. Assim, buscou-se responder se a coisa julgada tem os mesmos efeitos e eficácia em todas as sentenças processuais cíveis, ou seja, tanto em processos coletivos quanto individuais; o que levou ao problema em estudo que visa analisar qual a relação dos efeitos de um processo declarado em estado de coisas inconstitucional com os processos coletivos.

Justifica-se a escolha da temática da pesquisa em virtude das inúmeras demandas coletivas no âmbito processual, principalmente com relação aos povos tradicionais, ribeirinhos, quilombolas, que são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa e econômica, conforme seus conhecimentos ancestrais.

Para tanto, tomou-se como pressuposto os conceitos definidos para o regime jurídico da coisa julgada no processo coletivo, que se encontram definidos no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Desse modo, constatou-se que os direitos coletivos, nos termos do artigo 81, parágrafo único, do CDC, dividem-se em: direitos difusos, direitos coletivos e individuais homogêneos; e que são diversos os efeitos e particularidades advindas de cada processo; motivo pelo qual há que se pesquisar os efeitos anômalos das decisões nos processos coletivos.

Por intermédio da pesquisa serão observados os efeitos das decisões em cada âmbito processual, de modo que se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo. Assim, este estudo requer uma análise minuciosa desses efeitos para fins de contribuir com a sociedade, no sentido de orientar qual a melhor alternativa a ser perseguida quando no interesse de agir.

Ademais, serão analisados os efeitos das decisões judiciais nos processos declarados com estado de coisas inconstitucional em relação aos processos coletivos. Esse estudo revela-se relevante na medida em que a ciência jurídica hoje é clara no sentido de que o Judiciário também tem a função de garantir a imparcialidade e a equidade no processo de julgamento, assegurando que as partes envolvidas tenham direito à ampla defesa e ao contraditório; no entanto, até que ponto tal efeito é absoluto? Ou seja, nem sempre os efeitos dos processos serão adstritos as partes envolvidas e isso não permitiria a violação dos direitos daqueles que não são partes no processo?

Desse modo, o objetivo geral da pesquisa é justamente investigar os efeitos das decisões judiciais nos processos coletivos, sua relação com o instituto de origem colombiana denominado estado de coisas inconstitucional e sua importância na proteção dos direitos da coletividade envolvida, a fim de contribuir para o aprimoramento do sistema de justiça, promover a efetividade das medidas judiciais e fortalecer a defesa dos direitos coletivos. Evidencia-se, também, o objetivo específico de identificar os efeitos que diferenciam as decisões judiciais em processos coletivos das demandas individuais.

Para realização da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, de abordagem qualitativa, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental. As análises e levantamentos partiram de referenciais teóricos.

No desiderato de atingir os objetivos propostos, o desenvolvimento do artigo engloba os seguintes tópicos: a) da relevância das decisões judiciais na proteção dos direitos fundamentais; b) dos fundamentos teóricos e conceituais dos processos coletivos e efeitos das decisões judiciais; c) dos efeitos dos processos declarados em estado de coisas inconstitucional e sua relação com os processos coletivos.

## 2 Da relevância das decisões judiciais na proteção dos direitos fundamentais

Jurisdição refere-se à autoridade e ao poder atribuídos a um determinado órgão ou tribunal para exercer a função de julgar e aplicar o Direito em casos específicos. Em termos gerais, a jurisdição é a capacidade de um tribunal para tomar decisões legais vinculantes sobre questões jurídicas que lhe são submetidas.

A jurisdição foi criada justamente com objetivo de resolver as lides da sociedade. Em que pese o direito ser ferramenta utilizada pelos grupos sociais primordialmente para exercer o controle social; somente através da entrega da lide a um terceiro, imparcial, equânime, é que efetivamente se obtém a jurisdição.

No Brasil, vigora o sistema de jurisdição una, conhecido por sistema inglês, segundo o qual ao Judiciário é dada a missão de ser o aplicador da lei, independentemente do sujeito da relação litigiosa. Não há outro órgão com tal poder jurisdicional de dizer o direito. Hely Lopes Meirelles (2004, p. 55) assim expõe a respeito:

> [...] O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário.

Diferentemente do sistema de jurisdição una, o sistema francês, ora denominado contencioso administrativo, pressupõe que os atos da Administração Pública são submetidos a julgamento por um órgão especialmente criado para tal função. Nesse sentido, quaisquer que sejam os problemas judiciais que envolvam a Administração Pública são julgados pelo Conselho de Estado.

Em países de jurisdição anglo-saxônica, como Estados Unidos, é comum observar a simplificação da jurisdição, com o afastamento de um sistema com diferentes tribunais. Tal fator possibilita uma maior uniformidade nas decisões, de forma que os tribunais tenham uma uniformidade na resolução dos problemas. Porém, dentre os pontos negativos desta sistemática, talvez o de maior peso seja a sobrecarga que este modelo resulta, com a acumulação de demandas.

A determinação da jurisdição apropriada em um caso é de fundamental importância, uma vez que as partes envolvidas devem submeter-se ao tribunal competente para que a decisão seja válida e efetiva. Assim, os princípios de jurisdição são estabelecidos nas leis e na Constituição de cada país, buscando garantir uma distribuição clara e adequada do Poder Judiciário.

No Brasil, são características marcantes do sistema judicial a imparcialidade do julgador; a primazia por um juiz natural, que garante que ninguém pode ser julgado por um órgão jurisdicional arbitrário ou instituído após a ocorrência do fato que deu origem ao processo; e, também, a garantia ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Isso significa que as partes envolvidas em um processo têm o direito de apresentar suas alegações, contestar as alegações da outra parte, produzir provas e participar de todas as etapas do processo, visando garantir a igualdade de tratamento e a justa solução do litígio.

Tais características são fruto do próprio processo histórico da jurisdição brasileira, que com o Neoconstitucionalismo, a partir de 1988, viu nascer a promulgação da Constituição Cidadã, com a imposição de direitos fundamentais em seu diploma normativo.

Na Europa, tal fenômeno não foi diferente, Capelletti (2001, p. 270) expõe a respeito da Justiça Constitucional traçando o movimento pelo qual percorreu o ordenamento europeu, desde a aplicação fria da legislação nacional até a revisão judicial da legislação, que precisou ser estabelecida a partir do século XX, como forma de efetivar direitos das minorias.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 50) expõem com muita eloquência a respeito do constitucionalismo francês e como se deu esse marco na transição:

> [...] Registra-se que uma das peculiaridades do desenvolvimento constitucional francês, especialmente quando confrontado com o norte-americano, reside nas características do Poder Constituinte. Contrariamente ao que se sucedeu nos Estados Unidos, a Assembleia Nacional Constituinte na França significava uma ruptura com o passado, no sentido não apenas da fundação de um Estado, mas de uma nova ordem estatal e social, afetando profundamente até o âmbito mais elementar da sociedade. Nesse sentido, a declaração de direitos fundamentais não objetivava apenas a limitação do poder do Estado, mas também, sobretudo, a extinção do direito feudal e dos privilégios da aristocracia.
> O Poder Judiciário, objeto de desconfiança dos revolucionários e que se reflete, de certo modo, até os dias atuais, foi relegado ao mero aplicador do direito legislado, de tal sorte que, para a concretização da máxima de Rousseau, segundo a qual a lei é a expressão da vontade geral, apenas ao Poder Legislativo era dada a competência de explicitar o sentido de suas próprias prescrições, o que, por sua vez, contribuiu para que, apenas no último quartel do século XX, o Conselho Constitucional, órgão a que incumbe, na França, o controle de Constitucionalidade das leis, passasse a assumir um papel mais efetivo e mais próximo de uma autêntica jurisdição constitucional, capaz de assegurar a supremacia da Constituição em relação ao direito

> infraconstitucional, o que também é aspecto que constitui uma diferença essencial em relação à tradição do constitucionalismo norte-americano e mesmo, na fase posterior à Segunda Guerra Mundial, da experiência da maioria dos Estados que apostaram na criação dos Tribunais Constitucionais de perfil jurisdicional, como foi o caso da Alemanha.

Para melhor contextualizar essa questão, é importante compreender dois marcos que surgiram após a Segunda Guerra Mundial: a) pós-positivismo e o b) neoconstitucionalismo.

No primeiro, ficou claro que o Estado que age apenas observando a legislação não é democrático, isso porque a escravidão, por exemplo, era baseada na lei, assim como o holocausto. Desta forma, observar a lei não é suficiente para garantir um Estado Democrático, deve-se observar princípios que vão além das leis, a fim de assegurar a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo é um modelo de pensamento jurídico que floresceu no final do século XX, marcando uma mudança significativa na forma como as Constituições são concebidas e interpretadas. Além de tomar a Constituição como uma norma suprema e central na ordem jurídica de um país, conferiu-lhe um papel central na proteção dos direitos fundamentais e na estruturação do sistema jurídico.

A partir dele, a Constituição passa a ser vista como base de todo ordenamento jurídico, servindo de modelo e parâmetro para o processo legislativo. Com a tomada de visão nestes termos, as normas constitucionais passam a ocupar posição central dentro de um Estado de direito. Outrossim, toda e qualquer interpretação é operacionalizada com base na carta constitucional.

Segundo Silva (2016, p. 230), a concepção de força normativa da Constituição foi amplamente explorada pelo jurista alemão Konrad Hesse. Em sua obra "A Força Normativa da Constituição", Hesse defende que a Constituição possui uma força intrínseca que lhe permite regular e ordenar a vida social e política. Para Hesse, diferentemente de Lassalle, em um confronto entre os fatores de Poder e a Constituição, esta última prevaleceria, pois há pressupostos viáveis que garantem a força normativa da Constituição em tais circunstâncias. Somente na ausência desses pressupostos, a Constituição jurídica seria superada pela Constituição real.

Com o Neoconstitucionalismo, parte-se da ideia de que os princípios possuem força normativa, mesmo sem previsão legal. Assim, a Constituição seria capaz de moldar e influenciar a realidade jurídica, política e social de um país. A partir disso, aquele responsável pela interpretação dos normativos constitucionais ganha maior espaço e poder, ainda que dentro de uma métrica voltada à repartição de poderes.

Assim, o neoconstitucionalismo representou uma evolução na compreensão e na aplicação do Direito, destacando a importância da Constituição e dos direitos fundamentais na ordem jurídica, ao promover a força normativa da Constituição, o diálogo entre os poderes, a proteção dos direitos fundamentais e, principalmente, a judicialização das questões constitucionais.

Ao tratar dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio (2004, p. 13) inclusive aponta quatro dificuldades para a busca dos fundamentos absolutos desses direitos, quais sejam: a) a primeira, no sentido de que a expressão é muito vaga; que a maioria das definições são tautológicas, ou dotadas de diversidade de possibilidades interpretativas, dependendo das posições ideológicas dos

intérpretes e dos valores que permeiam as inúmeras situações; b) a segunda refere-se às constantes mudanças, inclusive históricas, que permeiam os direitos fundamentais; em razão da diversidade de necessidades e interesses na sociedade dentro de um contexto temporal e situacional; c) a terceira dificuldade está relacionada à heterogeneidade dos direitos do homem, que muitas vezes até são incompatíveis entre si; e, por fim, d) a quarta e última dificuldade consiste na necessidade de que alguns direitos sejam negativos, ou seja, que consistam em liberdades, em contraponto às atividades positivas do Estado.

Tal interpretação dialoga com o papel do Poder Judiciário, servindo de base interpretativa e orientadora na resolução dos processos judiciais. Esse mecanismo é de total importância, principalmente por assegurar que as decisões estejam em consonância com a valoração democrática e a proteção dos direitos humanos, reforçando a justiça e equidade, bem como a legitimidade do sistema jurídico no país.

Em que pese tal fenômeno permitir a constitucionalização do direito, é natural que dissonâncias possam existir dentre as decisões judiciais, principalmente quando são tomados como parâmetro os resultados distintos existentes em processos individuais e processos coletivos. É inegável que, na resolução de questões e conflitos específicos, de âmbito individual, a abrangência seja exclusivamente voltada às partes envolvidas no processo; diferente dos processos coletivos, que possuem abrangência mais ampla, beneficiando membros de grupos, ainda que não participantes diretamente do processo.

## 3 Dos fundamentos teóricos e conceituais dos processos coletivos e efeitos das decisões judiciais

Como demonstrado, o processo judicial é um instrumento necessário à resolução dos conflitos. Assim, ocorre perante um tribunal ou órgão jurisdicional para resolver litígios entre partes. É um meio formal e estruturado de buscar a tutela jurisdicional, em que as partes apresentam suas alegações, provas e argumentos perante um juiz ou um painel de juízes, e um pronunciamento final é proferido.

Assim, o principal objetivo do processo judicial é alcançar uma solução justa e equitativa para o litígio entre as partes; em que o tribunal avalia as alegações, argumentos e provas apresentadas pelas partes, analisando a legislação aplicável e a jurisprudência existente, para tomar uma decisão que resolva o conflito de interesses manifesto.

Partindo desse pressuposto, observa-se que, nos processos coletivos, as demandas poderiam ter efeitos diversos, em razão do próprio movimento de acesso à justiça e do surgimento de instrumentos de tutela coletiva, que foram impulsionados pela inaptidão do direito processual clássico, de conteúdo individualista e patrimonialista, para tutelar direitos transindividuais.

Nesse cenário, imprescindível estabelecer que os direitos coletivos, nos termos do artigo 81, parágrafo único, do CDC, dividem-se em: direitos difusos, direitos coletivos e individuais homogêneos, podendo ser exercidos de forma individual ou coletiva.

Nos termos do Código em comento, consideram-se: I - interesses ou direitos difusos, "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"; II - interesses ou direitos coletivos, "os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base"; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, "os decorrentes de origem comum".

Assim, direitos coletivos são aqueles que pertencem a um grupo de pessoas determinadas. Direitos difusos são aqueles que se espalham pela sociedade, sem uma delimitação precisa, como o direito à saúde. Enquanto os direitos individuais homogêneos são aqueles que atingem um grupo de pessoas com características comuns, como os consumidores afetados por uma prática abusiva.

Uadi Bulos (2017, p. 786) vai além ao tratar dos interesses acidentalmente coletivos:

> [...] Interesses acidentalmente coletivos: os individuais homogêneos são interesses acidentalmente coletivos. O rótulo individual homogêneo visa permitir que situações comuns, derivadas de gênese idêntica, recebam o devido amparo legal, tornando viável a defesa conjunta de vários interesses singulares. Interesses de origem comum são aqueles que possuem identidade com a causa petendi. Logo, as causas de pedir de tais interesses são precisamente as mesmas ou, ao menos, similares. Mas origem comum não significa que o fato gerador seja o único, e o mesmo, para todos os direitos individuais. O preponderante é que sejam situações juridicamente iguais, ainda que os fatos se diferenciem no plano empírico.

Nesse contexto, a partir da constatação de que os processos individuais muitas vezes não suprimiam os problemas ocorrentes na sociedade, surgiram os processos coletivos.

Ocorre que, muitas vezes, os processos coletivos envolvem legislações esparsas, que prejudicam uma efetivação de direitos fundamentais de forma plena. Em razão disso, surgiu a técnica denominada "microssistemas de direito coletivo", que nada mais é que um conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas sobre o processo coletivo nas diversas normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento.

Foi a partir da Lei de Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985, que se introduziu no ordenamento jurídico os primeiros contornos para a defesa coletiva dos interesses metaindividuais. Tal legislação veio com objetivo de proteger interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, ou seja, direitos que afetam um grupo amplo de pessoas, uma coletividade indeterminada ou um grupo de pessoas que se encontram em uma situação semelhante.

De acordo com o referido normativo os efeitos das decisões nesse tipo de processo serão limitados, consoante disposto na Lei:

> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Assim, observa-se que são efeitos da decisão em um processo coletivo de Ação Civil Pública um julgamento *erga omnes* – ou seja, atingindo interesses de pessoas que *a priori* não acionaram o Judiciário. Ademais, denota-se que, se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo.

Desse modo, evidencia-se que este estudo requer uma análise minuciosa desses efeitos para fins de contribuir com a sociedade, no sentido de orientar qual a melhor alternativa a ser perseguida quando no interesse de agir.

No CDC, a previsão quanto aos efeitos da decisão em processo coletivo vem disposta nos artigos 103 e 104, conforme se verifica abaixo:

> CAPÍTULO IV
> Da Coisa Julgada
> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
> I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
> II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
> III - *erga omnes,* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
> § 1° Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.
> § 2° Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.
> § 3° Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.
> § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.
> Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Da interpretação dos dispositivos observa-se que os efeitos da decisão serão *secundum eventum probationes* para os direitos difusos e coletivos, ou seja, caso a sentença de improcedência tenha como fundamento a ausência ou insuficiência de provas, não haverá óbice à propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação, o que afastará os efeitos da imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado; caso contrário, será *erga omnes.*

Já para os direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *secundum eventum litis*, ou seja qualquer fundamento que leve à improcedência não afetará os interesses dos indivíduos titulares do direito (art. 103, III, do CDC); somente em caso de procedência do pedido é que todos serão beneficiados. Isso denomina-se coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, porque somente a decisão que seja útil ao individuo será capaz de vinculá-lo à sua coisa julgada material.

Desta feita, observa-se a complexidade das demandas em sede dos processos coletivos e como os resultados são anômalos, *ultra partes* ou *erga omnes* em determinados casos.

## 4 Dos efeitos dos processos declarados em estado de coisas inconstitucional e sua relação com os processos coletivos

O instituto denominado "estado de coisas inconstitucional" consiste em instrumento jurídico novo, idealizado com objetivo de proteger a tutela de direitos fundamentais.

Segundo Rêgo (2020, p. 61), o instituto possui origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana, a partir da Sentença de Unificação 559, de 06/11/1997.

Neste processo, houve um requerimento promovido por vários professores que tiveram seus direitos previdenciários violados pelas autoridades públicas, uma vez declarado o estado de coisas inconstitucional, foi verificado pela Corte Constitucional colombiana que o efeito da decisão ultrapassaria a esfera de direitos das partes, uma vez que havia graves violações de direitos de forma generalizada, indo além dos autores da ação proposta.

Deste modo, a Corte colombiana decidiu em favor não somente dos demandantes da ação, mas sim em favor de todas as pessoas que tinham situação similar, de forma a proferir uma decisão que promovesse a correção das falhas estruturais.

O primeiro caso de declaração de estado de coisas inconstitucional ocorrido no Brasil foi com a ADPF 347/DF. Nela, a tese do "estado de coisas inconstitucional" foi utilizada pelo STF para descrever uma situação em que há uma violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, no sistema carcerário brasileiro, sem que haja uma perspectiva de resolução dentro do sistema institucional vigente.

Para Dantas (2019, p. 103), a declaração do estado de coisas inconstitucional da Corte Constitucional colombiana é uma espécie de decisão estrutural e de técnica decisória utilizada nas ações ajuizadas naquele país; por esse motivo, o autor entende que todos os requisitos para as decisões estruturais também o serão para declaração do estado de coisas inconstitucional.

Fiss (*apud* Arenhart; Jobim, 2021, p. 31) já tratou da temática relativa às decisões estruturais, pregando que, na tutela estrutural, a vítima de violação do direito não é um indivíduo, mas um grupo, e o conceito de parte é pulverizado, vez que são vários os grupos, associações, agentes públicos com interesse na causa que serão afetados pela decisão; situação esta considerada pelos doutrinadores como elemento existente, por exemplo, na Amazônia.

O exemplo trazido quanto à Amazônia é advindo do objeto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 760, que trata das graves violações de Direitos na Amazônia. Os autores da ação afirmam que são falhas estruturais na política de proteção ambiental caracterizando o chamado "estado de coisas inconstitucional", justamente por tratar de violações de direitos fundamentais, de grupos que ali habitam, havendo grave, generalizada e prolongada violação a direitos previstos na Constituição, em razão da falta de ação dos órgãos públicos responsáveis.

Inclusive, há que se evidenciar que existem autores que, ao tratar do instituto estado de coisas inconstitucional, o consideram espécie do gênero decisão estrutural.

Sobre essa distinção, Rego (2020, p. 69) esclarece que:

> [...] Em síntese, as ações estruturais são o gênero, os instrumentos processuais usados para a resolução de complexas questões estruturais, enquanto que a declaração de estado de coisas inconstitucional é a espécie, o instituto e a técnica decisória utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir de circunstâncias fáticas inconstitucionais, para a coordenação do processo de correção de falhas estruturais de diversos órgãos públicos que geram a violação massiva de direitos fundamentais.

Assim, o estado de coisas inconstitucional é técnica de decisão, declarado mormente em situações com graves e generalizadas violações de direitos fundamentais, fruto de problemas estruturais, resultando em decisões dialógicas e abrangentes, de forma objetiva, voltadas à solução da problemática.

Esses tipos de processos excedem os pleitos realizados nas ações de tutela, muitas vezes, tendo aplicabilidade e efetividade maior que a demandada pelas partes, razão pela qual têm ampla relação com os efeitos das ações coletivas.

Consoante discorrido anteriormente, os efeitos da decisão em um processo coletivo de ação civil pública é um julgamento *erga omnes*, atingindo interesses de pessoas que *a priori* não acionaram o Judiciário; da mesma forma ocorre com o estado de coisas inconstitucional, no qual há graves violações de direito, que precisam ser reparadas, mesmo que não exista pleito das partes.

Na Sentença 025/2004, ao julgar o caso de deslocamento forçado de pessoas, a Corte Constitucional colombiana elencou requisitos, necessários à configuração do estado de coisas inconstitucional: (i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; (ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia desses direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação de ações judiciais como parte do procedimento exigido para a garantia dos direitos violados; (iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução requer a intervenção de várias entidades e a adoção de um conjunto completo e coordenado de ações, além de acréscimo de recursos que demandam um esforço orçamentário importante; (vi) o congestionamento judicial caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema procurassem o Poder Judiciário para obter a tutela de seus direitos.

Conforme decisão proferida no caso dos professores:

> Resolve: Declaram que o estado de coisas que deu origem às ações de tutela que são objeto desta revisão não está de acordo com a Constituição Política, pelas razões expostas nesta sentença. Como, aparentemente, a situação descrita está presente em muitos municípios, as autoridades competentes são advertidas de que tal situação deve ser corrigida no âmbito das funções que lhes são atribuídas por lei, em um prazo razoável.
> (COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificacíon 559*, Sala Plena, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, j. 06/11/1997, tradução nossa)

Rego (2020, p. 90) expõe que é importante ressaltar que há dois modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade: o norte-americano (difuso) e o austríaco (concentrado). No primeiro, o exercício do controle é realizado pelo Tribunal Constitucional; no segundo, qualquer membro do Judiciário pode declarar nulo ato normativo contrário à Constituição. Nesta linha, também cita o mais comentado precedente do *judicial review* – modelo norte-americano –, que é o histórico caso *Marbury v. Madison* de 1803.

Com a contribuição de John Marshall, assinalou-se que qualquer ato ou lei congressual que contrarie a Constituição deve ser declarado nulo, trata-se da primeira decisão na qual a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais.

Rego (2020, p. 91) complementa ao tratar do exame incidental da compatibilidade normativa constitucional, com o modelo concentrado de constitucionalidade, qualificado, sobretudo pela existência de uma Corte Constitucional. Ocorre que muitos países exercem ambos os controles jurisdicionais de constitucionalidade, reconhecidos como sistema de jurisdição constitucional mista. Assim, preservam a competência difusa outorgada aos juízes que conhecem incidentalmente da controvérsia constitucional, bem como o modelo europeu concernente ao controle concentrado capitaneado por uma Corte Constitucional.

Na análise do caso em concreto é possível deduzir que a resolução do problema ultrapassa o que realmente havia sido pleiteado, razão pela qual observa-se que uma ação de tutela se transforma em ação de revisão constitucional, sob análise da Corte Máxima do país, tendo efeitos que transcendem o caso em concreto.

Conforme já indicado, direitos coletivos são aqueles que pertencem a um grupo de pessoas determinadas. Direitos difusos são aqueles que se espalham pela sociedade, sem uma delimitação precisa, como o direito à saúde. Já os direitos individuais homogêneos são aqueles que atingem um grupo de pessoas com características comuns, como os consumidores afetados por uma prática abusiva.

Nessa linha, nos casos em que se identificar a declaração do estado de coisas inconstitucional, será possível observar os efeitos atinentes a processos coletivos, que passam da relação interpartes, atingindo outros atores.

A partir do constatado, é possível concluir que, nos mesmos termos que os processos coletivos, os efeitos da decisão em estado de coisas inconstitucional serão *secundum eventum probationes* para os direitos difusos e coletivos, ou seja, caso a sentença de improcedência tenha como fundamento a ausência ou insuficiência de provas, não haverá óbice à propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação, o que afastará os efeitos da imutabilidade e

indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado; caso contrário, será *erga omnes.*

## 5 Considerações finais

Frente ao exposto, observa-se que a pesquisa conseguiu demonstrar que, de fato, os efeitos são anômalos nos processos coletivos, inclusive no que tange aos processos em estado de coisas inconstitucional, não mais atingindo apenas as partes, resultado esperado em qualquer processo judicial.

Considerando a amplitude do ordenamento jurídico, observa-se que, nos últimos anos, foi sendo criado um microssistema da tutela coletiva que nada mais é do que um conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas sobre o processo coletivo nas diversas normas jurídicas. Estas normas jurídicas disseminadas criam um conjunto de regras jurídicas específicas que vão regulamentar e tutelar os direitos coletivos.

Por intermédio da pesquisa, foi possível verificar que são três os tipos de direitos coletivos que o ordenamento jurídico pátrio considera, quais sejam: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Cada um deles possui peculiaridades e efeitos diversos que repercutem de forma significativa nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Ademais, foi possível concluir que, nos mesmos termos que os processos coletivos, os efeitos da decisão em estado de coisas inconstitucional serão *secundum eventum probationes* para os direitos difusos e coletivos, ou seja, caso a sentença de improcedência tenha como fundamento a ausência ou insuficiência de provas, não haverá óbice à propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação, o que afastará os efeitos da imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado; caso contrário, será *erga omnes.*

O artigo demonstrou que os efeitos da tutela coletiva têm desempenhado um papel fundamental na promoção da justiça e da efetividade do sistema jurídico, ao permitir que os direitos de um grupo de pessoas sejam protegidos de forma coletiva; contribuindo para a eficiência e economia processual, evitando a multiplicação de ações individuais sobre questões semelhantes, a concentração dos litígios em um único processo, e, ainda, a economia de tempo, recursos e esforços tanto dos demandantes quanto do Judiciário, resultando em uma administração mais eficaz da justiça, nos termos do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Esses processos, seja sob o âmbito coletivo, seja em declaração de estado de coisas inconstitucional, mostram-se de fundamental importância, por permitir que se observe a aplicabilidade de direitos fundamentais, inclusive de grupos vulneráveis, como foi o caso do processo aplicado no Brasil pela ADPF 347/DF.

Por fim, observa-se que há ampla relação entre os processos coletivos e os processos com declaração em estado de coisas inconstitucional, pois ambos os instrumentos jurídicos buscam resolver violações sistêmicas de direitos fundamentais de maneira abrangente e estruturante; permitindo efeitos que ultrapassam a esfera de direitos dos autores da causa.

## Referências


BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* 7. reimp. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf . Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. *Constituição Federal.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2023.

BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Ação Civil Pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.078,* de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 760/DF,* Tribunal Pleno, Relatora Ministra Carmen Lúcia, j. 14/03/2024, DJe 26/06/2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=778063881. Acesso em: 26 nov. 2024.

BRASIL. STF. *Medida Cautelar na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJe 18/02/2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 17 jul. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, 2001. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71892/40768. Acesso em: 17 jul. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificacíon 559*, Sala Plena, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, j. 06/11/1997. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm. Acesso em: 10 mar. 2024.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025/2004*, Tercera Sala de Revisión, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza, j. 22/01/2004. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 10 mar. 2024.

DANTAS, Eduardo Souza. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional*: a tutela dos direitos fundamentais em caso de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019.

FISS, Owen. To make the constitution a living truth – four lectures on the structure injunctions. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

REGO, Carolina Noura de Moraes. *O estado de coisas inconstitucional*: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2020.

SARLET, Ingo; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Lucas do Monte. A força normativa da Constituição. *Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí*, Rio Grande do Sul, ano XXV, 2016. Resenha de HESSE, Konrad. Direito em debate. Disponível em: http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2016.45.229-233. Acesso em: 21 maio 2024.

Data de submissão: 30 set. 2024
Data de aprovação: 26 nov. 2024

Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# Contratação direta na Lei nº 14.133/2021

*Direct contracting in Law no. 14.133/2021*

**Gabriela Shizue Soares de Araujo**

Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Lattes: http://lattes.cnpq.br/9832170880530059
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5787-1067

**Alessandro de Oliveira Soares**

Advogado. Doutor com láurea no programa de Administração, Fazenda e Justiça no Estado Social pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (USAL). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM/SP).
Lattes: http://lattes.cnpq.br/5244994811136898
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-2571-9508

**RESUMO**: A exigência da licitação na Administração Pública surge como uma regra que visa assegurar os pilares do Estado isonômico e de face coletiva, em que vigora o princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse contexto, quando se aborda a contratação direta, é preciso reconhecer que o núcleo das principais discussões acerca do tema gira em torno da possível violação de princípios legitimadores do Estado. Tratar dessa questão é o objetivo desse artigo. Para tanto, a partir de uma estratégia de abordagem metodológica qualitativa, será realizada uma pesquisa com objetivo descritivo e explicativo, mediante análise da nova legislação e de levantamento bibliográfico e jurisprudencial, com o escopo de examinar como a contratação direta no âmbito da Administração pública pode efetivamente remeter a uma necessidade de atendimento ao interesse público concretamente identificado. Nesse desiderato, serão analisados os dispositivos da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), referentes ao trâmite da contratação direta, na modalidade de inexigibilidade e dispensa de licitação, destacando as hipóteses e os requisitos de cada modalidade. Por fim, considerando que esse método de contratação apresenta um conjunto de riscos de abusos e violações das regras e princípios que norteiam a atuação do Estado democrático, será ressaltado como o gestor público deve ter um cuidado mais do que redobrado, sempre atento a todos os requisitos que configuram e legitimam essas formas de contratação, para não incorrer em prejuízo ao interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE**: Licitação; Lei nº 14.133/2021; contratação direta; inexigibilidade; dispensa.

**ABSTRACT**: The requirement for public tenders in public administration arises as a rule that aims to ensure the pillars of an isonomic state with a collective face, in which the principle of the unavailability of the public interest is in force. In this context, when it comes to direct contracting, it must be recognized that the core of the main discussions on the subject revolves around the possible violation of principles that legitimize the state. Addressing this issue is the aim of this article. To this end, using a qualitative methodological approach, a descriptive and explanatory study will be carried out, through an analysis of the new legislation and a bibliographical survey, with the aim of examining how direct contracting within the scope of public administration can effectively refer to a need to meet a concretely identified public interest. To this end, the provisions of the new Bidding Law (Law 14.133/2021) will be analyzed, referring to the procedure for direct contracting, in the form of unenforceability and waiver of bidding. The hypotheses and requirements of each modality will be highlighted. Finally, considering that this method of contracting presents a set of risks of abuse and violations of the rules and principles that guide the actions of the democratic state, it will be emphasized how the public manager must be more than careful, always attentive to all the requirements that configure and legitimize these forms of contracting, so as not to incur damage to the public interest.

**KEYWORDS**: Bidding; Law 14.133/2021; direct contracting; unenforceability; waiver.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução. 2 Dever de licitar x contratação direta. 3 Inexigibilidade de licitação. 4 Dispensa de licitação. 5 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

Quando se aborda a contratação direta no âmbito da Administração Pública, é preciso reconhecer que o núcleo das principais discussões acerca do tema gira em torno da possível violação de princípios legitimadores do Estado. Cumpre dizer, portanto, que o poder estatal, em sua efetividade institucional, enquanto poder real que se exerce de forma estável na vida concreta, deve tender a alcançar um nível de reconhecimento social como autoridade legítima, como um poder que obriga moralmente aqueles que vão receber seus influxos (Heller, 1968, p. 261).

Nessa linha, disserta Maurice Duverger (1980, p. 523): "O poder sempre busca ser aceito: e mais, deseja ser amado e reverenciado por intermédio dos sistemas de crenças". O poder político estatal não deve realizar-se como um mero *poder de fato*, realidade inequívoca de quem detém e exerce o mando político, mas também como um *poder simbólico,* que induz respeito e consideração subjetiva dos destinatários do poder.

A legitimidade do Estado moderno reside em um conjunto de princípios que o fazem representar a totalidade social. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, delineados no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), juntamente com o princípio da igualdade, estabelecido no artigo 5º, *caput*, dão os contornos iniciais a essa representação do bem comum (da coletividade). Ao Poder Público é defeso manifestar qualquer traço particularista; suas atividades, portanto, devem ser desenvolvidas de forma impessoal e isonômica, como uma máquina fria e calculista, sem paixões.

Nesse cenário, a exigência da licitação pública[1] surge como mecanismo necessário a esse Estado isonômico e de face coletiva. Nas contratações públicas, não há espaço para a vontade pura do gestor, sua escolha se limita ao ritual impessoal conformado na lei, ainda quando haja discricionariedade. Vigora o princípio da indisponibilidade do interesse público. O dever do gestor é, sobretudo, o de garantir a participação ampla dos interessados em contratar com o Poder Público e a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração. Assim, procura-se evitar ofensas a princípios legitimadores do poder estatal, afirmando a dimensão coletiva e o interesse público como valores fundamentais da comunidade política democrática.

Pelo exposto acima, se percebe que a própria ideia de uma contratação direta, isto é, sem a realização de um processo licitatório prévio em que se

[1] "Pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. [...] No direito brasileiro, a Lei nº 14.133, de 1º-4-2021, que disciplina as licitações e os contratos da Administração Pública, indica, no art. 11, os objetivos da licitação, permitindo a formulação de outro conceito: licitação é o procedimento prévio à celebração dos contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, assegurar a justa competição, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução do contrato, bem como incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável". (Pietro, 2024, p. 363)

garanta igualdade entre os competidores, somente pode ser entendida como uma exceção. A regra é licitar.

Nesse contexto, quando se aborda a contratação direta, é preciso reconhecer que o núcleo das principais discussões acerca do tema gira em torno da possível violação de princípios legitimadores do Estado. Tratar dessa questão é o objetivo desse artigo.

Para tanto, a partir de uma estratégia de abordagem metodológica qualitativa, será realizada uma pesquisa com objetivo descritivo e explicativo, mediante análise da nova legislação e de levantamento bibliográfico e jurisprudencial, com o escopo de examinar como a contratação direta no âmbito da Administração pública pode efetivamente remeter a uma necessidade de atendimento ao interesse público concretamente identificado.

Nesse desiderato, serão analisados os dispositivos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021 - LLCA), referentes ao trâmite da contratação direta, na modalidade de inexigibilidade e dispensa de licitação, destacando as hipóteses e os requisitos de cada modalidade.

Por fim, considerando que esse método de contratação apresenta um conjunto de riscos de abusos e violações das regras e princípios que norteiam a atuação do Estado democrático, será ressaltado como o gestor público deve ter um cuidado mais do que redobrado, sempre atento a todos os requisitos que configuram e legitimam essas formas de contratação, para não incorrer em prejuízo ao interesse público.

## 2 Dever de licitar x contratação direta

A perspectiva sobre a obrigatoriedade da licitação, sendo a contratação direta uma exceção[2], está expressa na redação do artigo 37, XXI, da CF/88, que determina:

> Art. 37. [...]
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Desse modo, a ressalva do início do artigo supra confere ao legislador o poder de excepcionar a regra do dever de licitar, estabelecendo hipóteses específicas de contratação direta (Nohara, 2024, p. 286). Reconheceu o

[2] "[...] apesar de tida como exceção, a contratação direta assume um papel de destaque no âmbito da administração pública, notadamente a federal. Em termos de volume de recursos, por exemplo, em anos anteriores, nota-se uma preponderância nas contratações diretas. No ano de 2021, e.g., as contratações por dispensa e inexigibilidade feitas pela administração pública federal corresponderam a 56% de todas as contratações, no tocante ao valor dos contratos. 5 Na mesma toada, no ano de 2023, apurou-se que as contratações diretas feitas pela União totalizaram o significativo montante de mais de 28 bilhões de reais". (Cabral, 2024, p. 72)

constituinte, portanto, que no âmbito da prática nem sempre é viável ou desejável (do ponto de vista público) a realização da licitação, pois os contextos das contratações públicas são complexos e muitas vezes tornam problemática a instauração de um processo licitatório.

Assim, existem duas situações gerais a legitimar a realização de uma contratação direta pelo Poder Público: i. inexigibilidade, quando impossível a efetivação da licitação, e; ii. dispensa, nas circunstâncias em que "a realização do certame acarrete sacrifícios ou prejuízos de monta a valores relacionados ao interesse público" (Niebuhr, 2023, p. 122).

Aqui é importante destacar um aspecto prático: tanto o legislador ao criar hipóteses de contratação direta, quanto os agentes públicos, ao concretizar as normativas relacionadas ao tema, devem sempre partir da premissa interpretativa de que a licitação é a regra, sendo a inexigibilidade e a dispensa exceções. A contratação direta, exige, portanto, a exposição de motivação razoável e ponderada em cada caso. Deve ser apresentada justificativa fundamentada que sustente a escolha da dispensa ou inexigibilidade da licitação, portanto:

> [...] Toda contratação realizada com dinheiro público deve ser motivada e justificada. Essa é uma regra inafastável. Como assevera Carlos Pinto Coelho Motta, tais contratações devem se revestir de motivos sérios, exatos e lícitos, sem os quais ruirão pela base. É nesse contexto, inclusive, que a Lei no 9.784/1999, que dispõe sobre os processos administrativos, exige a motivação dos atos que dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório, com a indicação de todos os fatos e fundamentos jurídicos que os alicercem (art. 50, IV). (Bittencourt, 2021, p. 108)

Impende dizer que a contratação direta não significa contratação arbitrária desprovida de requisitos mínimos. Em outros termos, o mecanismo de contratação direta conforma-se também a partir de premissas legalmente estabelecidas, seguindo os princípios[3] constitucionais da Administração Pública. Em vista disso, mesmo nos casos de contração direta, é essencial a realização de um processo formal estruturado e justificado[4]:

---

[3] No que tange aos princípios previstos pela LLCA, importa ressaltar que: "na Lei 8.666/1993, o *caput* do art. 3º enunciava apenas três princípios: a isonomia, que assegura igual tratamento a todos os participantes do procedimento licitatório, zelando pela competitividade e pela livre iniciativa; a vantajosidade, que representa a busca, pela Administração, da melhor relação custo-benefício nas suas aquisições de produtos e serviços; e a sustentabilidade, que é o acatamento da proposta que se apresentar mais apta a causar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. Já na Lei 14.133/2021, o art. 5º traz um extenso rol de dezessete princípios. Para além dos três citados acima e dos cinco aprioristicamente aplicáveis a qualquer atividade administrativa – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (caput do art. 37 da Constituição da República) –, foram inseridos os seguintes: interesse público, probidade administrativa, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade e economicidade". (Mill, 2022, p. 15)

[4] Ainda no bojo da Lei nº 8.666/1993, "criou-se uma indevida imagem de que o procedimento licitatório seria extremamente rigoroso e burocrático, ao passo que a contratação direta seria mais célere, uma vez que demandaria um rigor menos excessivo. Essa compreensão levava a diversos processos de contratação direta sendo encaminhados às assessorias jurídicas com uma instrução bastante deficiente, faltando documentos, sem a apresentação das devidas justificativas, tendo sido elaborados às pressas e sem uma cautela ou planejamento mínimos". (Cabral, 2024, p. 73)

> [...] Sem embargo, a referida ideia de que nas contratações diretas haveria uma informalidade ou, ainda, um rigor mitigado quando cotejado com a licitação é totalmente enganosa. A contratação direta se mostra mais célere quando comparada com o regular procedimento licitatório em razão da eliminação da chamada fase externa. Não há fase autônoma de propostas, julgamento e habilitação. No entanto, no tocante à fase interna, isto é, os procedimentos preparatórios necessários à contratação, o rigor exigido para a contratação direta e para as hipóteses em que há licitação são essencialmente os mesmos. O distintivo, repita-se, é que, após a finalização da fase interna da contratação direta, como regra, já ocorre a celebração do contrato, e não a publicação de um edital que inaugura a fase externa. (Cabral, 2024, p. 74)

Nesse sentido, o artigo 72 da LLCA lista um conjunto de documentos que devem instruir os processos de contratação direta. São estes:

> Art. 72: [...]
> I - documento de formalização de demanda[5] e, se for o caso[6], estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
> II - estimativa de despesa[7], que deverá ser calculada na forma estabelecida no artigo 23 desta Lei;
> III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso[8], que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
> IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
> V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
> VI - razão da escolha do contratado;
> VII - justificativa de preço e;
> VIII - autorização da autoridade competente.

---

5 "O Documento de Formalização de Demanda é o registro inicial que dará início a um processo de contratação, no qual estarão anotados todos os dados do objeto que o setor requisitante necessita. Como dissemos, a Nova Lei impôs às contratações diretas uma obrigatória fase de planejamento, tal como ocorre nos procedimentos licitatórios. Tanto é que, ao tratar do documento inicial de uma contratação direta, determina, quando for o caso, a elaboração de estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo." (Bittencourt, 2021, p. 97)

6 "Em relação aos demais elementos citados no inciso (estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo), veja que o legislador se valeu da expressão 'se for o caso', a qual deve ser lida não como um 'cheque em branco' para se dispensar, de maneira discricionária, qualquer um dos documentos ali listados. A dispensa de algum dos documentos constantes do inciso I somente deverá ocorrer diante da incongruência fático-jurídica do objeto a ser contratado (ex.: não é exigido projeto básico ou executivo em contratações que não se refiram a obras ou serviços de engenharia) ou em razão de autorização específica prevista em lei ou regulamento próprio". (Cabral, 2024, p. 76)

7 "A previsão do inciso II do artigo 72 em comento se refere à realização da pesquisa de preços, de modo a se obter o orçamento estimado. Veja que o inciso remete justamente ao artigo 23, que indica meios de se realizar a pesquisa de preços. De fato, embora o legislador permita a realização de contratações sem licitação, isso não implica o pagamento de qualquer valor pela administração pública (a vantajosidade continua a ser um pressuposto das contratações públicas).16 Uma pesquisa realizada de maneira completa é pressuposto inafastável para essas contratações". (Cabral, 2024, p. 77)

8 "No que concerne aos pareceres técnicos, a previsão da expressão 'se for o caso' deve ser lida no sentido de que, diante de determinadas contratações, não será exigida nenhuma espécie de parecer de ordem técnica, seja pela simplicidade da contratação seja pela natureza do objeto a ser contratado (não há, contrariamente ao que possa transparecer da leitura do inciso, uma discricionariedade na exigência do parecer técnico, caso ele realmente se mostre necessário)". (Cabral, 2024, p. 78)

Como se observa, esse dispositivo impõe uma espécie de roteiro lógico mínimo do processo de contratação direta. A documentação arrolada visa evidenciar as motivações que levaram à inexigibilidade ou à dispensa da licitação, as razões da escolha do contratado e o preenchimento dos requisitos básicos para o cumprimento das obrigações do negócio jurídico.

De fato, o artigo 72 da LLCA, mais do que enumerar documentos obrigatórios, materializa um itinerário temporal de diversas ações a serem tomadas ao longo do processo de contratação direta. Refere-se, portanto, ao seu planejamento, de maneira a garantir a devida regularidade de todo o procedimento:

> [...] Comparando-se com a lei anterior, verifica-se um aumento do rol de documentos, retratando tipicamente a atividade de controle, dado que, após a primeira avaliação da hipótese incidente de não competição realizada pelo ordenador de despesas, caberá à autoridade superior o juízo final, para então ser providenciada a divulgação, que deverá ser mantida à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (Bittencourt, 2021, p. 95)

Essa documentação, por certo, facilita o controle do processo e confere maior transparência à contratação. Nesse sentido, note-se que o parágrafo único do artigo 72, determina que "o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial". Nesse sentido, verifica-se que:

> [...] O parágrafo único do indigitado artigo 72 se propõe a conferir publicidade às contratações diretas. A mudança em relação à Lei n. 8.666/1993 é que antes se exigia que essa publicidade ocorresse por meio do Diário Oficial (o que, em realidade, somente gerava uma publicidade formal, mas não material), tendo sido substituído por divulgação em sítio eletrônico (que, de acordo com o artigo 174, §2º, inciso III, é o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP). (Cabral, 2024, p. 79)

Essa medida permite "o controle social, principalmente pelo mercado (outros possíveis interessados), possibilitando que analise se efetivamente estão preenchidos os requisitos para a contratação direta e, caso entenda que não, que seja impugnada a contratação direta" (Pedra, 2022, p. 505).

Importante mencionar que, conforme o artigo 337-E do Código Penal[9], a contratação direta ilegal inclusive configura crime, nos seguintes termos:

[9] "PROCESSO PENAL. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA DO ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993 PELO ART. 337-E DO CP. DENÚNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. HIGIDEZ DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. [...] II - Apesar da revogação da Lei n. 8.666/93 pela Lei n. 14.133/21, os crimes cometidos em prejuízo dos procedimentos licitatórios ou das contratações diretas realizados pela Administração Pública não foram revogados. Especificamente em relação crime previsto no art. 89 da Lei n. 8666/93, em continuidade típico-normativa, agora encontra-se em vigor no art. 337-E do Código Penal. III - Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a alegação de ausência de dolo específico, na fase de recebimento da denúncia, só pode ser acolhida quando for demonstrável *ictu oculi*. Caso contrário, é imperativo que se permita o prosseguimento da ação penal visando à devida instrução probatória. No caso, à época do recebimento da denúncia, foram constatados indícios que apontavam para a existência do fim especial de causar danos ao erário, de modo que não havia motivos para proceder ao trancamento prematuro da ação penal. IV - Nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deve descrever o fato criminoso, com todas as suas

> Art. 337-E: Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (tipo incluído pela LLCA)

Para além da tipificação penal, a contratação direta indevida poderá dar ensejo a processos judiciais por cometimento de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), particularmente quando esta causar prejuízo efetivo ao erário.

> [...] fato de haver crime que diga respeito à contratação direta indevida atrai a demonstração de que o dolo deixe de ser genérico e passe a ser considerado dolo específico do crime, devendo o órgão de controle legitimado indicar a vontade consciente e deliberada, do agente e eventualmente do contratante de violar aquele bem jurídico tutelado. Em suma, há de se demonstrar que "o agente admitiu, possibilitou ou deu causa à uma contratação direta fora das hipóteses previstas em lei". (Mill, 2022, p. 20)

Ainda no campo da responsabilização, o artigo 73 da LLCA prevê que "na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro[10], o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis":

> [...] Observa-se que a legislação pretérita (Lei n. 8.666/1993) previa a possibilidade de responsabilização solidária somente nos casos de contratação direta em que houvesse superfaturamento (artigo 25, §2º). Assim, a nova lei amplia essa possibilidade, indicando que a solidariedade ocorrerá nos casos em que a contratação direta for feita "com dolo, fraude ou erro grosseiro". É dizer, pode haver situações em que não há superfaturamento, mas havendo algum dano decorrente dessa contratação, oriundo de dolo, fraude ou erro grosseiro, haverá a responsabilidade solidária. (Cabral, 2024, p. 80)

Entretanto, a responsabilidade depende da verificação de algum dano[11], não bastando a alegação de irregularidade do procedimento. Ademais, só pode

---

circunstâncias, bem como a qualificação do acusado e a classificação do crime". (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 858.804/BA, Ministro Messod Azulay Neto, j. 17/06/2024, DJe 20/06/2024)

10 "[...] Anote-se que o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei no 4.657/1942 (LINDB), dispõe que considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, não devendo ser configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro, não servindo como caracterização, para fins de responsabilização, o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso". (Bittencourt, 2021, p. 115-116)

11 "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. I - Na origem, trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal. Sustenta-se que os acusados, enquanto prefeito do município de Jundiá/AL, auxiliado pelo então procurador municipal, firmou com a empresa ré, mediante dispensa de licitação, contrato para a realização de shows artísticos no evento intitulado 'IX Jundiá Fest 2010', cujas despesas foram, em maior parte, custeadas com verbas federais repassadas pelo Ministério do Turismo em razão do Convênio. [...] argumenta o recorrente que a contratação direta da empresa ré, ora recorrida, foi realizada fora das hipóteses legais, visto que 'a carta de exclusividade apresentada [...] destinava-se, em verdade, unicamente àquele evento', sendo,

ocorrer a responsabilização mediante processo administrativo em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa (Cabral, 2024, p. 81).

## 3 Inexigibilidade de licitação

Imprescindível considerar que a premissa de qualquer licitação pública é a viabilidade de disputa entre interessados em celebrar negócio jurídico com o Poder Público. Não seria racional as normas exigirem certame diante de circunstâncias em que a sua realização seria concretamente impossível (Nohara, 2024, p. 286).

Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2023, p. 422), "é pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação". O que existe nessa situação é uma caracterização de inexigibilidade do processo licitatório, legitimando a abertura de procedimento de contratação direta, pois nesses casos:

> [...] a Administração não pode – nem deve – fazer licitação, porque falta o pressuposto que a justifica: a existência de mais de um potencial interessado qualificado para atender à necessidade da Administração; e não havendo mais de uma pessoa qualificada, será impossível a competição, que constitui o fundamento constitucional do dever de licitar. (Calasans Jr., 2021, p. 138)

Dispõe o *caput* do artigo 74 da LLCA que "é inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de [...]". É fácil concluir que o rol das hipóteses de inexigibilidade de licitação trazidas pelo referido artigo é meramente exemplificativo, não exaustivo, uma vez que o legislador jamais poderia prever todas as situações em que seria inconcebível o processo licitatório.

De fato, o contexto de uma inexigibilidade de licitação decorre das características do objeto pretendido ou de uma situação relacionada à pessoa a ser contratada. Diz respeito, portanto, à "natureza das coisas" (Justen Filho, 2023, p. 293), do contexto geral de contratação. São esses elementos que determinam a inviabilidade da licitação.

A primeira hipótese de inexigibilidade diz respeito à "aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos" (artigo 74, I, da LLCA). De fato, não se pode falar em processo de competição pública se apenas uma única pessoa é capaz de ofertar o objeto desejado pela Administração. A contratação direta por inexigibilidade é inevitável.

---

portanto, evidenciado o dolo genérico, suficiente à condenação. VIII - No entanto, sem razão, em detida análise dos autos, verifica-se do acórdão recorrido que, à luz da legislação vigente, não ficou demonstrado cabalmente que os recorridos agiram com o dolo necessário à configuração do ato ímprobo. É dizer que ausente está o necessário elemento anímico da conduta ímproba, sem o qual não é possível a caracterização da tipicidade subjetiva da ilicitude guerreada pela Lei n. 8.429/92. Para além da ausência dos elementos indicativos do dolo, sobressalta também que não há comprovação da ocorrência de efetivo prejuízo ao erário, sobretudo, quando comprovado documentalmente e por testemunhas que o evento efetivamente ocorreu." (STJ, 2ª Turma, AgInt AREsp 2.497.742/AL, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 28/10/2024, DJe 30/10/2024).

A configuração da inexigibilidade nesse caso impõe que o objeto desejado para atendimento do interesse público apenas possa ser ofertado por uma única pessoa. O gestor público deve estar atento, pois o primeiro passo para determinar a inexigibilidade é a caracterização do objeto a ser contratado, que deve estar vinculada diretamente à demanda pública a ser satisfeita com a contratação. Se muitos atores de mercado podem suprir a necessidade pública, oferecendo seus serviços e produtos específicos e singulares, a licitação será obrigatória e a contratação direta por inexigibilidade vedada.

Não é suficiente, por exemplo, que um determinado serviço tenha características exclusivas e que somente uma pessoa esteja habilitada a prestá-lo, pois podem existir serviços similares, capazes de atender o interesse público, oferecidos por outras pessoas e atores de mercado. Nessa situação, não se poderá reconhecer a inexigibilidade de licitação.

Nesse sentido, permanece válido o seguinte trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), emanado ainda sob a vigência da Lei nº 8.666/1993:

> [...] o que torna inexigível a licitação [...], não é o simples fato de o fornecedor deter a patente de seu produto, mas o fato desse produto deter certas características peculiares, não encontradas nos produtos que lhe são concorrentes, e, ainda, que tais características sejam decisivas para contemplar o interesse público.
> (STJ, 2ª Turma, RMS 37.688/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 26/06/2012, DJe 06/08/2012)

O § 1º do artigo 74 da LLCA estabelece que, quanto a hipótese prevista em seu inciso I:

> Art. 74. [...]
> § 1º. Para fins do disposto no inciso I do *caput* deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

Assim, uma vez caracterizado o objeto a ser contratado, o Poder Público, ao justificar a inexigibilidade da licitação, deverá apresentar o documento comprovatório da existência de uma única pessoa (exclusividade) capaz de celebrar o contrato com a Administração.

Sobre esse ponto, releva mencionar que:

> O art. 41, que versa sobre o fornecimento de bens, admite que a Administração possa, excepcionalmente, indicar marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, elencando as possibilidades. Dentre as hipóteses, consta "quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante". Evidentemente, se essa única marca capaz de atender às necessidades da Administração estiver sendo comercializada por um único fornecedor, dar-se-á a exclusividade. (Bittencourt, 2021, p. 126-127).

Ademais, imprescindível considerar que a Súmula nº 255 do TCU determina que:

> Súmula 255: Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

A contratação de profissional de setor artístico é a segunda hipótese de inexigibilidade elencada pela lei (art. 74, II, da LLCA). Essa contratação pode ocorrer diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que o respectivo artista preencha o requisito de consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O preenchimento do requisito de consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública deve ser analisado com muito cuidado em cada situação fática. Como destaca Bittencourt (2021, p. 131), "a situação é análoga a referente ao profissional de notória especialização: o reconhecimento deve ocorrer perante certo público, certa localidade. Há vários exemplos de artistas consagrados em certas regiões, mas não conhecidos em outras".

Conforme § 2º da LLCA, será considerado como empresário exclusivo a "pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico". A lei afasta a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

Esse requisito referente à exclusividade permanente e contínua da representação do profissional inexistia na lei anterior e há doutrinadores que entendem que "afronta os princípios da isonomia e da igualdade de oportunidades", na medida em que "inviabiliza a contratação daqueles artistas que, por ainda não disporem de reconhecimento mais amplo, não contam com representante permanente" (Calasans Jr., 2021, p. 139).

Outrossim, em relação à remuneração nesses casos, a justificativa de preço deve estar baseada no cachê normalmente cobrada pelo artista, "com base em histórico de suas apresentações, inclusive, é a linha de ação adotada pela AGU, que, por meio da Orientação Normativa no 17/2009" (Bittencourt, 2021, p. 133).

Constitui também hipótese de inexigibilidade (a terceira) a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (art. 74, III, da LLCA).

Dentre os serviços técnicos especializados arrolados pela lei estão:

> Art. 74. [...]
> III – [...]
> a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
> b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
> c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
> d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
> e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

> f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
> g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
> h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso.

Reforce-se, não se trata de rol exaustivo.

Importante dizer que, a teor § 3º do artigo 74 da LLCA, considera-se de notória especialização:

> Art. 74. [...]
> § 3º. Para fins do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Esses requisitos, naturalmente, não são cumulativos, isto é, "a lei permite que o gestor público afira, discricionariamente, outros elementos não arrolados, mas suficientes para validarem a notoriedade do profissional ou empresa. O elenco de predicados é, indubitavelmente, meramente exemplificativo" (Bittencourt, 2021, p. 137).

Convém assinalar que a lei não impõe expressamente que o serviço especializado tenha natureza singular, como era exigido anteriormente pela Lei nº 8.666/1993, evidenciando que:

> [...] o legislador optou por desconsiderar o entendimento que predominava, tanto na jurisprudência do Tribunal de Contas da União como na de Cortes do Poder Judiciário, que considerava irregular, por exemplo, a contratação de profissionais da advocacia, quando não caracterizada a singularidade dos serviços. (Calasans Jr., 2021, p. 139)

Sob esse aspecto, no que tange à contratação de serviços jurídicos, pode existir um conjunto de especialistas em determinada área do Direito e o Poder Público necessitar de seus serviços em razão de uma situação extraordinária. Não é possível, nesse caso, realizar comparações e competição entre especialistas com reconhecida capacidade técnica. Na verdade, a notória especialização e o trabalho predominantemente intelectual induzem uma espécie de singularidade inerente de todos os possíveis ofertantes (singular por natureza).

No STJ, há julgado em que a matéria foi abordada, conforme trecho abaixo:

> [...] 4. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado.

> 5. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.
> (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 669.347/SP, Relator Ministro Jesuíno Rissato, Relator para o Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, j. 13/12/2021, DJe 14/02/2022)

Sobre essa temática, recente decisão do Supremo Tribuna Federal (STF) fixou a seguinte tese, ainda considerando os termos da Lei nº 8.666/1993:

> [...] b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores.
> (STF, Tribunal Pleno, RE 656.558/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 25/10/2024, DJe 04/11/2024)

Na escolha realizada pela Administração, contudo, deve ficar demonstrada que a qualificação do respectivo contratado é essencial e reconhecidamente adequada à plena satisfação do objeto contratado (art. 74, § 3º, parte final). Por fim, cumpre ressaltar que que a LLCA veda a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade. Assim, a proibição da subcontratação é aplicável:

> [...] quando o contratado for pessoa jurídica (empresa), cujos profissionais integrantes de sua equipe técnica não poderão ser substituídos por outros, ainda que de igual especialização. No caso de contratação de pessoa física (profissional), a prestação dos serviços deverá ser, por óbvio, sempre pessoal. Nesse ponto, a inovação é positiva. (Calasans Jr., 2021, p. 144)

Como quarta situação de inexigibilidade, encontra-se a contratação de objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento (art. 74, IV, da LLCA). De fato, o Poder Público, antes mesmo do advento da nova lei, sempre se utilizou desse mecanismo para realizar suas contratações, embora não houvesse previsão normativa na Lei nº 8.666/1993.

A LLCA tratou o credenciamento como um procedimento auxiliar às contratações públicas (art. 78 da LLCA). Nos termos da lei, o credenciamento é:

> Art. 6º. [...]
> XLIII – [...] processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

Pelo conceito legal, os credenciados não competem entre si, isto é, todos os particulares interessados, desde que cumpram as exigências mínimas estabelecidas pela Administração, são credenciados.

O credenciamento envolve circunstância em que muitos interessados estão aptos a atender a demanda pública e, ao mesmo tempo, a contratação de um único sujeito não atende de forma devida o interesse público. Com efeito, elabora-se uma lista de possíveis prestadores que são convocados para firmar contratos ao longo do tempo, seguindo regras objetivas estabelecidas. Em suma, no credenciamento, a Administração não elimina nenhum interessado, indicando que todos poderão ser contratados.

São três as hipóteses de contratação em que o credenciamento poderá ser utilizado. A primeira é a contratação paralela e não excludente. Envolvem casos em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas e não excludentes em condições padronizadas. Enquadra-se nesse cenário a situação em que o Poder Público necessita contratar determinados bens ou serviços e a demanda é muito maior do que os possíveis interessados ou habilitados em atendê-la, por exemplo, a contratação de fornecimento permanente de gêneros alimentícios para feitura de merendas em escolas públicas.

Note-se que, em respeito aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, "quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda" (art. 79, parágrafo único, II, da LLCA).

A segunda hipótese de credenciamento diz respeito a seleção de contratado a critério de terceiros. Isso significa que a Administração Pública irá apenas credenciar os interessados, deixando a decisão quanto a escolha de quem será contratado nas mãos dos particulares beneficiários. Exemplo típico dessa situação é o credenciamento de laboratórios para a realização de exames pelo SUS. Os usuários do serviço de saúde, ao terem acesso à lista dos laboratórios credenciados junto ao Poder Público, elegem em qual desejam realizar exame.

A última hipótese legal de credenciamento (terceira), traz a previsão da contratação de bens e serviços relacionados a mercados fluidos, isto é, aqueles em que há flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação. Nesses mercados, o mais vantajoso para o Poder Público (interesse público) é cadastrar os potenciais interessados, de modo a poder analisar em cada momento as melhores condições para celebrar contratos. Nesse sentido, o credenciamento oferece a flexibilidade necessária para se atingir o interesse público.

Finalizando, tem-se a hipótese de inexigibilidade para a aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalação e de localização tornem necessária sua escolha (art. 74, V, da LLCA), devendo ser observadas os seguintes requisitos:

> Art. 74. [...]
> § 5º. [...]
> I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;
> II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;
> III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

## 4 Dispensa de licitação

A dispensa da licitação, conforme já antecipado neste artigo, ocorre nos casos em que a realização do procedimento licitatório não é conveniente ou oportuna para o interesse público, ainda que seja possível deflagrar uma competição e que exista alguma modalidade de licitação que poderia se enquadrar perfeitamente àquela situação.

Nesse sentido, esclarecem Augusto Neves Dal Pozzo e Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2024, p. 375) que, mesmo havendo a possibilidade e viabilidade de realizar a licitação, "como a presença de pluralidade de bens ou de ofertantes, mas razões de interesse público, descritas hipoteticamente em lei, autorizam o Poder Público a não a realizar".

O artigo 75 da LLCA estabelece um rol taxativo de casos específicos em que a autoridade competente pode usar de sua discricionariedade para dispensar a licitação, o que não a dispensará, contudo, de realizar procedimento administrativo prévio. Nesse sentido, deve ressaltar que:

> [...] Na licitação dispensável, os fatos concretos devem se adequar perfeitamente ao respectivo dispositivo legal, com atendimento a todos os requisitos neles constantes, não se permitindo, em nenhuma hipótese, qualquer exercício de criatividade do agente público. Logo, as circunstâncias de sua ocorrência estão expressamente previstas na lei, abraçando no ordenamento jurídico pátrio um elenco fechado (*numerus clausus*), não sendo facultado ao administrador público ultrapassar os conteúdos legalmente traçados. (Bittencourt, 2021, p. 159)

Os incisos I e II do artigo 75 da LLCA[12] tratam das hipóteses em que, em razão do valor[13] – considerado pequeno - que será gasto para compras, obras e serviços, é dispensável a licitação, nos seguintes termos:

---

[12] Sobre os incisos I e II do artigo 75 da Lei nº 14.133/2021, importante ler os §§1º a 4º e §7º do mesmo dispositivo, *in verbis*:
"§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo, deverão ser observados:
I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;
II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.
§ 2º Os valores referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei.
§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.
§ 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).
[...]
§ 7º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo às contratações de até R$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças".

[13] "Mirando oferecer mecanismo para a definição do valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de contratação direta no âmbito da Administração Pública federal direta,

> Art. 75 [...].
> I - para contratação que envolva valores inferiores a R$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;
> II - para contratação que envolva valores inferiores a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras.

Os valores acima referidos serão atualizados anualmente[14] e duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei (art. 75, § 2°, da LLCA).

A dispensa também é possível para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação deserta ou fracassada[15] realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação, conforme preconiza o inciso III do artigo 75 da LLCA:

> Art. 75 [...].
> III - [...]
> a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
> b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes.

O Tribunal de Contas da União (TCU), com relação à dispensa de licitação em razão de realização de licitação prévia para a qual não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas, firmou entendimento no sentido de que "a licitação deserta deve ser repetida ou justificada a inviabilidade de sua repetição" (TCU, Acórdão 6440/2011, Primeira Câmara, Relator Augusto Sherman), sendo que a "contratação direta por licitação deserta deve demonstrar que a repetição do certame poderá resultar em prejuízo à Administração, em exposição de motivos constante no processo de contratação" (TCU, Acórdão 7049/2010, Segunda Câmara, Relator José Jorge).

No mesmo sentido, o STJ já se manifestou:

> [...] No regime do Decreto-lei 2300/86, a licitação deserta - assim entendida aquela a que não acorrem licitantes - dá margem à repetição do procedimento licitatório ou à contratação direta, desde que comprovado o prejuízo à Administração em repetir o certame (art. 22, VI).
> (STJ, 1ª Turma, REsp 582.030/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 03/05/2005, DJ 16/05/2005)

Decidiu também o TCU pela irregularidade da contratação direta "com fundamento em *licitação fracassada* sem que antes tenha sido concedido o prazo

autárquica e fundacional, foi editada a Instrução Normativa SEGES/ME no 72, de 12.08.2021". (Bittencourt, 2021, p. 173)

[14] Lei nº 14.133/2021, "Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP".

[15] "Licitação deserta é aquela em que nenhum proponente interessado comparece no certame. Licitação frustrada (ou fracassada) é aquela em que nenhum proponente é selecionado em decorrência de inabilitação ou de desclassificação das proposta". (Bittencourt, 2021, p. 176)

de oito dias úteis às empresas participantes do certame para apresentação de outras propostas escoimadas das falhas que ensejaram a desclassificação" (TCU, Acórdão 756/2022, Plenário, Relator Marcos Bemquerer).

Vale ressalvar, contudo, que tais decisões se deram sobre eventos ocorridos ainda sob a égide da antiga lei de licitações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, revogada pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

No inciso IV, alíneas "a" a "m" do artigo 75 da LLCA [16], são verificadas hipóteses de dispensa de licitação em razão do objeto. As alíneas "c", "d", "j" e "k" do

[16] "Art. 75. É dispensável a licitação:
[...]
IV - para contratação que tenha por objeto:
a) bens, componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;
c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais);
d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;
e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;
f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;
h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;
i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;
j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;
k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;
l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do *caput* do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;
m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;".

mencionado inciso IV, assim como os incisos V[17], X[18], XII[19], XIV[20], XV[21] e XVI[22], todos do artigo 75, enumeram casos em que há função extraeconômica da contratação, quando o Estado busca a realização de outros fins estatais, o que justificaria a dispensa, na avaliação de Rosmari Aparecida Ferraiolo (2022, p. 219-238).

Seguindo a mesma linha classificatória da autora supra referida, a dispensa de licitação também pode ocorrer em razão do custo temporal, isto é, quando a demora na realização do certame pode acarretar a ineficácia da contratação (incisos IV, alíneas "e" e "i"; VII[23]; VIII[24] e XIII[25]); e quando se constata a ausência de potencialidade de benefício (incisos III, alíneas "a" e "b"; IV, alíneas "a", "b", "f", "g", "h", "l" e "m"; VI[26]; IX[27] e XI[28]).

Merece destaque a dispensa de licitação quando há situações excepcionais, como (i) nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal

[17] Art. 75 [...] V - para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;

[18] "Art. 75 [...] X - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;".

[19] "Art. 75 [...] XII - para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;".

[20] "Art. 75 [...] XIV - para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;".

[21] "Art. 75 [...] XV - para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;".

[22] "Art. 75 [...] XVI - para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII deste *caput*, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;".

[23] "Art. 75 [...] VII - nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;".

[24] "Art. 75 [...] VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontratação de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;".

[25] "Art. 75 [...] XIII - para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;".

[26] "Art. 75 [...] VI - para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;".

[27] "Art. 75 [...] IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;".

[28] "Art. 75 [...] XI - para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;".

ou de grave perturbação da ordem (artigo 75, inciso VII); e (ii) nos casos de emergência ou de calamidade pública (artigo 75, VIII).

Nesta última hipótese, como estabelece o próprio dispositivo legal, deve ficar comprovada a necessidade urgente de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Nos termos do § 6º do artigo 75 da LLCA, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, devendo ser observados os valores praticados pelo mercado[29], bem como adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

O TCU entende que há possibilidade de responsabilização do gestor público quando se comprovar que a necessidade de contratação emergencial se deu por conta de desídia ou má gestão dos recursos públicos:

> [...] Para caracterizar situação emergencial passível de dispensa de licitação, deve restar evidente que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, restringindo-se ao estritamente necessário ao atendimento da situação calamitosa. Deve-se divisar a conduta dos agentes públicos que concorreram para originar a situação emergencial da ação daqueles que apenas atuaram para elidir o risco de dano.
> (TCU, Acórdão 1217/2014, Plenário, Relatora Ana Arraes)

> [...] A situação de contratação emergencial decorrente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos pode implicar a responsabilização do gestor que lhe deu causa, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização do regular procedimento licitatório.
> (TCU, Acórdão 1122/2017, Plenário, Relator Benjamin Zymler)

A dispensa nos casos de emergência ou de calamidade pública é autorizada somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa[30] e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontratação de empresa já contratada com base na mesma justificativa de excepcionalidade.

---

[29] Lei nº 14.133/2021, "Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto".

[30] "A contratação direta *emergencial,* fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de *licitação* formal". (TCU, Acórdão 6439/2015, Primeira Câmara, Relator Augusto Sherman)

Acerca ao impedimento da recontratação, que inexistia na lei anterior, houve recente julgamento no STF em que foi dada interpretação conforme à Constituição ao artigo 75, VIII, da Lei nº 14.133/2021, sem redução de texto, fixando a seguinte tese:

> [...] É constitucional a vedação à recontratação de empresa contratada diretamente por dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade pública, prevista no inc. VIII do art. 75 da Lei n. 14.133/2021; - A vedação incide na recontratação fundada na mesma situação emergencial ou calamitosa que extrapole o prazo máximo legal de 1 (um) ano, e não impede que a empresa participe de eventual licitação substitutiva à dispensa de licitação e seja contratada diretamente por outro fundamento previsto em lei, incluindo uma nova emergência ou calamidade pública, sem prejuízo do controle de abusos ou ilegalidades na aplicação da norma.
> (STF, Tribunal Pleno, ADI 6.890/DF, Relator Ministro Cristiano Zanin, j. 09/09/2024, DJe 17/09/2024)

Sobre a dispensa de licitação motivada por intervenção federal (artigo 75, inciso VII), embora sob a égide da legislação anterior, importa trazer o posicionamento do TCU a respeito, em resposta à consulta na qual foram delineados requisitos para sua autorização:

> [...] É possível a realização de contratações diretas com fulcro no art. 24, inciso III, da Lei 8.666/1993 durante intervenção federal decretada em razão de grave comprometimento da ordem pública, desde que o processo de dispensa seja instruído com os seguintes requisitos:
> i) demonstração de que a contratação está restrita à área temática abrangida pelo documento que decretou a intervenção, assim entendidos os bens e serviços essenciais à consecução dos seus objetivos, sejam eles relacionados com as atividades finalísticas ou de apoio dos órgãos formalmente envolvidos com a intervenção federal, por meio da descrição das circunstâncias fáticas, documentos e dados que ensejaram essa conclusão;
> ii) caracterização da urgência que acarreta a impossibilidade de se aguardar o tempo necessário a um procedimento licitatório regular;
> iii) limitação e justificativa dos quantitativos de bens e serviços a serem adquiridos, os quais devem ser suficientes ao atendimento da demanda;
> iv) vigência dos contratos firmados limitada à data final estabelecida para a intervenção, não admitidas prorrogações; e
> v) comprovação nos autos do atendimento às disposições do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, em especial a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço contratado, a partir de pesquisa prioritariamente junto a fontes públicas.
> (TCU, Acórdão 1358/2018, Plenário, Relator Vital do Rêgo).

Note-se que a simples decretação da intervenção federal não permite a dispensa de licitação. É necessário comprovar a correlação temática entre os motivos que ensejaram a intervenção federal e a contratação com dispensa de licitação, a qual deve conter apenas bens e serviços essenciais para que sejam atingidos os objetivos específicos da intervenção.

Dando seguimento à análise das demais hipóteses de dispensa previstas nos incisos do artigo 75 da LLCA, insta destacar que, dentre as classificações possíveis, a doutrina alude à dispensa de licitação em razão da pessoa que irá contratar com a Administração, como ocorre nos casos dos incisos IX (órgão ou

entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico); XIV (associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos); XV (instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico; e instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa); e XVI (fundação que apoia órgão da Administração Pública direta em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação).

A dispensa de licitação também pode ocorrer na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, (i) para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, a fim de beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou pela falta regular de água (artigo 75, inciso XVII); e (ii) para a implementação do Programa Cozinha Solidária, que tem como finalidade fornecer alimentação gratuita preferencialmente à população em situação de vulnerabilidade e risco social, incluída a população em situação de rua, com vistas à promoção de políticas de segurança alimentar e nutricional e de assistência social e à efetivação de direitos sociais, dignidade humana, resgate social e melhoria da qualidade de vida (artigo 75, inciso XVIII).

Por fim, vale mencionar que o artigo 76 da LLCA estabelece normas para a "alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado", elencando diversas hipóteses em que fica dispensada a realização de licitação para essa alienação, por exemplo, em caso de dação em pagamento, venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo, venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, entre outras (Bittencourt, 2021, p. 289 e ss.).

Assim, para finalizar, convém ressaltar posicionamento no sentido de que:

> [...] não são todos os casos de dispensa que obrigam a Administração a dispensar, ou não, a licitação, pois, enquanto o art. 74 determina que "é dispensável a licitação", o inciso II do art. 76 estabelece ostensivamente que "dispensada está (a licitação) nos seguintes casos", ou seja, nesses casos, a Administração é obrigada a dispensar a licitação. Assim, diversos autores, na esteira do posicionamento de Hely Lopes Meirelles, expõem que, na realidade, há três categorias de contratação direta:
> - a licitação inexigível do art. 74 – que é inviável;
> - a licitação dispensável do art. 75 – de dispensa discricionária;
> - a licitação dispensada do art. 76, II – em que é obrigatória a dispensa.
>
> A diferença entre a licitação dispensável e a dispensada reside, como regra geral, no fato de que esta última é compulsória, ou seja, não confere discricionariedade à Administração para avaliar se dispensará ou não a licitação nas situações contempladas na lei. (Nohara, 2024, p. 292)

## 5 Considerações finais

Da análise dos dispositivos legais e da jurisprudência correlata, evidencia-se que a contratação direta no âmbito da Administração pública remete a uma necessidade de atendimento ao interesse público concretamente identificado de maneira mais célere.

Esse método de contratação, contudo, apresenta um conjunto de riscos de abusos e violações das regras e princípios que norteiam a atuação do Estado democrático. Em razão disso, a nova LLCA procurou detalhar o procedimento de maneira a ressaltar o papel do planejamento, com toda a documentação necessária para justificar a exceção à licitação, sem prejuízo ao interesse público.

De fato, numa sociedade tão desigual e violenta como a brasileira, cujos grandes desafios históricos nunca foram equacionados, o patrimonialismo e a apropriação privada do Estado constituem um traço marcante.

Nesse cenário, o gestor público deve ter um cuidado mais do que redobrado, especialmente, ao trilhar o caminho da inexigibilidade e da dispensa de licitação, estando muito atento a todos os requisitos que configuram e legitimam essas formas de contratação, a fim de que todo o processo seja realizado de maneira robusta, demonstrando a devida motivação e justificativa, para garantir a transparência e o controle, de modo a evitar arbitrariedades e qualquer prejuízo ao Estado e à coletividade.

## Referências


BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem licitação*: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.133/2021*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 04 dez. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.666/1993*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 04 dez. 2024.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, *ADI 6.890/DF*, Relator Ministro Cristiano Zanin, j. 09/09/2024, DJe 17/09/2024.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, *RE 656.558/SP*, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 25/10/2024, DJe 04/11/2024.

BRASIL. STJ, 1ª Turma, *REsp 582.030/DF*, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 03/05/2005, DJ 16/05/2005.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, *AgInt AREsp 2.497.742/AL*, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 28/10/2024, DJe 30/10/2024.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, *RMS 37.688/MG*, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 26/06/2012, DJe 06/08/2012.

BRASIL. STJ, 5ª Turma, *AgRg no HC 669.347/SP*, Relator Ministro Jesuíno Rissato, Relator para o Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, j. 13/12/2021, DJe 14/02/2022.

BRASIL. STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 858.804/BA, Ministro Messod Azulay Neto, j. 17/06/2024, DJe 20/06/2024.

BRASIL. TCU, Plenário, Acórdão 756/2022, Relator Marcos Bemquerer.

BRASIL. TCU, Plenário, Acórdão 1122/2017, Relator Benjamin Zymler.

BRASIL. TCU, Plenário, Acórdão 1217/2014, Relatora Ana Arraes.

BRASIL. TCU, Plenário, Acórdão 1358/2018, Relator Vital do Rêgo.

BRASIL. TCU, Primeira Câmara, Acórdão 6439/2015, Relator Augusto Sherman.

BRASIL. TCU, Primeira Câmara, Acórdão 6440/2011, Relator Augusto Sherman.

BRASIL. TCU, Segunda Câmara, Acórdão 7049/2010, Relator José Jorge.

CABRAL, Flávio Garcia. A necessária fase preparatória da contratação direta na Lei nº 14.133/2021. *Controle em Foco*: Revista do MPC/MG, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 70-83, jan./jun. 2024. Disponível em:

https://revista.mpc.mg.gov.br/controleemfoco/article/view/133/105. Acesso em: 03 dez. 2024.

CALASANS JR., José. *Manual da licitação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

DAL POZZO, Augusto Neves; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

DUVERGER, Maurice. *Métodos de las ciencias sociales*. Barcelona: Ariel, 1980.

FERRAIOLO, Rosmari Aparecida. Hipóteses de contratação direta: inexigibilidade, dispensa e alienações. *In*: CAMARGO, Bibiana Helena Freitas; ROSSI, Sérgio Ciquera; COMPARONI, Patrick Raffael. *Reflexões sobre a nova lei de licitações*. São Paulo: TCESP, 2022, p. 219-238.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MILL, Lorenzo Caser. Notas sobre a Lei 14.133/2021: "novos" princípios, alterações no processo de contratação direta e ressignificação do critério de julgamento por menor preço. *Revista da PGBC*, v. 16, n. 2, dez. 2022. Disponível em: https://revistapgbc.bcb.gov.br/revista/issue/view/37/186. Acesso em: 03 dez. 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:* Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

Data de submissão: 25 out. 2024
Data de aprovação: 08 dez. 2024

Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# A perspectiva da vítima no âmbito do acordo de não persecução penal

*The victim's perspective within the context of the criminal non-prosecution agreement*

**Beatriz Daguer**

Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Paraná (PR). Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (RJ). Advogada.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/4428577232570781
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3754-2412

**João Gualberto Garcez Ramos**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (PR). Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (PR). Procurador da República.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/8327348443018894
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9563-2227

**RESUMO**: O presente artigo tem por objetivo formular análise acerca da figura da vítima no processo penal brasileiro, bem como sobre os contornos e limites de sua atuação, notadamente no que toca ao acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Para tanto, apresenta-se um estudo da vitimologia e das questões que tratam do tema no ordenamento jurídico vigente, com o escopo de delimitar a esfera de atuação do ofendido e ressaltar a importância e o seu papel como sujeito de direitos no âmbito das negociações, questionando qual seria a forma mais eficaz de sua participação na identificação da reparação do dano. Nesse desiderato, por intermédio de metodologia de revisão bibliográfica, propõe-se a ampliação de seu campo de atuação, inclusive no âmbito da Justiça Restaurativa, visando conferir particular atenção às funções de repressão e prevenção da pena, sem perder de vista o protagonismo do Ministério Público, o qual é titular da ação penal e a parte legítima para desenvolver as tratativas e efetivamente propor o acordo. Nesse contexto, busca-se identificar qual o lugar da vítima nas negociações e o seu espectro de protagonismo.

**PALAVRAS-CHAVE**: Direito Penal; Direito Processual Penal; vítima; dano; reparação; acordo de não persecução penal.

**ABSTRACT**: The purpose of this article is to formulate an analysis of the figure of the victim in the brazilian criminal process, as well as the contours and limits of their actions, notably with regard to the non-criminal prosecution agreement provided for in art. 28-A of the Criminal Process Code. To this end, an analysis of victimology and the issues that deal with the topic in the current legal system is carried out. It soughts to delimit the offended party's sphere of action and highlight their importance and role as a subject of rights within the scope of negotiations, questioning which way would be most effective for their participation in identifying reparation for the damage. With this in mind, through a bibliographical review methodology, it is proposed to expand its scope of action, including within the scope of Restorative Justice, aiming to pay special attention to the functions of repression and prevention of punishment, without losing sight of the protagonism of Public Prosecutor's Office, which is the legitimate party and holder of the criminal action to develop negotiations and effectively propose the agreement. In this context, the aim is to identify the place of the victim in the negotiations and their role.

**KEYWORDS**: Criminal Law; Criminal Procedural Law; victim; damage; repair; non-prosecution agreement.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução. 2 A evolução da vitimologia e seus reflexos no Direito Penal. 3 O surgimento do acordo de não persecução penal e a reparação do dano como elemento essencial para sua formalização. 4 Uma proposta de ampliação do espectro de atuação da vítima no âmbito do processo penal brasileiro. 5 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

Sob o panorama do Direito Penal e do Direito Processual Penal, é natural que o autor do delito seja a figura central. Afinal, ele é o protagonista da conduta criminosa e determinar seus contornos objetivos e subjetivos é uma das tarefas precípuas desses ramos do ordenamento jurídico. Esse protagonismo ocorre um pouco em detrimento da posição de quem sofreu a ação delitiva ou o seu resultado. Contudo, novas perspectivas trazidas pela legislação e pela doutrina demonstram a necessidade de se repensar o sistema de justiça tradicional, impondo o reconhecimento dos direitos fundamentais das vítimas dentro de uma atuação mais enérgica diante do Direito à assistência e à proteção do Estado.

Neste trabalho, busca-se compreender de que forma, a partir dos estudos de vitimologia e da ampliação dos espaços de justiça negociada, a figura do ofendido tem surgido como ponto relevante na resolução de conflitos penais. Por intermédio da metodologia propositiva e partindo de leitura bibliográfica, sugere-se, ainda, um maior espectro de sua atuação, especialmente nas tratativas e formalização do acordo de não persecução penal (ANPP), por intermédio de defesa técnica constituída e como voz a ser ouvida para consumar a reparação do dano de forma efetiva.

Para tanto, o capítulo inicial abordará o estudo da vitimologia em uma visão ampla, bem como esboçará quais são as normas vigentes – em particular as de natureza material e processual – que consideram a condição da vítima, seja na investigação, durante o processo, na fase de dosimetria ou até na legislação extravagante, indicando, ainda, a ampliação dos espaços de consenso em que há predileção à autonomia privada em detrimento da ação penal obrigatória.

Dando seguimento, apresentar-se-á a identificação do ofendido (que pode ser tanto pessoa física, quanto pessoa jurídica e até terceiros indiretos), bem como os contornos e limites da presença da vítima nas tratativas do ANPP, propondo-se uma atuação efetiva e auxiliar ao Ministério Público, detentor da ação penal pública, como forma de atingir efetivamente o requisito de reparação do dano em seu favor. Nesse contexto, discorrer-se-á sobre as formas de reparação de dano (moral ou material) e como a propositura poderia se convalidar na prática ante as funções da pena.

No último capítulo, analisar-se-á importante decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no tocante à proteção da vítima no âmbito da investigação preliminar e do processo penal, que deve ser observada de forma ampliativa e servir de parâmetro para posteriores questões que tratem do ANPP.

Conclui-se, portanto, ser necessária a expansão da atuação da vítima no processo penal como um todo, sobretudo no campo do ANPP, por intermédio da implementação de manuais de boas práticas, fornecimento de assistência jurídica em seu favor, oportunidade para que a parte ofendida demonstre os prejuízos materiais e imateriais que lhe foram causados em decorrência da prática delitiva, bem como participe na negociação da composição entre a acusação e o imputado.

## 2 A evolução da vitimologia e seus reflexos no Direito Penal

A vítima ou sujeito passivo do crime é a pessoa ou a entidade que sofreu violações ou danos (físico, moral, patrimonial) em razão da prática delitiva, não se tratando de questão de fácil significado, uma vez que reflete momentos históricos distintos.

No que concerne ao seu conceito, mostra-se adequada a terminologia adotada pela Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por intermédio da Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985:

> [...] 1. O termo "vítimas" designa as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um dano, nomeadamente um dano físico ou mental, um sofrimento emocional, um prejuízo económico ou um atentado importante aos seus direitos fundamentais, em resultado de atos ou omissões que violem as leis penais em vigor nos Estados Membros, incluindo as leis que criminalizam o abuso de poder.

Sua figura teve amplo protagonismo nas civilizações da Antiguidade, visto que lhe assistia o direito de prosseguir a vingança ou obter uma compensação, de modo que os sistemas de punição antigos entendiam a compensação como uma das reações mais habituais frente ao delito (Moura, 2005, p. 7-20), tendo a vítima e sua família posição central, podendo requerer a vingança ou a compensação (Madlener; Madlener, 1995, p. 52). Assim, pode-se dizer que a relação entre o sistema penal e a vítima é de "idas e vindas, marchas e contramarchas" (Cabral, 2023, p. 235).

Foi com a evolução e o fortalecimento da ideia de Estado e a consolidação de sua pretensão de punir que o criminoso se tornou figura central do procedimento, com os atos posteriores ao fato girando em torno da busca da sua culpabilidade ou inocência e da necessidade ou não de imposição de pena (Moura, 2005, p. 7).

Diante disso, a concepção tradicional de Direito Penal reservou à vítima um papel secundário até a segunda metade do século XX[1], quando foi resgatada a preocupação dos estudiosos da criminologia com a defesa de seus interesses, cabendo a ela determinar o entendimento e inserir as fronteiras necessárias ao situar a vítima como pessoa cujo determinado direito foi lesado pelo autor de um crime (Nucci, 2021, p. 262).

No âmbito da criminologia, a denominada vitimologia é o campo científico que estuda as vítimas de fatos criminosos e os processos de vitimização[2], definida

---

[1] Como bem explicitado por Sergio Salomão Shecaira (2020, p. 55), o estudo da vitimologia surge logo após a 2ª Guerra Mundial, especialmente em face do martírio sofrido pelos judeus nos campos de concentração comandados por nazistas. O advogado israelita Benjamin Mendelsohn, professor da Universidade Hebraica de Jerusalém, é considerado fundador desse movimento criminológico, em razão de uma famosa conferência proferida em Bucareste, em 1947, intitulada *"Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia"*. No ano seguinte, Hans von Hentig, da Universidade de Yale, divulgou o livro *"O criminoso e sua vítima"* e tratou de forma sistemática o tema. A partir disso, os estudos evoluíram e são considerados de grande importância, tendo como particularidade questionar a aparente simplicidade em relação à vítima e mostrar, ao mesmo tempo, que o estudo da vítima é complexo, seja na esfera do indivíduo, seja na inter-relação existente entre autor e vítima.

[2] Existem diferenças substanciais entre os termos vitimologia e vitimização. A vitimização é a própria condição de vítima diante da prática de uma infração penal. Nesse sentido, Christiano Gonzaga (2023,

por Claus Roxin (2006, p. 25) como "a doutrina da vítima". Trata-se de disciplina que tem por escopo "o estudo da vítima, de sua personalidade, de suas características, de suas relações com o delinquente e do papel que assumiu na gênese do delito" e, em outras palavras, "seria o comportamento da vítima na origem do crime e do criminoso" (Gonzaga, 2023, p. 87).

A importância dos estudos vitimológicos reside no "exame do papel desempenhado pelas vítimas no desencadeamento do fato criminal", além de propiciar o estudo da problemática da assistência jurídica, moral, psicológica e terapêutica, mormente naqueles casos em que há violência ou grave ameaça à pessoa, deixando marcas e traumas (Shecaira, 2020, p. 55). A seu turno, os denominados vitimologistas buscam compreender a extensão dos danos causados à vítima e também maneiras de auxiliar essas pessoas em sua recuperação, bem como aprimorar o seu atendimento por intermédio de serviços sociais prestados (Dias, 2020, p. 128).

Claus Roxin (2006, p. 24-25) entende fazer parte da função social do Direito Penal a inclusão da vítima e a reparação do dano que lhe foi causado, notadamente quando ocorrer de forma voluntária e para delitos leves. Sob essa vertente, defende que "uma reparação voluntária prestada antes da abertura do procedimento principal (*Hauptverfahren*) leve a uma obrigatória diminuição da pena", concepção esta que teria "a vantagem de oferecer à vítima uma reparação rápida e não burocrática, que o Estado não conseguiria em muitos casos realizar diante de um devedor recalcitrante".

De mais a mais, diante da complexa relação jurídica existente entre a vítima e o Estado, em especial o interesse deste em manter e regular as instâncias de controle, é evidente ser necessária a efetiva colaboração das vítimas e sua participação ativa ao noticiar os delitos ocorridos e fornecer as informações necessárias para o exercício do *jus puniendi*, que prepondera sobre o interesse do próprio ofendido, uma vez que importa para a sociedade que a criminalidade seja coibida (Frade, 2012, p. 17).

O Direito Processual Penal conta com uma série de elementos capazes de valorar a figura da vítima, tornando-a elemento importante no processo. De acordo com o que preceitua a Constituição Federal, o Ministério Público é o fiscal da lei e titular da ação penal pública e, ao se adotar o sistema acusatório, se torna o representante da vítima dentro do sistema de justiça criminal.

---

p. 87-92) destaca a existência de três espécies de vitimização recorrentes na sociedade: a primária, a secundária e a terciária. Nesse sentido: "a primeira espécie de vitimização, chamada de primária, decorre dos efeitos do crime na vítima, ou seja, os danos que ele causa nela, como físicos, psíquicos e materiais. Quando se tem a prática de um crime, como um estupro, a vítima sofre uma gama de danos em decorrência desse único ato. Há o abalo psíquico, a violação ao seu próprio bem jurídico, consubstanciado na dignidade sexual, e até mesmo danos de ordem material, uma vez que a vítima, em muitas vezes, irá necessitar de um acompanhamento psicológico para afastar os fantasmas daquele dia fatídico em que ela foi violentada, tendo gastos com psicólogo". Já a secundária diria respeito à atuação das instituições estatais (controles sociais formais) diante de um crime, que ocorre quando a vítima vai buscar ajuda estatal diante da prática da infração penal sofrida por ela, isto é, ao chegar em uma Delegacia de Polícia em que os agentes públicos, em certos casos, não possuem o necessário preparo para o seu acolhimento, ela é novamente vitimizada. Por fim, a vitimização terciária "consiste no isolamento que a sociedade impõe à vítima diante da prática do crime a que ela foi submetida, como o estupro", visto que, nesse tipo de infração penal "é comum a vítima ser tratada com preconceito e ser alijada do convívio social, uma vez que muitas pessoas tendem a comentar o crime ocorrido e até mesmo atribuir parcela de culpa à vítima".

Assim, via de regra, o papel da vítima no processo é meramente passivo (Rosa; Rosa, 2023, p. 29), e, caso queira participar de forma ativa do processo, será necessário contratar assistente de acusação[3], o qual é cabível em todas as ações públicas e tem sua previsão legal no artigo 268 e seguintes do diploma processual penal, de forma que a ele será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público ou por ele próprio.

Esse contexto evidencia que o processo penal brasileiro, estruturado com base na existência de três sujeitos – o juiz (na posição de julgador), o acusador e o imputado/réu –, tradicionalmente não privilegia o papel da vítima com o devido valor, pois em regra, a titularidade da ação penal é do Ministério Público e apenas poucos delitos podem ser processados mediante queixa pela própria vítima.

Entretanto, resta evidente a necessidade de reconhecer o protagonismo da vítima no processo penal, admitindo a sua posição para além de mero auxílio da acusação, para que seus direitos sejam garantidos, bem como para que exponha "como ela gostaria que a violação do seu direito fosse reparada, se financeiramente, se com um pedido de desculpas, se mediante o cumprimento de pena, não existe esse espaço" (Rosa; Rosa, 2023, p. 33).

A reforma do Código de Processo Penal (CPP) de 2008 preconizou a figura da vítima, consagrando uma revalorização do ofendido no âmbito do procedimento criminal (Rieger; Camargo, 2009, p. 16), ao passo em que estabeleceu que este deve ser ouvido sempre que for possível, inclusive indicando provas (art. 201), e deve ser intimado de diversos atos processuais (art. 201, § 3º).

Outrossim, determinou o encaminhamento da vítima a atendimento multidisciplinar, "especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde", cujo pagamento deve ser efetuado pelo ofensor ou pelo Estado (art. 201, § 5º), além de impor ao juiz que tome as providências necessárias à preservação da intimidade do ofendido (art. 201, § 6º).

Além disso, são previstas a utilização das medidas assecuratórias para que a vítima busque o seu ressarcimento, que podem ser requeridas e decretadas em qualquer fase do procedimento criminal, antes do oferecimento da denúncia ou queixa e até mesmo após decisão final do processo, desde que ainda passível de recurso (Rieger; Camargo, 2009, p. 18). São elas: o sequestro (CPP, art. 125), a hipoteca legal (CPP, art. 134), o arresto de imóvel (art. 136) e o arresto de bens móveis suscetíveis de penhora (CPP, art. 137).

Em seu artigo 387, IV, o CPP prevê que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. No entanto, não previu qual seria o procedimento adequado para se adotar quanto à fixação de valores, razão pela qual os Tribunais superiores pacificaram o entendimento de que o arbitramento de indenização mínima pelo juiz, na sentença criminal, não poderia ser determinado de ofício, sem o expresso requerimento da vítima,

[3] Ensina Aury Lopes Jr. (2023) que o assistente da acusação "é uma parte secundária, acessória, contingencial, pois o processo independe dele para existir e se desenvolver", não figura como parte principal, "pois sua atividade processual é acessória em relação àquela desenvolvida pela parte principal, que é o Ministério Público". Quanto à legitimidade, poderá intervir como assistente o ofendido ou representante legal, ou, na falta destes, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

proporcionando-se ao réu a ampla defesa e o contraditório sobre os valores requeridos[4].

De qualquer forma, cabe questionar qual a real abrangência do valor indenizatório a ser fixado, que deverá ser objeto do contraditório e da ampla defesa, bem como observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando-se excessos.

Por fim, recente modificação legislativa com a implementação do artigo 400-A no CPP[5] surge com o intuito de proteger a vítima durante a audiência de instrução e julgamento, em especial as que apurem crimes contra a dignidade sexual, determinando que "todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo", vedadas manifestações sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos, bem como a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Foi em decorrência da mesma situação que surgiu o crime de violência institucional, por intermédio da Lei nº 14.321/2022, que incluiu o artigo 15-A no texto da Lei de Abuso de Autoridade, proibindo que a autoridade pública submeta a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver o fato, sem estrita necessidade. Os dois dispositivos recentemente inseridos têm o condão de vedar algumas condutas atentatórias consideradas ofensivas, bem como evitar a chamada revitimização.

No Direito material também se verifica a prevalência da figura da vítima e da reparação do dano como fator de grande importância. O artigo 16 do Código Penal (CP) prevê a figura do arrependimento posterior, que figura como causa de diminuição de pena de um a dois terços naqueles crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, quando reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente.

O artigo 83, IV, do CP, indica que a reparação do dano é condição para a concessão do livramento condicional, exceto quando não for possível fazê-la. No que concerne ao tema dos efeitos da condenação, o artigo 91, I, do CP, torna certa a obrigação de indenizar, como efeito extrapenal. Assim sendo, a sentença penal

---

[4] Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2015) defendem que deve ser garantido o devido processo legal, arrolando testemunhas e requerendo perícia sobre o valor da extensão dos danos e valores a se indenizar. Assim, o pedido de indenização deve: "a) constar expressamente na denúncia ou queixa, expressado em valores; b) ser objeto da instrução processual para fixação do seu *quantum*, especialmente com a produção de provas; c) constar do pedido de alegações finais; d) ser analisado na sentença nos limites formulados. Sem que haja pedido e contraditório, violada estará a congruência da sentença e o devido processo legal. Por fim, sendo disponível, a vítima poderá não executar o valor, bem assim buscar a sua complementação. E como direito, não pode ser obrigada". Assim também: Nucci, 2021, p. 271. Por fim, à título de exemplo, tem-se precedente do STJ: HC nº 321.279/PE, 5ª Turma, Relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, j. 23/06/2015, DJe 03/08/2015.

[5] Conhecida como "Lei Mariana Ferrer", a Lei nº 14.245/2021 foi decorrente do caso da influenciadora digital Mariana Ferrer, a qual participou da audiência de um processo no qual se apurava uma acusação de crime contra a dignidade sexual, sendo a única mulher da audiência, além de suposta vítima. Na ocasião, a vítima narrou ter sido tratada como se fosse a responsável pelos fatos que havia denunciado, sentindo-se humilhada pelo advogado de defesa do acusado, sem uma intervenção oportuna e eficiente por parte do juiz e do defensor público nomeado para assisti-la. Sobre o tema, *vide*: Agência Senado (2021) e Moreira (2022).

condenatória faz coisa julgada no âmbito cível, valendo como título executivo judicial que deve ser liquidado, conforme artigo 515, VI, do Código de Processo Civil.

Contudo, como bem ponderado por Cezar Roberto Bitencourt (2023, p. 444), "a vítima ou seus sucessores não estão obrigados a aguardar o desfecho da demanda criminal, podendo buscar o ressarcimento do dano através de ação própria no juízo cível", até porque, a obrigação de indenizar não se trata de pena criminal, mas de efeito da condenação, transmitindo-se aos herdeiros do delinquente, até os limites da herança.

No que tange à dosimetria da pena, o artigo 59 estabelece que o comportamento da vítima é uma das circunstâncias judiciais que servem para o magistrado fixar a pena-base do delito.

Acerca do tema, a lei penal também destaca circunstâncias de diminuição e elevação da pena do acusado, voltando-se diretamente à vítima do crime, como bem destacado por Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 267). É o caso das seguintes agravantes genéricas previstas no artigo 61 do CP, de quando o crime for cometido: i) mediante traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, ou seja, quando a vítima não teve a oportunidade de se defender (CP, art. 61, II, *c*); ii) contra criança, maior de sessenta anos, enfermo ou mulher grávida, havendo, aqui, uma presunção legal de a vítima ser mais fraca que o autor do delito (CP, art. 61, II, *h*); iii) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido, que diz respeito à situação excepcional em que se encontra a vítima, da qual se aproveita o agressor (CP, art. 61, II, *j*).

Além disso, a pena será atenuada quando o agente agir "sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima" (CP, art. 65, III, *c*), observando-se "o comportamento do ofendido para mensurar, nessa hipótese em favor do acusado, a sua pena" (Nucci, 2021, p. 267).

Na legislação extravagante, a Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais) criou um microssistema de modelo de justiça penal negociada, priorizando a reparação do dano em favor do ofendido em detrimento da punição do infrator (Rieger; Camargo, 2009, p. 18). Portanto, prevê em seu artigo 62 que sempre que possível deverá ocorrer a reparação dos danos sofridos pela vítima e, mais adiante, o artigo 72 e seguintes regulamentam a conciliação e a composição, em sede de audiência preliminar, buscando uma solução pactuada entre a vítima e o suposto agressor, por intermédio do juiz ou conciliador (Vasconcellos, 2015, p. 101-102).

Esses instrumentos servem como medidas salutares que têm como objetivo proporcionar "efetividade, elidir a capacidade de burocratização processual, proporcionar a despenalização, celeridade na resposta estatal e satisfação da vítima pela reparação dos danos causados pelo acordante ou acusado" (Barros, 2020, p. 11).

Vê-se que na justiça penal negociada há incentivo à participação dos atores processuais na busca de uma convergência de vontades, podendo ser definida como um:

> [...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento

> do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. (Vasconcellos, 2015, p. 55-56)

A partir dos institutos de justiça penal negociada supramencionados, é correto afirmar que o ofendido não possui atuação determinante na elaboração do acordo, o qual se pauta, via de regra, por diálogos realizados entre o órgão acusador ministerial e a defesa (acusado e seu advogado) (Vasconcellos, 2015, p. 56-57).

Como bem explicitado por Luísa Walter da Rosa e Alexandre Morais da Rosa (2023, p. 30), estes mecanismos serviram e ainda servem como mudanças paradigmáticas no modo como se enxerga o Processo Penal e seus objetivos, incorporando preocupações como a dignidade e o respeito às vítimas, ao passo em que se abdica de uma posição tradicional única que assim se permita

> [...] a coexistência de um processo penal que mitiga a obrigatoriedade da ação penal e a legalidade estrita, para privilegiar a autonomia privada das partes e o direito de escolha do acusado, enquanto sujeito de direitos, de resolver o conflito diretamente com a vítima.

À vista disso, tecidas as considerações a respeito das normativas vigentes, que inserem a vítima em posição de proeminência no âmbito penal e processual penal, surge o mais amplo instrumento de negociação penal, o intitulado ANPP, abrangendo cerca de 90% dos crimes do CP e impondo análise contundente acerca do papel da vítima no âmbito das negociações e enquanto sujeito de direitos, o que será discorrido no capítulo a seguir.

## 3 O surgimento do acordo de não persecução penal e a reparação do dano como elemento essencial para sua formalização

Objetiva-se, neste capítulo, identificar os limites e contornos da participação da vítima no âmbito do ANPP ante o disposto na legislação vigente, bem como compreender quais são os meios legais de legitimação da sua vontade como sujeito de direitos. Desde logo, entende-se que a sua presença não pode se restringir aos aspectos de ressarcimento, tendo o direito de ter voz no processo penal democrático (Kershaw; Oliveira, 2021).

Com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), foi positivada a figura ANPP no artigo 28-A do CPP, que surge como alternativa ao processo penal tradicional e permite que o órgão acusatório pactue tratativas com o investigado/réu por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima atribuída não seja superior a quatro anos, quando estiverem cumpridos alguns requisitos legais, como a confissão formal e circunstancial do delito praticado e a reparação do dano à vítima, salvo quando não for possível fazê-lo.

Para além disso, também serão fixadas algumas obrigações que devem ser realizadas por parte do imputado, com a posterior homologação por parte do Juízo competente. Tais obrigações, se cumpridas, ensejam a extinção da punibilidade

do agente, excluindo qualquer possibilidade de condenação criminal posterior em razão dos mesmos fatos e fundamentos, ficando o legitimado impedido de exercer a ação penal por meio de denúncia ou queixa-crime (Rosa; Rosa, 2023, p. 30).

Em sendo o caso de ação penal pública incondicionada, cabe, exclusivamente, ao Ministério Público verificar se estão cumpridos os requisitos e se a realização do acordo seria elemento suficiente para a repressão e prevenção da prática criminosa, não se tratando, portanto, de direito subjetivo do réu, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), apesar de eventual negativa para sua propositura ter que ser acompanhada por justificativa suficiente. Vale a pena transcrevê-lo:

> AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE.
> 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.
> 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições".
> 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. AgR no HC n. 191.464/SC – STF – 1ª Turma - Rel. Min. Roberto Barroso – DJe 26/11/2020).
> 4. Agravo Regimental a que nega provimento.
> (STF, AgR no HC nº 191.124/RO, 1ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 08/04/2021, DJe 12/04/2021)

Nessa toada, entende-se ser irrelevante a opinião da vítima sobre a oferta ou não do ANPP ao imputado, visto que não detém legitimidade ou capacidade para avaliar se estão presentes os seus requisitos.

A reparação do dano figura como primeira condição a ser estabelecida quando da formalização do ANPP, sendo expressa a sua necessidade, "exceto na impossibilidade de fazê-lo", e se trata de uma das condições mais importantes do ANPP (Cabral, 2023, p. 236). É imprescindível que o ofensor, a seu turno, comprove efetivamente eventual argumento de incapacidade de reparação de dano, não bastando a mera alegação de insuficiência de recursos.

Essa previsão vai na linha de uma tendência recente de revalorização da vítima como um dos instrumentos para concretizar a pacificação social, tornando aceitável dizer que a vítima pode participar da formulação e efetivação do ANPP (Trevisan, 2023, p. 374), sem deixar de lado a possibilidade de buscar a esfera cível para a reparação do dano, concomitantemente.

Cumpre destacar que existe óbice expresso à realização do acordo nos casos envolvendo violência doméstica familiar ou contra a mulher em razão de gênero, tendo em vista o arcabouço legal implementado pela Lei nº 11.340/2006, que visa coibir a violência de gênero. Por essa razão, a vítima que se enquadra nessa

possibilidade não será submetida aos ditames do dispositivo em questão, mas tão somente ao processo penal tradicional.

Não há previsão legal da efetiva participação da vítima nas tratativas do acordo, ao passo em que, além da reparação do dano, a sua existência nos termos da lei se limita à determinação de que seja intimada da homologação do ANPP e de seu eventual descumprimento, conforme preceitua o § 9º do artigo 28-A do CPP. De qualquer maneira, as tratativas podem ser consideradas uma oportunidade para que se estabeleça uma comunicação, direta ou indireta, entre a vítima e o autor da ofensa (Bonavides; Souza; Silva, 2020).

Contudo, conforme será proposto, é importante que a atuação prática do sistema de justiça a reconheça como sujeito de direitos e forneça o direito de participar da construção do provimento consensual, isto é, dos termos do acordo (Rosa; Rosa, 2023, p. 38), não se podendo olvidar que o Ministério Público é o titular da ação penal, consoante artigos 127 e 129 da Constituição Federal e que a vítima se encontra em uma posição pré-processual, não tendo sequer legitimidade para se habilitar como assistente de acusação.

Em um primeiro momento, a identificação daquele que deve ser indenizado é uma das figuras centrais da questão, visto que, muitas vezes, isso não é uma tarefa simplória, exigindo definições técnicas precisas. Conforme interpretação adotada por Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2023, p. 236), quando o dispositivo em questão fala em reparação do dano, não limita essa reparação à vítima direta, compreendendo ser necessária a adoção de um conceito amplo de vítima, "incluindo toda pessoa, física ou jurídica, que tenha sido diretamente atingida pela ação delitiva ou tenha figurado como prejudicada indireta dessa prática".

Nesse aspecto, o ofendido pode ser aquele que sofreu danos de cunho civil, material ou moral, em virtude da infração penal, ainda que não seja titular do bem jurídico violado, o que pode incluir, por exemplo, familiares, pessoas atingidas pelo fato ou outro terceiro afetado civilmente, como a seguradora que reparou danos materiais (Cabral, 2023, p. 237).

Defende-se que a reparação do dano deve englobar tanto os danos materiais/patrimoniais quanto os morais, nos termos do artigo 5º, V e X, da Constituição Federal.

Em relação ao dano material, considera-se que esse "atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente" (Cavalieri Filho, 2023, p. 94), abrangendo não só as coisas corpóreas (casa, automóvel, livro, etc.), mas também as coisas incorpóreas, como por exemplo os direitos de crédito. Consiste na efetiva diminuição do patrimônio e pode ser reparado diretamente (mediante a restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão) ou indiretamente (por meio de equivalente ou indenização pecuniária).

Por seu turno, como bem salientado por Sergio Cavalieri Filho (2023, p. 105-107), o dano moral pode ser conceituado por dois aspectos distintos, quais sejam, em sentido estrito e em sentido amplo: o primeiro deles entende ser o dano moral a violação do direito à dignidade, tendo sido por essa razão que a Constituição Federal inseriu, em seu artigo 5º, V e X, a plena reparação do dano moral; já o segundo é a violação de algum direito ou atributo da personalidade, que constituem a essência do ser humano, independentemente de raça, cor, fortuna, cultura, sexo, idade, nacionalidade etc.

Em linhas gerais, define-se como "uma agressão a um bem ou atributo da personalidade" (Cavalieri Filho, 2023, p. 107), de maneira que, por ser de natureza imaterial, é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas haver compensação em desfavor ao causador do dano, sendo mais uma satisfação do que uma indenização.

Identificadas tais premissas, faz-se necessário defender que a vítima, para que possa ser efetivamente ressarcida pelo dano que lhe foi gerado, seja vista como mais um sujeito do processo penal, "sem que isso implique em redução dos direitos do acusado ou limitação da atuação do processo penal como garantia constitucional" (Rosa; Rosa, 2023, p. 34), retirando-a da posição de mero auxílio da acusação.

Em sendo o caso de a vítima perder algum bem que lhe pertence, em razão do delito, "deve ser estabelecida a necessidade de imediata restituição desse bem, o que pode incluir a devolução da posse sobre bens móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis" (Cabral, 2023, p. 238).

Entretanto, é imprescindível ressaltar que o ANPP não deve se limitar à reparação do dano, mas sim incluir outras medidas, visto que "a avença, como equivalente funcional da pena, deve também cumprir sua função preventiva, que é reforçada pela previsão dessas outras obrigações" (Cabral, 2023, p. 238).

Ainda que se afirme que o legislador tenha conferido certa importância à figura da vítima quando instituiu que ela deve ser informada sobre os detalhes do acordo a ser firmado, o seu consentimento ou a sua opinião não é fator que será levado em consideração segundo o teor da lei, uma vez que cabe ao órgão acusador e ao acusado a formalização do termo, inexistindo, inclusive, previsão legal de interposição de recurso no caso de não concordar com os termos aventados.

A despeito da efetiva participação da vítima na celebração do acordo, Aury Lopes Jr. (2023, p. 96) discorre que ela não participa do acordo, mas é intimada da homologação, não podendo se opor a ele e de eventual descumprimento, mas nada impede que sua presença seja importante para melhor definição das condições a serem cumpridas, notadamente a reparação do dano. O autor também afirma que seria coerente a intimação da vítima em caso de não homologação, visto que, a depender da casuística, poderia ser proposta a ação penal privada subsidiária da pública.

Idealiza-se que a vítima participe de forma ativa junto ao órgão acusatório para identificar como poderá/deverá ser feita a reparação do dano que lhe foi causado, visto que é ela a real interessada na sua efetivação. Possibilidade plausível é a sugerida por Beatriz Trevisan (2023, p. 377), que entende ser viável a abertura de espaço para que a parte ofendida possa, antes da audiência por meio de petição ou na própria audiência, participar e sugerir alterações nas cláusulas do acordo, ficando a cargo do *Parquet* a decisão sobre a pertinência das discussões, a proporcionalidade e a compatibilidade das sugestões, bem como a apresentação de uma versão final da proposta, prezando sempre pela oralidade.

Por conseguinte, Rodrigo Cabral (2023, p. 240) defende que, sempre que for possível, na delegacia ou no próprio momento da celebração do acordo, seja indagado à vítima qual foi o dano causado, bem como quais as razões que a levam a concluir por esse prejuízo, como ela entende que deve ser feita a reparação e qual forma de pagamento seria mais eficaz.

Tal argumento é corroborado por Luísa Walter da Rosa e Alexandre Morais da Rosa (2023, p. 40), que defendem que essas questões devem ser melhor operacionalizadas na prática: a vítima, acompanhada de seu advogado, pode participar das tratativas junto ao órgão acusatório, para que seja ouvida e se manifeste sobre a reparação do dano, em qual instituição gostaria que a prestação de serviços à comunidade fosse realizada, à qual instituição o valor da prestação pecuniária poderia ser destinado, "ou até mesmo dispensar todas essas condições e optar pela realização de sessões de mediação penal ou justiça restaurativa para resolver o conflito, como condição alternativa".

Outrossim, em sendo o caso de vítima hipossuficiente, incumbe ao Estado a nomeação de defensor público ou dativo para promover assistência aos seus direitos, sem prejuízo da criação de núcleos especializados com essa finalidade.

Recomenda-se a participação da parte ofendida, cabendo ao Promotor de Justiça ponderar os aspectos relativos à vítima, atendendo aos pedidos que se mostrarem razoáveis, não se podendo olvidar que o órgão acusatório "está vinculado ao interesse público de fazer justiça, evitando-se, portanto, eventuais pretensões indenizatórias abusivas e destituídas de lastro probatório nos autos" (Cabral, 2023, p. 240).

Noutro giro, é certo que deve haver limites para essa participação, para que valha a intenção do legislador de composição dos danos e a intenção processual penal de pacificação social,

> [...] sem que necessariamente tenha o condão de se manifestar contra qualquer tipo de composição em abstrato, por mera arbitrariedade, e sem que busque estender indefinidamente a discussão sobre a indenização à qual teria direito, quase incorporando um processo civil dentro da seara penal, de modo a macular o objetivo da celeridade e desafogamento do Judiciário. (Trevisan, 2023, p. 377)

Assim sendo, na perspectiva da justiça penal negociada, a relação da vítima dentro da relação processual não pode ser limitada, cabendo ao órgão acusatório mediar e formular um juízo de ponderação diante do caso concreto, considerando o ato praticado pelo imputado e o prejuízo suportado pela vítima, para que as tratativas cheguem o mais perto possível de um resultado justo.

Como bem ponderado por Mariane de Matos Aquino (2022), o papel da vítima deve fazer parte dos debates acadêmicos, para que seja possível analisar balizas que estabeleçam um limite entre a necessidade de atribuição de importância da vítima e as garantias do investigado na realização do ANPP.

Há quem defenda que admitir a reparação como terceira via do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, torna a Justiça mais eficaz e menos dispendiosa, por meio da intitulada justiça restaurativa. Isso não quer dizer compensar o dano civil decorrente do delito, mas buscar atingir uma "compensação das consequências do delito, mediante uma prestação voluntária por parte do autor, que terminaria servindo de mecanismo de restabelecimento da paz jurídica" (Santana, 2011, p. 67-88).

Argumenta-se, portanto, que a reparação como "terceira via" teria alguns argumentos fundamentais a seu favor:

> [...] interesse da vítima é, em muitos casos, mais bem atendido pela reparação do que por uma pena privativa de liberdade ou pecuniária; em muitos casos, de pequena ou média criminalidade, a reparação é suficiente para satisfazer as necessidades de estabilização contrafática das expectativas comunitárias na vigência da norma violada, tornando-se desnecessárias quaisquer outras sanções penais; à reparação deve atribuir-se um acentuado efeito ressocializador, na medida em que obriga o autor do delito a se entreter com as consequências da sua conduta para a vítima, e pode, inclusive, conduzi-lo a um acordo com ela, ou, quando menos, a uma mútua compreensão e ao perdão "moral" da falta por ele cometida – o que, por seu lado, reforça a vigência e a validade da norma violada, contribuindo para o restabelecimento da paz jurídica atingida pelo cometimento do delito. (Santana, 2011, p. 67)

Especificamente no que se refere aos crimes contra o patrimônio (furto, estelionato, receptação etc.), alguns estudiosos entendem que a adoção de práticas restaurativas como alternativa primária à tutela penal punitiva poderia ser eficaz (Pacheco, 2019).

Essas práticas conferem atenção aos sentimentos, necessidades e expectativas da vítima em uma perspectiva de compreensão das causas e das consequências trazidas pelo delito, de empoderamento, de reparação e de restauração da sensação de segurança. Dessa forma, considerando ser o ofendido a pessoa diretamente afetada pelo crime, esta pode ser a melhor figura "para evidenciar as consequências do crime, definir os parâmetros para a reparação de seus danos, censurar dialogicamente as ações do seu ofensor, possibilitando que esse conheça a dimensão de seus atos, e torne evidente os aspectos relacionais do conflito" (Bonavides; Souza; Silva, 2020, p. 9).

É nesse bojo que surgem movimentos que buscam a implementação da intitulada Justiça restaurativa, defendendo uma ampliação de respostas alternativas à pena. Com o surgimento da figura do ANPP, a doutrina tem se inclinado a defender que, a partir de uma compreensão vista em favor da vítima, a justiça restaurativa possui papel relevante em sua celebração.

Nesse aspecto, o uso da justiça restaurativa parece proveitoso por possibilitar que as cláusulas do acordo voltem ao sentimento pessoal da vítima e à consequente restauração do tecido social possivelmente danificado pela ocorrência do crime, bem como minimizando a possibilidade de vitimização secundária e terciária (Trevisan, 2023, p. 378).

## 4 Uma proposta de ampliação do espectro de atuação da vítima no âmbito do processo penal brasileiro

Conforme apresentado, na prática, não tem se efetivado a necessária inclusão da vítima como parte relevante do processo, notadamente em razão do protagonismo exercido pelo autor da prática delitiva. Inclusive, carecem os órgãos públicos de técnica e instruções suficientes para amparar uma abordagem em favor da vítima.

Em recente decisão prolatada pela 6ª Turma do STJ, no RMS 70.338/SP, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, foi reconhecida a possibilidade de interposição de recurso pela vítima que teve arquivado o seu inquérito policial por lesão corporal

no âmbito de violência doméstica, tendo em vista que não foram realizadas as diligências possíveis.

Em posição inovadora na Corte, compreendeu-se ser possível a impetração de mandado de segurança para impugnar a decisão de arquivamento – em hipóteses excepcionalíssimas – quando houver flagrante violação a direito líquido e certo da vítima. Segundo o acórdão, admitir o mandado de segurança na espécie encontra fundamento no dever de que se assegure às vítimas de possíveis violações de direitos humanos (como nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher) o direito de participação em todas as fases da persecução criminal, inclusive na etapa investigativa.

O voto da relatora ressalta que, ainda que se tenham introduzido no ordenamento jurídico brasileiro dispositivos despenalizadores, que mitigaram o princípio da obrigatoriedade da ação penal, permanece hígida a premissa de que o Ministério Público não pode deixar de propor a ação penal quando presentes os requisitos legais, salvo expressa autorização legal.

No caso concreto, o órgão acusatório encerrou o inquérito policial sem apurar a possível situação de violência doméstica, alegando suposta fragilidade probatória, no entanto, a palavra da vítima estava alicerçada por laudo pericial, constatando a existência de múltiplas lesões e atestando ter havido ofensa à sua integridade corporal. Ademais, não se exige que toda a dinâmica dos fatos seja esclarecida antecipadamente à ação penal.

Portanto, a omissão na realização de diligências que poderiam melhor esclarecer a situação não se sustentou, tendo sido determinada a reabertura da investigação, reconhecido o direito líquido e certo da parte recorrente. Isso mostra que os próprios Tribunais superiores têm adotado uma visão de garantia e proteção em favor da vítima, atestando a segurança que o Estado deve fornecer.

No que toca ao ANPP, ainda não se têm decisões sobre o manejo de recursos da vítima – até porque não há previsão legal. Todavia, em sendo o caso de eventual ausência de sua participação ou até quando houver arquivamento sem investigação, defende-se ser possível a impetração de mandado de segurança para garantir cautelarmente o direito da vítima.

De todo modo, convém mencionar o disposto no artigo 28, § 1º, do Código de Processo Penal, no sentido de que, se a vítima ou seu representante legal não concordarem com o arquivamento do inquérito policial, é possível que, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, a matéria seja submetida à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

Nesse aspecto, relevante observar que, nos Estados Unidos (EUA), em 2004, foi editada a Lei dos Direitos das Vítimas de Crimes Federais (*Federal Crime Victims' Rights Act of 2004*), conhecida pela sigla CVRA e integrada ao conjunto de leis federais (U.S. Code), no capítulo 18, § 3.771, concedendo às vítimas de crime federal os seguintes direitos:

> [...] a) ser razoavelmente protegido do acusado;
> b) ser notificado de maneira razoável, precisa e oportuna de qualquer processo judicial público, ou de qualquer pedido de liberdade condicional formulado pelo réu, envolvendo o crime ou de qualquer soltura ou fuga desse;

> c) não ser excluído de qualquer processo judicial público, a menos que o tribunal, depois de receber provas claras e convincentes, determine que o depoimento da vítima seria materialmente alterado se ela ouvisse outro depoimento nesse mesmo processo;
> d) ser razoavelmente ouvido em qualquer processo público no tribunal de primeira instância que envolva soltura, confissão, sentença ou qualquer pedido de liberdade condicional;
> e) consultar razoavelmente o advogado do governo no caso;
> f) ter restituição total e oportuna do que perdeu com o crime, nos termos da lei;
> g) participar de um processo livre de atrasos injustificados;
> h) ser tratado com justiça e respeito pela sua dignidade e privacidade de vítima [tradução livre].

Do mesmo modo que costuma ocorrer no Brasil, nos EUA essa lei federal demorou para ter uma aplicação efetiva. Por vezes, alguns procuradores federais, agiram de molde a iludir as vítimas de crime, afirmando de maneira inexata que seus direitos estavam sendo levados em consideração no processo de confissão negociada (Tung, 2020-2021, p. 448). E as coisas são mais complexas nos EUA, na medida em que o acordo de confissão negociada lá não é meramente um acordo de não persecução. No Processo Penal dos EUA, o acordo se encerra com o adimplemento das obrigações constantes do acordo e a prolação de uma sentença condenatória, que impede uma nova persecução penal pelo mesmo fato. Uma das obrigações resultantes desse acordo pode ser a não persecução penal de crimes por parte do promotor do caso.

Em 2006, na Flórida, agentes do Escritório Federal de Investigação (FBI) começaram uma investigação para apurar alegações de meninas menores de idade e de seus pais no sentido de que elas teriam sofrido abusos sexuais por parte de um milionário nova-iorquino muito famoso na época, Jeff Epstein. Essas investigações lograram levantar provas de que dito milionário, auxiliado por uma senhora inglesa de nome Ghislaine Maxwell, atraía para suas residências na Flórida – uma delas situada em uma ilha particular – meninas e adolescentes, para com elas praticar todo tipo de atividade sexual, algumas consentidas e outras não, entre outros crimes federais. O caso foi entregue a uma equipe de procuradores federais (*U.S. Attorneys*), que firmou um acordo de confissão negociada com Jeffrey Epstein (Tung, 2020-2021, p. 448).

Durante as negociações do acordo, o investigado insistia muito em não ser registrado como criminoso sexual. Dizia que aceitaria confessar um crime, desde que não fosse um crime sexual. Sem a participação das vítimas e seus representantes, o acordo foi firmado e Epstein confessou a prática, por duas vezes, de crime estadual, solicitação de prostituição (*solicitation of prostitution*), envolvendo uma menor de idade, com aplicação de pena privativa de liberdade de dezoito meses na prisão, um tempo consideravelmente menor do que provavelmente receberia se fosse condenado depois de um processo penal completo. Além do tempo reduzido, o juiz concedeu-lhe diversos privilégios, como o de trabalhar durante a execução de sua pena. Em acréscimo a esse acordo de confissão negociada, Epstein firmou, com os procuradores federais, um acordo de não persecução (*non prosecution agreement*) relativo aos crimes federais a ele atribuídos, ao qual as vítimas não tiveram acesso, até que estivesse assinado (Tung, 2020-2021, p. 448).

Ao saberem do acordo e da pena insignificante aplicada a Epstein, algumas vítimas e suas famílias contrataram um advogado, que iniciou um processo para anular o acordo, com base na Lei dos Direitos das Vítimas de Crimes Federais[6]. Antes do final desse processo, porém, Epstein foi recolhido à prisão em julho de 2019, para responder à acusação da prática de dezenas de crimes sexuais e encontrado morto pouco mais de trinta dias depois, em agosto de 2019, enquanto ainda aguardava julgamento. O tribunal federal de apelações do 11º Circuito, porém, não deu ganho de causa às vítimas[7], o que ocasionou acerbas críticas (Cassell; Edwards; Peck, 2021).

Todo esse caso demonstra como é longo o caminho ainda a trilhar no que diz respeito ao respeito aos direitos fundamentais das vítimas de crimes, mesmo nos EUA, país pioneiro nessa discussão, evidenciando que os direitos das vítimas ainda engatinham.

## 5 Considerações finais

No decorrer deste trabalho, objetivou-se analisar a figura da vítima no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal, bem como a necessidade de garantia do seu acesso à jurisdição, não somente para fins de reparação do dano, mas como parte detentora de direitos fundamentais que devem ser observados, sopesando-os também com os direitos do imputado/acusado.

Especificamente sobre o ANPP, é adequado propor que se escute a vítima previamente ao acordo, para que se compreenda a extensão dos danos – materiais e morais – por ela suportados, sendo intimada para, querendo, constituir advogado, e, caso esteja diante das condições de hipossuficiência legalmente previstas, que lhe seja nomeado um advogado dativo ou que busque a defensoria pública. Desse modo, ao garantir a sua participação nas tratativas que envolvem a celebração do acordo, a vítima serviria como uma espécie de auxílio ao *Parquet*, o qual representa o interesse público e é fiscal da lei.

Nesse sentido, busca-se evitar que a vítima assuma os papéis do Promotor de Justiça, ao passo em que este é o legítimo detentor da ação penal pública e deverá conduzir a questão, mediando, ponderando e estabelecendo o que é conveniente diante de um viés de punição, reparação e prevenção do delito praticado pelo imputado, dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

[6] Cf. a obra em que são descritas as marchas e contramarchas desse processo, de autoria do advogado das vítimas e uma das jornalistas que cobriu o caso: Edwards; Henderson, 2020, 400 p.

[7] *In re* Wild, 955 F.3d 1196, 1200 (11th Cir.), *rehearing em banc granted*, *opinion vacated*, 967 F.3d 1285 (11th Cir. 2020).

## Referências

AQUINO, Mariane de Matos. Participação da vítima no acordo de não persecução penal. *Consultor Jurídico*, 06 maio 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-06/mariane-matos-vitima-acordo-nao-persecucao-penal#_ftnref3. Acesso em: 22 jan. 2024.

BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos criminais.* Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal:* parte geral (arts. 1º a 120). 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, *e-book*.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SOUZA, Willian Lira de; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. A valorização da vítima e a justiça restaurativa no âmbito do acordo de não-persecução penal. *In:* CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda. *Pacote anticrime:* v. I. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020.

BRASIL. Agência Senado. *Sancionada Lei Mariana Ferrer, que protege vítimas de crimes sexuais em julgamentos*. 23 nov. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/23/sancionada-lei-mariana-ferrer-que-protege-vitimas-de-crimes-sexuais-em-julgamentos. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021*. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em:

http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14245.htm. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 70.338/SP,* 6ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 22/08/2023, DJe 30/08/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 321.279/PE*, 5ª Turma, Relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, j. 23/06/2015, DJe 03/08/2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500854104&dt_publicacao=03/08/2015. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 70.338/SP*, 6ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 22/08/2023, DJe 30/08/2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true&operador=e&livre=%28%28+%2870338%29%29%29+E+%40CDOC%3D%272331259%27. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 191.124/RO*, 1ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 08/04/2021, DJe 12/04/2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755564653. Acesso em: 08 fev. 2024.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A reparação do dano no acordo de não persecução penal. *In:* DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; ROSA, Luísa Walter da. (Org.). *Justiça penal negociada.* 1. ed. Florianópolis: Emais, 2023.

CASSELL, Paul G.; EDWARDS, Bradley J.; PECK, Jordan. Circumventing the crime victims' rights act: a critical analysis of the eleventh circuit's decision upholding Jeffrey Epstein's secret non-prosecution agreement. *Michigan State Law Review*, p. 211-254, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 16. ed. Barueri: Atlas, 2023, *e-book*.

DIAS, Felipe da Veiga. *Introdução à criminologia.* 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, *e-Book*.

EDWARDS, Bradley J.; HENDERSON, Brittany. *Relentless pursuit*: my fight for the victims of Jeffrey Epstein. Nova Iorque: Gallery Books, 2020.

FRADE, Edison Vlademir de Almeida. *Os direitos da vítima da criminalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 236 p., 2012.

GONZAGA, Christiano. *Manual de criminologia.* 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, *e-book*.

KERSHAW, Gustavo Dias; OLIVEIRA, Valéria Cristina Meira de. O indivíduo vitimado pelo crime e o ANPP. *Consultor Jurídico*, 14 set. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-set-14/meira-kershaw-individuo-vitimado-crime-anpp. Acesso em: 22 jan. 2024.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, *e-book*.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Indenização mínima na sentença penal hoje é uma forma de revitimização. *Consultor Jurídico*, 26 jun. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jun-26/limite-penal-indenizacao-minima-sentenca-penal-hoje-forma-revitimizacao. Acesso em: 22 jan. 2024.

MADLENER, Kurt; MADLENER, Silvia Marlice. Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais (1ª parte). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 3, n. 10, p. 52-57, abr./jun. 1995.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A revitimização e o novo delito de abuso de autoridade. *Consultor Jurídico*, 09 abr. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-abr-09/romulo-moreira-revitimizacao-delito-abuso-autoridade#_ftn9. Acesso em: 22 jan. 2024.

MOURA, José Adriano Souto de. As vítimas de crimes: contributo para um debate transdisciplinar. *Revista do Ministério Público*, n. 103, p. 7-20, jul./set. 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Criminologia.* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ONU. *Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985*. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-princjusticavitimas.pdf. Acesso em: 22 jan. 2024.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Breves considerações sobre a revalorização da vítima e a reparação do dano no processo penal brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 66, n. 200, p. 15-29, jan./jun. 2009.

ROSA, Luísa Walter da; ROSA, Alexandre Morais da. A participação da vítima na negociação do acordo de não persecução penal: o reconhecimento do seu papel como sujeito de direitos. *In:* DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; ROSA, Luísa Walter da. (Orgs.). *Justiça penal negociada.* 1. ed. Florianópolis: Emais, 2023.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTANA, Selma Pereira de. A racionalidade penal moderna versus a reparação à vítima do delito como terceira via. *Revista direitos humanos fundamentais*, Osasco, v. 17, n. 2, p. 67-88, ago./dez. 2011.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia.* 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TREVISAN, Beatriz Massetto. A extensão da participação da vítima no acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 343-386, jan./abr. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

TUNG, Yin. Learning from the Jeffrey Epstein Mess. *University of Kansas Law Review*, n. 69, p. 447-492, 2020-2021.

Data de submissão: 30 set. 2024
Data de aprovação: 08 dez. 2024

Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# Notas sobre la Constitución Federal de la República Argentina [1]

*Notes on the Federal Constitution of the Argentine Republic*

*Notas sobre a Constituição Federal da República Argentina*

***Raúl Gustavo Ferreyra***

Catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Postdoctor en Derecho, Facultad de Derecho (UBA). Doctor en Derecho (UBA).
Lattes: http://lattes.cnpq.br/0822207879511147
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5089-8136

**RESUMEN**: Estas "Notas" constituyen una disertación doctrinaria sobre el sistema jurídico predispuesto por la Constitución federal de la República Argentina. Se aborda el fundamento constitucional del Estado argentino, así como temas relativos a la creación, realización, modificación e interpretación constitucional. En este sentido, se destaca que la Escritura fundamental contiene la razón de las razones del Derecho argentino. Por ello, únicamente la Escritura fundamental dispone con autoridad suprema la totalidad de la regulación institucional constituyente para las relaciones de la ciudadanía y el ejercicio controlado de los poderes, al proveer su propio protocolo para validar una reforma de sus enunciados de Derecho. Esos cambios, ora parciales, ora totales, siempre han de respetar la intangibilidad de la república como forma de gobierno y de la democracia como forma de orientación política del Estado. Así, queda claro que la democracia configura la coexistencia armónica en la sociedad. Una ciudadanía en armonía garantiza la paz comunitaria durable, la misión más alta de la Escritura fundamental del Estado argentino. Esto demuestra que, en pleno siglo XXI, la convivencia comunitaria de la ciudadanía y su pacífico crecimiento deben desenvolverse en un mundo de reglas, el ordenado supremamente por la Escritura fundamental, la única autoridad para que fuese realizable el ideal del gobierno del Derecho. Por lo tanto, se debe enfatizar que, aún frente a las diferentes necesidades de la comunidad, nada justifica la creación de Derecho por encima de la Constitución, ya que no existe fuente de necesidad suprema que pueda elevarse o equiparar a la Ley fundamental, en la inteligencia de que en un Estado constitucional nada ni nadie debe poseer mayor jerarquía que ella como su Ley Altísima.

**PALABRAS CLAVE**: Constitución; Argentina; Escritura fundamental; ciudadanía; democracia.

[1] Se trata de un artículo escrito por profesor invitado, cuyo contenido fue publicado previamente en la obra colectiva "Constitución Federal de la República Argentina: tratados y convenciones con jeraquía constitucional", por Ediar (Argentina), en 2023.

**ABSTRACT**: These "notes" are a doctrinal dissertation on the legal system established by the Federal Constitution of the Argentine Republic. The constitutional foundation of the Argentine State is addressed, as well as topics relating to constitutional creation, realization, change and interpretation. In this sense, it is emphasized that the Federal Constitution contains the reasons for Argentine law. For this reason, only the Fundamental Writ confers with supreme authority all the institutional regulation that constitutes the relations of citizenship and the controlled exercise of powers, even providing its own protocol to validate any reform of its enunciations, always respecting the intangibility of the republic as a form of government and democracy as a form of political orientation of the state. In this respect, it is clear that democracy shapes harmonious coexistence in society, and a citizenry in harmony guarantees lasting community peace, the highest mission of the Fundamental Writ of the Argentine State. In this way, it is shown that, in the 21st century, the community coexistence of citizens and their peaceful growth must develop in a world of rules, the one supremely ordered by the Fundamental Scripture, the only authority to make the ideal of the rule of law attainable. Therefore, it is emphasized that, even in the face of different community needs, nothing justifies the creation of Law above the Constitution, since there is no source of supreme need that can be elevated or equated to the Fundamental Law, with the understanding that in a constitutional state nothing or no one should have a higher hierarchy than the Highest Law.

**KEYWORDS**: Constitution; Argentina; supreme law; citizenship; democracy.

**RESUMO**: Estas "notas" constituem uma dissertação doutrinária sobre o sistema jurídico predisposto pela Constituição Federal da República Argentina. Aborda-se a fundação constitucional do Estado argentino, bem como tópicos relativos à criação, realização, mudança e interpretação constitucional. Nesse sentido, reforça-se que a Constituição Federal contém as razões das razões do Direito Argentino. Por isso, somente a Escritura Fundamental confere com autoridade suprema toda a regulação institucional constituinte das relações de cidadania e do exercício controlado dos poderes, fornecendo inclusive um protocolo próprio para validar eventual reforma dos seus enunciados, sempre respeitando a intangibilidade da república como forma de governo e da democracia como forma de orientação política do Estado. Nesse aspecto, evidencia-se que a democracia molda a coexistência harmoniosa na sociedade, sendo que uma cidadania em harmonia garante uma paz comunitária duradoura, a missão mais elevada da Escritura Fundamental do Estado Argentino. Dessa forma, demonstra-se que, em pleno século XXI, a coexistência comunitária dos cidadãos e o seu crescimento pacífico devem desenvolver-se num mundo de regras, aquele supremamente ordenado pela Escritura Fundamental, a única autoridade para tornar alcançável o ideal do governo do Direito. Sendo assim, ressalta-e que, mesmo diante de diferentes necessidades da comunidade, nada justifica a criação do Direito acima da Constituição, pois não há fonte de necessidade suprema que possa ser elevada ou equiparada à Lei Fundamental, entendendo-se que num Estado constitucional nada nem ninguém deve ter hierarquia superior à Lei Altíssima.

**PALAVRAS-CHAVE**: Constituição; Argentina; lei suprema; cidadania; democracia.

**SUMARIO**: 1 Presentación. 2 Proposiciones capitales. 3 Fundación constitucional del Estado argentino. 4 Creación y realización, en el tiempo. 5 Enfoque interno: una interpretación doctrinaria. 6 Más sobre el cambio y la interpretación constitucional. 7 Sin Constitución, no hay democracia: la injusticia social. 8 La Ley fundamental y su negación. Referencias.

## 1 Presentación

Estas "Notas" constituyen una disertación doctrinaria, en el tiempo y en el espacio, sobre el sistema jurídico predispuesto por la Constitución federal de la República Argentina. En ese programa, debo decir que "Escritura fundamental" se emplea en el texto como sinónimo de "Constitución federal de la República Argentina". También con semejantes fines se emplea "Regla Altísima", "Ley Suprema" y "Ley fundamental". En todos los casos concretos, la mención o alusión doctrinaria se dirige a la República Argentina, excepto que la indicación sea abiertamente abstracta, en cuyo supuesto invito de buena fe al lector a que se sirva dirigir su comprensión al ámbito de la teoría general de la Constitución.

## 2 Proposiciones capitales

La Constitución debería instituirse, con sus enunciados de Derecho, como una razón para regular aquellos estados de cosas sobre la coexistencia de una ciudadanía integrada por personas que comparten una igualdad fundamental de pertenencia a una comunidad política y que por eso integran el pueblo de un Estado. Ella ha de ser un texto pactado y elaborado en representación de una ciudadanía plural, cuya suma aspiración consiste en el desarrollo de una paz social durable, estable y abarcadora. Por ello, la Constitución escrita, instituye la más alta expresión y la forma inicial del Derecho de un Estado. Un instrumento para el gobierno estatal siempre creado por el "hombre[2]", que determina el origen de todo su orden jurídico y las decisiones para su gradación jerárquica.

La Constitución escrita del Estado es la obra que podría demostrar el criterio para la ordenación de las relaciones y de las diferencias existentes en una comunidad de ciudadanos para su presente, sus vínculos con el pasado comunitario y las responsabilidades y esperanzas que solidariamente los unirían hacia el futuro para convivir sin agresiones en el país. También, con sus principios y reglas, ella autorizará la existencia de un "Estado constitucional", tanto Estado como el diseñado solo y con exclusividad por la Escritura fundamental. Con sus enunciados altísimos e insuperables, la Constitución debería ser la única forma del Derecho que autoriza, condiciona y determina todas las formas inferiores del orden

[2] Utilizo los vocablos "hombre" o "ser humano" en alusión a todo ser animado racional, varón, mujer o no binario. Hay una línea determinada y abierta para siempre por el Preámbulo de la Constitución federal: "... todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino". Asimismo, se sigue la traza de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 1 dispone que "[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". También a los efectos de este texto, todo ser humano es persona.

jurídico estatal. Ella puede coexistir, quizá, junto a un determinado cuerpo del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en el supuesto de que, en tanto Ley Suprema, les autorice, desde su propia fuente matricial y autorreferencial, una validez con semejante jerarquía, porque con su "positivización" (Bulygin, 1991, p. 624) esos derechos fundamentales se "convierten en tangibles" en la realidad jurídica, tal como se determina, por ejemplo, en la ordenación constitucional argentina conforme la regla contenida en el artículo 75, inciso 22, a partir de la reforma de 1994.

La Ley fundamental instituye el sistema de reglas sobre todas las reglas del Derecho para la concreción de procesos públicos en un determinado tiempo, espacio y comunidad de ciudadanos y ciudadanas. Dentro de ese orden jurídico hay normas sobre la conducta y normas de competencia. Las primeras instituyen, por ejemplo, decisiones sobre derechos, bienes y deberes fundamentales; mientras que las segundas, por ejemplo, crean un poder o una facultad o competencia para la actuación, incluido el propio cambio de la Constitución. Para completar el contenido de un orden jurídico constituyente, a las ya mencionadas reglas primarias sobre la conducta y reglas secundarias sobre las competencias deberían añadirse los enunciados no normativos, como los preámbulos de las Constituciones o simples declaraciones políticas. Desde esa perspectiva, la Constitución se puede concebir como una combinación de reglas primarias de conducta que determinan derechos, bienes y deberes fundamentales, y de reglas secundarias que instituyen facultades a los poderes públicos; además, uno y otro tipo de reglas también se deberían ocupar, por ejemplo, de estructurar la democracia y los mecanismos garantistas.

La Ley fundamental es el instrumento indisponible que el Derecho promete para conservar la vida de todos los seres humanos y su ambiente. Fue inventada para que los seres humanos abandonen un incierto estado de naturaleza. La Constitución debe alcanzar un compromiso entre los intereses opuestos de los ciudadanos, que minimice sus fricciones. Para ser Derecho sobre Derecho, debe reglamentar el uso de la fuerza en beneficio de la ciudadanía.

Así, la Constitución es un sistema regulativo, dado que se encuentra formalizado, básicamente, por reglas. Las reglas son prescripciones generales y abstractas que se dirigen sobre el comportamiento de los hombres, con la esperanza de su seguimiento y en la procura de armonía. Son pensadas para ser cumplidas. Se formalizan con la expectativa de su acatamiento o realización e instituyen directivas idealizadas por un legislador constituyente supremo que deberá escribir el plano de la configuración jurídica estatal. Las regulaciones se representan sobre el marco de acciones u omisiones del obrar humano y deben proponerse sobre el espacio y el tiempo razonablemente posible de la existencia mundana. Así, la energía prescriptiva de las idealidades constituyentes debe respetar la realidad del mundo, tal como es, para no escaparse de su ámbito. En este escrito, "normas y reglas" poseen el mismo contenido teórico y, por tanto, el mismo significado. También, en ocasiones, se apela al término "principios", los que quedan asociados a las reglas, dado que ellos tienden a comportarse como ellas porque son "Derecho sobre Derecho" al poseer pura regulación institucional en el Estado; por supuesto, cuando no se juzgue que esos "principios" develan propósitos que inspiran regulaciones a un más allá del Derecho que se pueda conocer por la vía de la razón. "Principios" y "reglas" colman aquello que se entiende por normatividad; en otras palabras, principios y normas satisfacen todo aquello que se ha de entender por regulación, sin que medien diferencias

estructurales en este escrito. Todos son enunciados de Derecho que regulan o normativizan la vida comunitaria dentro del Estado.

La Constitución federal, que con sus reglas y principios instituyó desde 1853 para siempre nuestra República, fue definida como un "baluarte" (Estrada, 1895, p. 5) para la defensa de la libertad; un altísimo instrumento regulativo producido por los representantes de la ciudadanía que ejercieron el poder fundador y poseedor de reglas primarias, secundarias y otros enunciados no normativos. Esa trinidad regulativa en su propia hechura se vislumbró en el momento constituyente originario y se mantuvo en los cinco momentos constituyentes reformadores generados en el siglo xix y xx, respectivamente. La tesis de estas "Notas" es que la Constitución federal ha sido un instrumento razonable por su "duración" para la fundamentación del Estado argentino, más allá de sus imperfecciones, sus quiebres por golpes dictatoriales y sus exclusiones políticas originarias.

La Escritura fundamental es un fruto literario del arquitecto de la constitucionalidad, Juan Bautista Alberdi (1852, p. 229-258), quien la concibió en su "Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina", de 1852. También, de cada uno de los redactores que actuaron en el Congreso Constituyente de 1853. La Ley fundamental fue concebida como un instrumento rígido que, para ser modificado, requiere de un detallado proceso de (a) iniciativa congresual sometida a una considerable mayoría, (b) debate público y elección de representantes, y (c) la propia producción jurídica. En el momento constituyente de 1853, la experiencia constitucional y republicana más extendida en el tiempo provenía de la Constitución de los Estados Unidos, cuya vigencia empezó en 1789. Todavía no existían grandes procesos republicanos para observar, comparar y producir en Derecho. Muy probablemente, la inclinación jurídica adoptada en 1853 por una Constitución rígida haya sido imaginada para alentar su estabilidad y también su duración en la formación del Estado argentino.

En 1823 Antonio Sáenz (1939, p. 84) había sugerido, tal vez profetizado, que la "Constitución de un Estado debía ser *estable* y *duradera*", en una Argentina por entonces independiente, empero con una soberanía todavía insuficiente para parir su Escritura fundamental por la falta de consensos políticos extendidos, plurales y homogéneos. De esas propiedades, ha sido la "duración" regulativa la que ha distinguido a la Constitución federal para arraigar y justificar, en el tiempo, al Estado argentino.

Asimismo, dado que el sistema de la Constitución debe instrumentar muy diversas clases de procesos públicos, la experiencia indica que el proceso de gobierno que ella instrumenta –no sus controles– ha poseído y poseería mayor eficacia o grado de cumplimiento que los procesos destinados al desarrollo progresivo de los derechos, bienes y deberes fundamentales del Estado. Esa existencia duradera y extendida por más de 170 años del material regulativo de la Escritura fundamental, sin perjuicio de su estabilidad asaltada por reiteradas rupturas, constituye el campo semántico que se privilegia para la dirección de este escrito. Con otra redacción: la Constitución federal se ha mostrado como un instrumento duradero para la regulación del gobierno de la comunidad; una cualidad que se aprecia en el presente con rasgos evidentes para la instrumentación de la gobernanza, signada por una crisis de representatividad que atraviesa la relación y la confianza entre una mayoría de ciudadanos y los servidores públicos. Para el futuro, cabe esperar que esa "duración" se mantenga con mejoras sustantivas, enmarcada en el ámbito insustituible de un proceso

público basado en la intocabilidad del republicanismo y la democracia. Desde luego, esa obra intangible que se predica debe estar a cargo de los servidores públicos que, con diferentes ideologías, abrevan en su fuente para su gestión constitucional, y, por supuesto, del grado de confianza de la ciudadanía respecto de las tareas de estos.

## 3 Fundación constitucional del Estado argentino

La "Constitución federal"[3] de la República Argentina fue sancionada por el Congreso Constituyente el 1/5/1853 y promulgada el 25/5/1853 por el Director Provisorio de la Confederación Argentina, Justo José de Urquiza. Los constituyentes de 1853, en el artículo 30 de la *Constitución de la Confederación Argentina*, decidieron que el instrumento podía reformarse, "en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos" (Ravignani, 1939, p. 801-802). La Ley fundamental fue jurada el 9/7/1853 en toda la Confederación, excepto por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, sujeto político que recién suscribió el contrato constitucional en 1860.

La historia de los avatares políticos e institucionales de la República Argentina puede ser escenificada en trece actos con los siguientes títulos:

i. De la colonia (dominio español) a la Revolución de Mayo de 1810 y a la Declaración de la Independencia del 9 de julio 1816.

ii. Pueblo sin Constitución ni organización (1816-1852).

iii. Orígenes: reglamentación liberal y organización constitucional, sin pueblo. La república "oligárquica" (1853-1916).

iv. República y democracia constitucional electoral (1916-1930).

v. El fraude y el régimen infame (1930-1946).

vi. Populismo constitucional y estímulo sobre una idea de justicia social (1946-1955).

vii. Nuevamente, la autocracia y la proscripción política (1955-1958).

viii. Democracia constitucional electoral, limitada con proscripción política. Episodio II (1958-1966).

---

[3] En setiembre de 1853, Domingo F. Sarmiento (1929, p. 27, 57, 100, 192, 197, 199, 203, 225, 285), llamó "Constitución federal" a la Escritura fundamental de la República Argentina. Dicha denominación fue empleada en la primera oración de su "Prólogo" a sus propios *Comentarios*. Él escribió "Constitución federal", con la misma significación, en repetidas oportunidades del mismo texto.
También en 1853 Juan Bautista Alberdi publicó sus *Estudios sobre la Constitución arjentina de 1853, en la que se restablece su mente alterada por comentarios hostiles, y se designan los antecedentes nacionales que han sido la base de su formación y deben serlo de su jurisprudencia.* En la última página dijo: "El señor Sarmiento publicó su panfleto de los *Comentarios* (porque es un panfleto y no un libro de ciencia), con la mira personal de atacar al General Urquiza, sostenedor de la Constitución Federal". V. Alberdi (1913, p. 593, nota al pie).
El profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, Germán J. Bidart Campos, denominó "Constitución federal" de la República Argentina a nuestra Escritura fundamental del Estado. Adoptó esa denominación en 1964 *y mantuvo esos términos dogmáticos en toda su monumental obra doctrinaria.*
El 31/7/1869 los cinco jueces de la Corte Suprema de Justicia, en la causa "Resoagli c/Provincia de Corrientes", dijeron por unanimidad que "la *Constitución federal de la República* se adoptó para su gobierno", doctrina registrada en CSJN, *Fallos*, 7:373 (énfasis del autor).

ix. Más autocracia y dictadura militar. Persecución, represión y proscripción política renovada (1966-1973).

x. Populismo y desvanecimiento institucional (1973-1975)

xi. Autocracia, terrorismo de Estado, corrupción, crímenes de lesa humanidad, corrupción y colapso económico y financiero (1976-1983).

xii. El preámbulo de la democracia constitucional (1983-1985).

xiii. La democracia constitucional "delegativa"[4], la deuda infinita, la exclusión social y el "maldesarrollo" (desde 1986 hasta 2023).

xiv. ¿Tentativa de destrucción constitucional (a partir del 10/12/2023)? (Ferreyra, 2024)

La totalidad de los períodos indicados reposa en la determinación de hechos suficientemente objetivos. No puede dejar de apreciarse que, desde la fundación constituyente de 1853 hasta 1916, la Argentina se constituyó como un Estado casi sin pueblo, pura oligarquía con única finalidad: conservar y usar un derecho de propiedad predispuesto con injusticia social, con exclusión de la mayoría de los habitantes y en desconocimiento de sus derechos políticos.

El cambio radical e incompleto sobre las libertades políticas se produce a partir de las luchas para la gestación de la Ley 8871[5]. Por su aplicación se propicia el triunfo electoral de Hipólito Yrigoyen, quien asumió la presidencia de la República el día 12/10/1916, merced al apoyo de una mayoría de ciudadanos varones que pudieron expresarse y agregar sus preferencias por conducto de la Ley 8871. Sin embargo, la igualdad legal completa en el ejercicio de los derechos políticos debió esperar, todavía, más de treinta y cinco años. El 9/9/1947 el Congreso federal sancionó la Ley 13.010, en la que se dispuso que las "mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos". También se ordenó por esa ley que para "la mujer regirá la misma ley electoral que para el hombre". Recién en 1994 se constitucionalizó la naturaleza "universal, igual, secreta y obligatoria" del sufragio; en paralelo, también se reguló en la Ley fundamental la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, la que se debe garantizar por acciones positivas en la reglamentación de los partidos políticos y del régimen electoral.

## 4 Creación y realización en el tiempo

En más de 170 años de validez de la Constitución –"una verdadera especie de contrato social" (Ekmekdjian, 1997, p. 63), solamente cinco reformas conservan vigencia positiva sobre su texto, las enmiendas de 1860, 1866, 1898,

[4] Sobre la "democracia *delegativa*", se remite a § 8.

[5] Publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina* el 26/3/1912. Se dispuso en su art. 1: "Son electores nacionales los ciudadanos nativos y los naturalizados desde los diez y ocho años cumplidos de edad, siempre que estén inscriptos unos y otros en el padrón electoral". Más adelante, en el art. 5 se prescribió: "El sufragio es individual, y ninguna autoridad, ni persona, ni corporación, ni partido o agrupación política puede obligar al elector a votar en grupos, de cualquier naturaleza o denominación que sea". Regiamente también prescribió la naturaleza secreta del sufragio y el deber de "votar" de todo elector en cuantas elecciones nacionales fueran convocadas en su distrito.

1957 y 1994; el cambio constituyente producido en 1949 carece de autoridad jurídica en el Derecho positivo. Este último fue sancionado por la Convención Nacional Constituyente el 11/3/1949 y fue políticamente impulsado por el presidente de la República Juan Domingo Perón (Cholvis et al, 2015). La reforma de 1949 instituyó un plan maestro sobre determinada idea de "justicia social". Así, en el Preámbulo se anunció la "irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa". Más adelante, en el artículo 38, se dispuso que la "propiedad privada tiene una función social". Y en el artículo 40, un principio rector: "La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social"[6]. Asimismo, se incluyó un gran menú de derechos sociales y se dispuso un dominio del Estado federal sobre las fuentes naturales de energía. No obstante, la reforma constitucional de 1949 mantuvo incólume y profundizó el absolutismo presidencial creado en 1853 al autorizar la reelección –sin intervalo de un período– del príncipe republicano. En paralelo, también se desaprovechó la posibilidad de llevar adelante una organización para el ejercicio controlado del poder político basado en un constitucionalismo de ciudadanos igualados en libertad, que coexisten en el ámbito de una comunidad donde se fomenta la justicia social para todos sus miembros sin discriminaciones.

El 27/4/1956, la dictadura militar "en ejercicio de sus poderes revolucionarios", por intermedio de una proclama con fuerza obligatoria y en notable abuso del Derecho, declaró vigente la Constitución federal sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y la exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubieran quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16/9/1955 (art. 1). Con posterioridad, la reforma constitucional de 1949 intentó ser aniquilada del saber jurídico y de sus objetos de estudio. No se logró, dado que resulta sabido que las tareas humanas no pueden anular aquello que fue escrito, como tampoco evitar, por ejemplo, el envejecimiento de la materia o las incógnitas sobradas e indeterminadas sobre el origen y destino del Universo.

Los cambios constituyentes a la Ley fundamental que mantienen vigencia han sido relevantes. Sin embargo, la sumatoria o agregación de esas cinco enmiendas (1860, 1866, 1898, 1957 y 1994) sólo han poco más que duplicado la cantidad de palabras originarias escritas en 1853, al computarse en su totalidad. Más allá de las sustracciones, adiciones o revisiones que toda reforma puede llevar adelante y que, de hecho, se han concretado en 1860,1866, 1898, 1957 y 1994, ninguna de ellas ha cambiado o alterado la naturaleza originaria de las piezas del sistema constitucional. El texto de la *Constitución de la Confederación Argentina* de 1853 poseía un preámbulo y 107 artículos en consonancia preferida con la escritura de Alberdi del año anterior. En 1860 la reforma aumentó el número a 110 artículos, cantidad que se mantiene con las enmiendas de 1866 y 1898. Recién en 1957 se añadió un nuevo artículo: el 14 bis. Con la reforma de 1994, el texto se integró con un preámbulo, 129 artículos permanentes más el 14 bis y 17 "disposiciones transitorias", y se emplearon alrededor de 12.500 palabras para la totalidad del discurso jurídico de raíz constitucional.

[6] Sobre la "definición constituyente" de "justicia social" se puede consultar el "Informe del Despacho de la Mayoría de la Comisión Revisora cumplido por Arturo Enrique Sampay", en Sampay (1975, p. 486-518).

Repárese, tal como se observa párrafos más arriba (§ II), que, a partir de la sanción de la reforma en 1994, la Argentina adoptó el paradigma de equivalencia de las fuentes: los instrumentos del DIDH detallados en el artículo 75, inciso 22°[7], tienen jerarquía constitucional en las condiciones determinadas en esa regla; un repertorio al que pueden añadirse otros instrumentos, también del DIDH, en caso de que el Congreso federal con mayoría calificada les imponga semejante jerarquía. Posiblemente, la "jerarquía constitucional del DIDH", dentro del marco establecido por el artículo 75, inciso 22, constituya el mayor acierto jurídico del poder constituyente ejercido en 1994, así como el sumo defecto ha sido el irracional incremento de los poderes con rasgos autocráticos del presidente y que dan lugar a un nuevo ente: el *monopresidente*.

Desde la enmienda de 1994, la República Argentina posee un verdadero y singular sistema constitucional federal. Un orden fundamental que se integra con principios y reglas escritos y arraigados en la Constitución, y con principios y reglas escritos del DIDH que se cotizan con jerarquía constituyente en los términos del artículo 75, inciso 22. Además, la conglobación jurídica de reglas de "raíz" constitucional con reglas de "jerarquía" constitucional instituye un mecanismo de apertura en el sistema de fuentes que ofrece certeza en el anchísimo campo de la realización; un dato extremadamente significativo para todos sus destinatarios: ciudadanos y servidores públicos.

Así, pues:

i. Todos los enunciados del Derecho constitucional de la Argentina (permanentes y transitorios) tienen la misma jerarquía normativa.

ii. Todos los enunciados del DIDH que gozan de jerarquía constitucional tienen idéntica jerarquía normativa.

---

[7] La Argentina, desde 1994, adoptó el paradigma de equivalencia de las fuentes. En el artículo 75, inciso 22, dispuso lo siguiente:
Corresponde al Congreso […]: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara *para gozar de la jerarquía constitucional*.
La ley 24.820 (1997) otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del art. 75, inc. 22, CFA. La ley 25.778 (2003) otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1968 y aprobada por ley 24.584. La ley 27.044 (2014) otorgó jerarquía en los términos del art. 75, inc. 22, CF, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). Y la ley 27.700 (2022) otorgó jerarquía en los términos del artículo 75, inc. 22, CF, a la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

iii. Los enunciados del Derecho constitucional y los enunciados del DIDH (descritos en el punto ii) tienen rango jurídico idéntico, aunque difieren en la fuente o raíz: unos son producidos por la Constitución federal de la Argentina y otros son validados por ella, le abren la puerta a su normatividad.

iv. Diferente raíz de producción o validación; igual estatura normativa. Aunque, ciertamente, el Estado mantiene determinados límites o márgenes razonables de reserva para la penetración del DIDH.

El texto ordenado por el sistema de la Constitución federal de la Argentina se desenvuelve en dos contextos: (a) el de su "producción" y (b) el de su realización. Producida la norma constitucional por el poder constituyente (fuente nativa) o proveniente su normatividad de fuente supraestatal (extranjera) por la vía de la conglobación que autoriza el artículo 75, inciso 22, deberá sobrevenir su "acatamiento", es decir, un "contexto" de realización tanto por los ciudadanos como por los servidores públicos encargados de los poderes constituidos del Estado. Juzgo que no se hace necesario discutir o discernir si existe o no existe una obligación de cumplir con el Derecho constituyente del Estado. Puesta la Constitución en el mundo, desde la comprensión jurídica, deberá sobrevenir su acatamiento. En otras palabras: la Constitución, en tanto Escritura fundamental para la organización de la república y presupuesto sostenido de la orientación democrática, ha de poseer aspiraciones de obediencia comunitaria a la fuerza normativa de sus principios y reglas. Para que ello suceda, obviamente, será tarea del Estado realizar y agotar todos los esfuerzos para el conocimiento ciudadano de la Constitución. La obediencia al Derecho de la Constitución, sea en grado de expectativa o de fuerte aspiración, trasunta un deber político ineludible del ciudadano para coexistir en la comunidad que elige para cumplir su plan de vida en paz.

No obstante, producida la norma constitucional, no todo en el mundo jurídico será puro, listo y liso acatamiento. Para distinguir de la "mera aplicación o simple acatamiento", llamaré "realización propia" o "interpretación judicial" a la que cumplen los jueces cuando dictan sentencias e "interpretación dogmática" a la tarea descriptiva o valorativa que desempeña la doctrina de los autores.

La "realización" del Derecho constitucional, que, según el caso, se puede cumplir por el acatamiento o la interpretación judicial, será siempre, pues, concreción o ejecución de Derecho positivamente creado. Concretamente: el Derecho constitucional del Estado es producido por el poder constituyente; su realización, bajo ningún supuesto, debería constituir el Derecho constituyente del Estado, salvo que se pretenda alterar o deformar esta anatomía básica. Nótese que toda norma tiene un ámbito semántico, cuya certeza no es ni será aritmética. Hay un ejemplo muy didáctico; colocada la norma en el mundo, se la puede comparar con un barco. Así, necesitará de prácticos para llevar una ruta marcada por baquianos en puerto y, luego, en mar libre, para seguir el rumbo propio asignado por la autoridad constituyente, dependerá de las tareas idóneas del capitán y de la tripulación de la embarcación (Radbruch, 1944, p. 148). ¡No cualquier rumbo! ¡Cualquier rumbo significaría el naufragio con el extravío de la semántica propuesta por la Constitución federal y la negación de su naturaleza prescriptiva!

No deseo terminar este apartado sin unas palabras sobre la espontaneidad en el Derecho constitucional de la Argentina. La totalidad del orden instituido por

la Constitución federal es una regulación sobre la conducta humana pensada, razonada, deliberada y escrita. En la Escritura fundamental de la República, puro Derecho positivo, no se regla la costumbre como proceso o fuente que origina o habilita la validez en tanto normas de Derecho constitucional. Dentro de las especies de costumbre, la costumbre *contra legem* significa una práctica informal, impensada, espontánea y repentina que se dirige contra la Ley fundamental del Estado[8], razón por la cual se encuentra prohibida por su manifiesta incompatibilidad al pretender alterar, según el caso, ya sea derechos, bienes, deberes o asignación de funciones de gobierno. Así, todos los servidores públicos que cumplen las tareas creadas por la Constitución para la desenvoltura del gobierno del Estado federal deben ejercerlas de acuerdo a la autoridad positivamente emanada en Derecho de la doctrina instaurada por su propia Escritura fundamental; en rechazo, como regla regia, de la costumbre *contra legem* como fuente nutriente del Derecho constitucional de la República[9].

## 5 Enfoque interno: una interpretación doctrinaria

Se descubre que la Constitución federal de la Argentina, en sus más de 170 años de duración, ha mantenido su plataforma jurídica fundamental.

El enfoque sobre la Constitución puede ser externo o interno. En el "enfoque interno" se aísla el instrumento "Constitución" para realizar fundadas descripciones; eventualmente, determinadas valoraciones. En cambio, en el enfoque externo se computa la Ley fundamental como el cuarto elemento del Estado, junto con el territorio, la población y el poder, con naturalización de las mismas tareas señaladas para el enfoque interno. Tanto en el enfoque interno como en el enfoque externo las proposiciones pueden referirse a una Ley fundamental de un Estado concreto o bien realizar el estudio en abstracto, sin atender a un orden jurídico estatal específico. Así, la concepción concreta se apoda "dogmática" o "saber constitucional" y la concepción abstracta se denomina "teoría general de la Constitución". En este apartado se sigue la ruta preferida del "enfoque interno" en su faz dogmática sobre el orden impuesto concretamente por la Constitución de la República Argentina.

La duración de una Constitución propicia su cultivo por la doctrina autoral. Varias razones confluyen, aunque la permanencia del texto insinúa la apertura de un campo fértil para la elaboración de proposiciones doctrinarias y su discusión en la "sociedad abierta" (Popper, 1982, p. 195).

---

[8] Debo añadir que en el art. 99 del texto constitucional de 1853 se hizo referencia al "Derecho de gentes". Esa regla se mantiene en vigor con su redacción originaria casi inalterada y yace en el actual art. 118 de la Constitución federal. Evidentemente, en el momento de la sanción de la Escritura fundamental, a mediados del siglo xix, la fuente por excelencia del "Derecho de gentes" era básicamente de naturaleza consuetudinaria. Esa referencia constituyente ratifica la afirmación sobre el rechazo de la costumbre *contra legem* como fuente del Derecho constitucional en la Argentina.
Por otra parte, "la moral pública" fue ilustrada en el art. 19 también originario en el texto de 1853. Los principios contenidos en el art. 19 se han mantenido casi sin reformas desde su génesis. No puede concebirse una "moral pública" contra la Constitución, motivo por el cual debe ser comprendida como el estado de cosas que involucra la firme convicción de realizar el programa constitucional para la ordenación comunitaria. Esa "moral pública" atizada por el art. 19 se enmarca en el desarrollo y la profundización integral de todos los enunciados de Derecho de la Constitución.

[9] Quintana (1953, p. 477-478) adoptó un criterio semejante al aquí expuesto sobre la prohibición de la costumbre *contra legem* en su *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*.

En pleno siglo xxi, la convivencia comunitaria de la ciudadanía y su pacífico crecimiento deben desenvolverse en un mundo de reglas, el ordenado supremamente por la Escritura fundamental, la única autoridad para que fuese realizable el ideal del gobierno del Derecho. La lengua finita de la Constitución federal de la República, creada en los momentos constituyentes, ha de tener entidad para autorizar una aplicación casi infinita o ilimitada de sus enunciados de Derecho, tarea que debería partir de su racional instrumentación y su razonable desarrollo para beneficio de toda la comunidad argentina. La realización de la Constitución –en especial, su interpretación–, que autorizará una casi "infinita" o ilimitada aplicación del instrumento o "medio finito" (Von Humboldt, 1988, p. 91), ha de ser una tarea complejísima. Influyen en esa complejidad la difícil relación entre la conducta del hombre siempre en perpetuo y constante cambio, por un lado, y por el otro, una Ley fundamental suficientemente fija e inmóvil por las determinaciones radicadas en su propia producción como instrumento del Derecho (Montaigne, 2011, p. 954).

La lengua finita de la Escritura fundamental puede tener una cantidad casi ilimitada de esquemas para su interpretación doctrinaria, en el marco concreto del "enfoque interno", tal como se propicia más arriba. La Escritura fundamental instituye un "sistema" (Bunge, 2001, p. 196-200) no natural, completamente artificial y convencional, integrado por "piezas", cuya misión fundamental es instalar la paz comunitaria duradera y estable. Con esa presentación de un sistema constitucional integrado por piezas, se desliza una propuesta doctrinaria. Esquemáticamente, consiste en un estudio sobre la Constitución federal de la República que, estatuida por reglas primarias, reglas secundarias y simples declaraciones, debería abarcar la descripción de sus cuatro piezas originadas por esa trinidad regulativa, que conforman su sistema jurídico. Dichas piezas del sistema son una *composición*, una *estructura*, los *mecanismos garantistas* y su *entorno*.

i. La *composición* del sistema constitucional abarca todas sus partes: simples declaraciones; derechos, bienes y deberes fundamentales; los poderes del Estado –autoridad y control–; y la reforma del propio sistema.

ii. La *estructura* consiste en las relaciones entre las piezas del sistema constitucional con inclusión del entorno y queda configurada por la "democracia", entendida y prometida como forma de producción de reglas y fundadora de la legitimación del Estado; un método ideado que debe ser estructurado para nutrir a la ciudadanía y a los servidores públicos.

   La democracia consiste en la búsqueda y la construcción de consensos homogéneos y perdurables. Ella comporta un método fundado en reglas de juego iguales por naturaleza para todos los ciudadanos habilitados a participar. Un método sin secretos, cuyo valor cenital e irrenunciable es el pluralismo, en tanto su ejercicio no lo agreda ni implique desnaturalizarlo o abolirlo.

   Las Constituciones contemplan la vía representativa y, algunas de ellas, las formas *semidirectas*, que implican una participación casi sin intermediación en la decisión política.

   Con arreglo a la representación, en especial en el sistema presidencial, se requiere de un líder del proceso constitucional. El presidente es elegido sobre la base de sistemas electorales mayoritarios, en cuyo proceso de confrontación el candidato que gana lleva todo el poder por períodos que a

menudo contemplan el escenario de la reelección. Los congresos asumen diferentes modelos electorales para la representación ciudadana. Los departamentos políticos, presidente y Congreso, se integran con participación directa en comicios libres de la ciudadanía.

En la integración y composición del Poder Judicial y del Ministerio Público y en el control de su desempeño institucional, no participa, en general, directamente el cuerpo electoral. Esa circunstancia adherida a mecanismos absolutamente burocráticos pergeñados, en la mayoría de los casos, por las propias letras constituyentes para la designación del magistrado y, de manera eventual, para su enjuiciamiento por mal desempeño de su tarea, favorecen la debilidad democrática y la falta de confianza en sus resoluciones por la falta de conexión con la ciudadanía.

En el ámbito de la democracia constitucionalmente prometida, se aguardará que una mayoría pueda gobernar con su plan políticamente constitucional aprobado en comicios libres, auténticos y transparentes, y que una minoría pueda llevar adelante, libremente, propuestas y controles sobre el oficialismo gobernante, con la expectativa de ser mayoría en el futuro. La democracia constitucional es un todo: mayoría y minoría. Una deformación indeseada de la democracia constitucional se observa más adelante, en § VIII, con el oleaje dañino que provoca la "democracia delegativa", que posee seria capacidad para ahogar la idea de representación en una comunidad de ciudadanos.

iii. Las garantías son *mecanismos* que protegen las piezas del sistema y que deberían intentar la intangibilidad de la Constitución. Así, con sus mecanismos, se deberían procesar, por ejemplo, la defensa de los derechos y bienes fundamentales, los controles entre los poderes constituidos, el control de constitucionalidad, el estándar de racionalidad y el manejo de las emergencias en la Ley fundamental.

iv. El *entorno* se detalla en los estados de cosas que actúan sobre todas o algunas de las piezas del sistema. La "sociedad abierta" debería ser una comunidad de seres humanos en la que cada uno posea la inmaculada naturaleza para adoptar sus "decisiones personales", en oposición y rechazo a una "sociedad cerrada", caracterizada por la magia, el totalitarismo, el seguimiento de un líder a la providencia o a cualquier otro modelo de sinrazón, es decir, cualquier modelo de absolutismo o concentración desmedida de poder. Aunque el entorno se instala en la periferia del sistema y, por ello, estrictamente no es una pieza, sí interfiere en la relación entre las piezas, y, por ende, en la estructura del sistema.

Entiendo que la propuesta doctrinaria para un enfoque interno de la Constitución federal de la Argentina resulta original y posee implicancias pedagógicas que se unen con una descripción del pasado, los anuncios del presente y las expectativas futuras que se escriben, más adelante, en § VIII. Se trata de un encuadre doctrinario que puede derivar sugerentes resultados para la delimitación del cuerpo del sistema de la Constitución federal, porque escribir sobre ello, en un sentido relevante, es dar plenitud a la lengua de la razón de la organización fundamental del Estado.

## 6 Más sobre el cambio y la interpretación constitucional

La Escritura fundamental contiene la razón de las razones del Derecho argentino y debería ser la gran productora de ella. Así, con cada una de sus piezas instituida por la trinidad regulativa –como se sugiere en § V–, debería regir el sistema básico para la elaboración de todo el orden estatal. únicamente la Escritura fundamental dispone con autoridad suprema la totalidad de la regulación institucional constituyente para las relaciones de la ciudadanía y el ejercicio controlado de los poderes, al proveer su propio protocolo para validar una reforma de sus enunciados de Derecho. Esos cambios, ora parciales, ora totales, siempre han de respetar la intangibilidad de la república como forma de gobierno y de la democracia como forma de orientación política del Estado.

La Constitución debe ser el "Derecho de la república" (Bielsa, 1959, p. 11) y de la democracia, argumento para rechazar cualquier intento que, bajo el pretexto de su cambio, cortase y contradijese su secuencia de validez existencial. Un cambio pretendido que afectase el modelo republicano o el método democrático no será un cambio constitucionalmente consentido. Ese supuesto cambio no tendría tal entidad dado que, en realidad, comportaría la demolición de la garantía republicana y del método democrático, y, con ello, el entierro de su Derecho consagrado en la Escritura fundamental. No deberían existir cambios ni realizaciones cumplidas fuera de la normatividad que la Constitución establece para el proceso de su cambio bajo el respeto de los límites intangibles republicanos y democráticos mencionados. Esa misma reglamentación ha de observarse, también, en el proceso de creación de la totalidad de las normas inferiores, el dictado de actos y el pronunciamiento de sentencias judiciales. La Argentina debe ser un Estado sometido a su Ley suprema, motivo por el cual, sus definiciones básicas, la forma republicana y la orientación democrática han de determinar el contenido de las tareas de todas de los poderes gubernativos, sean constituyentes o sean constituidos.

Los poderes del gobierno, en especial los constituidos, determinados por la Constitución federal, han sido creados para toda la ciudadanía del Estado. Por eso, según nuestra Ley fundamental, el gobierno no ha sido ni creado ni autorizado para los hombres que han de ejercerlo en sus condiciones detalladas, sino para todo el pueblo argentino, globalmente "comprendidos gobernados y gobernantes" (González, 1897, p. 86), es decir, todos sus destinatarios: ciudadanos y servidores públicos. Dentro de esa estructura argumental, en la que la autoridad emana del cuerpo ordenado por la Escritura fundamental, jamás ha de aceptarse que la Constitución sea solamente aquello que los jueces establezcan casuísticamente en sus sentencias, dado que carecen por completo del poder de constituir o de crear o de producir el Derecho constituyente. Los jueces deben conocer y decidir en causas siempre impulsadas por partes litigantes y no deberían pronunciarse de oficio sin litigación y estímulo fundado de una persona, a la sazón parte legítima de una causa judicial. La obligación de los jueces ha de consistir en realizar el Derecho vigente en las causas disputadas. Ese Derecho vigente se constituye básicamente por normas hechas por el legislador en representación de la ciudadanía, cuya generalidad y abstracción define su propia conceptuación e identidad como norma. Hay norma de manera consistente porque ella es "general". Consiguientemente, la idea de una "norma individual" creada por la sentencia del juez es una "falsificación del concepto de norma" (Maier, 2004, p. 35); esa

individualidad adjudicada, precisamente, le quita a la norma su principal rasgo, la generalidad, y provoca, pues, que "norma individual" sea un oxímoron y que los jueces no deban producir el Derecho constituyente del Estado.

El ejercicio del poder de configuración en el Estado constitucional argentino, siempre en representación de la ciudadanía, se titulariza y ejerce con exclusividad por el poder constituyente. Su energía origina la Ley fundamental o su cambio, y su escritura ha de ser la única fuente para el diseño de la regulación de las conductas en una comunidad de ciudadanos en la que todos podrán tener y disfrutar de igual libertad que su semejante.

La realización del Derecho creado por la Escritura fundamental, por su leal acatamiento obediente o su interpretación y aplicación concreta, se debe encontrar a cargo de la ciudadanía y de todos los órganos del gobierno federal. Sin cumplimiento eficaz en grado destacado, no hay Constitución durable. En el caso argentino, sus autoridades son las siguientes: Congreso, presidente, Ministerio Público y Corte Suprema de Justicia (CSJN) y hasta los gobernadores de provincia –y por analogía: el Jefe del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires–, a quienes la Ley fundamental declara "agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución".

Todas las tareas de los servidores públicos enfiladas al cumplimiento de las palabras prescriptivas del poder constituyente son importantísimas. Sin embargo, el rol y la actuación de la CSJN, por sus poderes jurisdiccionales en la decisión de conflictos de Derecho, adquieren estatura por el valor que se podría adjudicar a la interpretación juzgada en la singularidad del caso en el que el Tribunal conozca. Desde la fundación del Estado, la CSJN ha cumplido, cumple y deberá cumplir una tarea inacabable enderezada a la realización apropiada de la Constitución federal solamente dentro de las "causas" que son sometidas a su "conocimiento y decisión" jurisdiccional. El Más Alto Tribunal de Justicia de la República se instaló en 1863 y en octubre de ese año dictó su primera sentencia[10]. 160 años de labor institucional ininterrumpida convierten a la CSJN en uno de tribunales de justicia de una república más "antiguos" del mundo. La totalidad de la colección de las sentencias del Más Alto Tribunal, reunidas en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, se encuentra disponible en la Internet, desde 1863 hasta el presente, en 346 tomos que, en su enorme mayoría, abarcan varios volúmenes. Sin claves ni registros y completamente de acceso libre y gratuito; al alcance de la ciudadanía global. Muy pocas Altas Cortes de Justicia pueden exhibir más de 160 años ininterrumpidos de tarea institucional y la integridad, a fallos completos, de su labor jurídica. Por tanto, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* constituye un patrimonio cultural extremadamente apreciable para la discusión y el desarrollo del Derecho constitucional.

Es, además, una labor pretoriana que encierra en sus entrañas la peculiar creación, en 1909[11], de su doctrina sobre la "sentencia arbitraria" (Carrió, 1994, p. 283-299)[12], que se aplica ampliamente en la actualidad. Una creación de doctrina judicial que permite a la CSJN una declaración de invalidez por el severo escándalo constitucional que irremediablemente contiene sobre toda resolución dictada por jueces inferiores. Así, la Corte deja sin efectos sentencias que en vía

[10] CSJN, *Fallos*, 1:17, *in re* "Miguel Otero c/José Nadal".
[11] CSJN, *Fallos*, 112:384, *in re* "Rey, Celestino M. c/Rocha, Alfredo y otro".
[12] V., también, en bibliografía inabarcable, por ejemplo: Linares, 1949, p. 219-258.

de apelación llegan a su conocimiento y decisión con ese achaque de arbitrariedad, en tanto se encuentren manifiestamente desprovistas de fundamentos en el Derecho aplicable o de las probanzas de la causa.

Aunque las sentencias de la CSJN han de ser solo obligatorias para las partes que han disputado el conflicto de Derecho, también de su labor jurisdiccional se desprende una directiva importante para toda la magistratura de la Argentina. Los jueces inferiores siempre podrán apartarse de la guía determinada por la Corte a condición de que aportasen para hacerlo argumentos serios, convincentes y fundados.

La CSJN, al cumplir su función en el gobierno y ejercer el poder, debería entender con exclusividad en determinadas cuestiones controversiales trascendentes para el país y su ciudadanía; "ciertos objetos de interés para todo el Estado", según sugirió Alberdi (1852, p. 256)[13]. Dicho con otras palabras, la CSJN debe asumir y realizar su tarea "minimalista" en la dicción del Derecho ya "producido" por los poderes políticos (constituyente o constituidos), siempre entre partes litigantes en juicio dentro de su competencia jurídica, y no caer en la tentación maximalista o activista de crearlo judicialmente, que se encuentra prohibida por la Constitución federal. Incurrir en esa conducta prohibida supondría que los jueces se convirtiesen en funcionarios más "supremos" que la autoridad del poder constituyente, con un ámbito de discrecionalidad ilimitado o creativo propio de la configuración del Derecho. Una actuación, además, que comportaría hundir y desnaturalizar sin fundamentos la idea que sobre la Constitución y su autoridad instituyente como forma inicial, racional, pactada, pacífica y elemental del orden jurídico estatal se presenta, más arriba, en § 2.

En suma, la autoridad debe ser la de la Escritura fundamental. Los jueces de la CSJN son autoridades que esa Escritura fundamental ha creado. Una autoridad judicial creada para que, en caso de conflicto litigioso entre partes legitimadas y dentro de su limitada competencia, el Tribunal actúe siempre en el ámbito creado por la Escritura fundamental; para que, bajo la interpretación recta de sus palabras, realicen singularmente la solución jurídica contemplada para el juicio. La autoridad de los jueces de la Corte se debe encontrar subordinada a la autoridad suprema, altísima y establecida por escrito por la Ley fundamental de la República.

## 7 Sin Constitución, no hay democracia: la injusticia social

La Constitución federal regula e institucionaliza un modelo democrático. La Ley fundamental contempla a la democracia como forma de orientación política del Estado. La democracia configura la coexistencia armónica en la sociedad. Una ciudadanía en armonía garantiza la paz comunitaria durable, la misión más alta de

[13] Hay ciertas cuestiones que no se encuentran redactadas en la Constitución federal, porque no todo es previsible por el hombre. Se detecta una falta de regulación normativa. En este tipo de situaciones, que no superan la decena, los jueces de la CSJN podrían superar la "laguna" del Derecho constitucional por intermedio de una sentencia que se pronuncie, siempre, por unanimidad. Contrariamente, además, compútese que hay en el pasado argentino sentencias de la CSJN que no colman lagunas, sino que vacían el texto constitucional, le quitan su contenido, arremeten contra su texto y llevan adelante una contrarreforma prohibida por la Escritura fundamental. Pruebas al canto de esto último: la sentencia del 19/8/1999, en la que una mayoría de jueces en la causa "Fayt" (*Fallos*, 322: 1616) fulminó de nulidad una materia constitucional reformada en 1994 en desmedro de la decisión ciudadana de cambiar la letra de la Escritura fundamental.

la Escritura fundamental del Estado argentino. La paz social alienta y consolida el proyecto de una comunidad organizada, solidaria y respetuosa. La Constitución deberá ser un "tratado de paz" (Legón, 1940, p. 1166), un acuerdo inmarchitable sobre la pacificación relativa en una comunidad integrada por ciudadanos que han de disponer de igual libertad bajo cualquier circunstancia espacial para ordenar las coexistencias en todo tiempo presente y futuro.

La restauración constituyente acaecida desde el 10/12/1983[14] hasta el presente les ha permitido a todos los argentinos y a su sociedad la posibilidad de vivir con deseos de eternidad dentro de un orden libre y democrático, el único autorizado por su Escritura fundamental. La dictadura militar, apoyada por algunos civiles, entre el 24/3/1976 y el 9/12/1983, impuso el terrorismo de Estado (Duhalde, 1983, p. 26-33 y 54-87). El resultado de casi ocho años de autocracia fue la ruptura más abyecta del orden constituyente de la Argentina y su desprecio total. Los dictadores utilizaron el aparato del Estado para cometer crímenes atroces, deleznables, imprescriptibles e imperdonables, que han sido enjuiciados, y una importante cantidad de delincuentes han sido condenados por sus hechos delictuales comprobados. Otros procesos continúan en el presente y otros deberán seguir en el futuro ese camino para castigar a sus autores, coautores, cómplices y encubridores a partir de las evidencias colectadas y la búsqueda de la verdad. A los crímenes de lesa humanidad debe añadirse un daño terminal sobre la economía, la educación, el empleo y, obviamente, sobre la política interior y exterior. La ciudadanía argentina fue la gran víctima porque se trató de un proceso despiadado, delincuencial y de suma crueldad en su contra. Dos palabras resumen la sentencia de la memoria de la ciudadanía sobre ese pasado: "Nunca más"[15]; en especial, a la quiebra de la forma democrática regulada y contemplada por la Constitución para vivir en paz.

Con el reinicio de la democracia constitucional, en 1984, tuvo razón Bidart Campos al aseverar que la "Constitución es el único instrumento de unión que tiene capacidad para motivar el consenso social". Hoy esa "unión" debe ser fomentada, en especial, con la inclusión de los menos afortunados. La pregunta sin respuesta sensata es cómo combatir el maldesarrollo que sumerge, desplaza, y excluye de los beneficios comunitarios a más de un tercio de la ciudadanía y daña, además, a la naturaleza. Las políticas públicas dirigidas contra semejante malestar deberían adoptar, en pleno siglo xxi, una consigna perpetua enderezada a la justicia social: "gobernar es igualar", y erradicar cualquier modelo de explotación salvaje del hombre por el hombre para alcanzar un grado de bienestar aceptable para toda la ciudadanía.

Dentro de las herramientas disponibles en la comunidad argentina, un Estado promotor sin exceso o abuso del intervencionismo, aunque moderadamente regulador, resulta el más razonable. El hecho histórico de su papel de gestor no constituye el único fundamento. ¿O acaso se librará a la iniciativa privada o a la mano invisible del mercado la concreción de la justicia social? Sin un programa enérgico, vigoroso y realizable sobre la justicia social, la educación, la salud, la ciencia, la tecnología, la protección del individuo que padece cualquier desamparo,

[14] El 10 de diciembre de 1983 constituye un momento histórico en la memoria colectiva de la ciudadanía argentina. Ese día el presidente Raúl Ricardo Alfonsín (2018, p. 31-32) dijo: "Vamos a establecer definitivamente en la Argentina la democracia que los argentinos queremos…en el marco bien definido pero históricamente flexible de nuestra Constitución…Vamos a vivir en libertad…".

[15] "*Nunca Más"* se titula el *Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas*, publicado en 1984, en Buenos Aires, por la editorial Eudeba.

todo quedaría bajo el desgobierno irracional de la voluntad del mercado. La experiencia señala, sin perdón, qué sucede y qué sucederá con los excluidos, con los vulnerables si la economía y las decisiones políticas comunitarias importantísimas sobre el bienestar general solamente son manejadas por los poderosos y los afortunados. Mientras que los representantes o servidores públicos en algún momento culminan su ejercicio de los poderes constitucionales, los poderosos y los afortunados siempre intentarán ejercer su dominación, en todo tiempo y espacio.

El cuadro de injusticia social, además, se complica en demasía con la presencia de centros de poder corporativos financieros, económicos y mediáticos. Son poderes que, en muchas ocasiones, operan sin límites estatales sobrepasando sus fronteras jurídicas. En reiteradas oportunidades, sus vínculos y tareas implican la negación del Derecho y en su reemplazo propugnan la imposición del poder del más fuerte, es decir, una "libertad salvaje y sin ley" (Kant, 2008, p. 146). Se trata de entes muy poderosos, que no tienen un territorio soberano, pero ejercen sus poderes desregulados por encima y por debajo del poder constitucional y soberano regulado del Estado. Aunque el irrespeto de la Escritura fundamental del país en el que operan puede ser la base de sus negocios, que implican el estrechamiento o ahorcamiento de la noción de soberanía del Estado, esos poderes tienen una constitución: la maximización de sus riquezas y el incremento de la exclusión. Se trata de una lucha desigual que coloca a poderes con mercados casi globales contra poderes políticos delimitados en un solo Estado.

La "justicia social"[16] es una idea regulativa cambiante. Cada comunidad de individuos debe buscar, desarrollar y mantener la suya, con asiento indisponible en la libertad de cada uno de ellos para decidir y determinar individual y colectivamente todos y cada uno de los pasos de su existencia. En ese orden de ideas, cuando se reforme la Constitución en el futuro, en total consonancia con sus protocolos de enmienda, debería asumirse, normativamente, que la Argentina es un Estado federal basado en la protección de la dignidad humana con su inherente autodeterminación de la persona –el significativo "presupuesto de la representación democrática" (Nino, 1988, p. 422) – y que su misión primordial es realizar la igualdad fundamental entre todas las personas que constituyen la ciudadanía. Hay una "ilusión constitucionalista" (Bobbio, 1998, p. 281) sobre un novísimo marco que instrumente un modelo de socialización en el acceso a derechos, bienes, y en la propia democratización para el acceso y el ejercicio real de los poderes constituidos del gobierno del Estado sin devaluar el principio de subsidiariedad. De ese modo, se podrían aliviar o eliminar, desde la razón constituyente del Estado, los obstáculos y frenos de todo tipo que en la actualidad desnaturalizan la justicia social y aumentan la concentración del poder político en puro beneficio de aparatos tan autocráticos como burocráticos, alejados de una convocatoria plena a la ciudadanía.

Sin dudas, los gravísimos problemas que acucian y angustian el bienestar de la ciudadanía no se resuelven simplemente con principios y reglas jurídicos de la Constitución federal. No ha existido, no existe ni existirá comunidad en el mundo

[16] En 1974, la CSJN resolvió que el objetivo preeminente, según determina el Preámbulo, es lograr el "bienestar general": la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad entre los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de ellos participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización V. *in re* "Bercaitz", CSJN, *Fallos*, 289:430, suscrito por Arturo E. Sampay *et al*.

en la que los problemas sobre el desarrollo, la deuda externa y su perversa esclavitud, el cuidado ambiental, la protección de la niñez y el amparo de la personas mayores, la iniciativa pública y la privada quedasen únicamente solucionados por los enunciados de Derecho de una Constitución, tal como si fuese un acto de magia jurídica.

En este tiempo, la turbulencia se ve aumentada por la presencia de poderes concentrados "sin territorio" –denunciados más arriba– que desbordan los márgenes de las regulaciones jurídicas establecidas para el desarrollo de las relaciones entre el capital y el trabajo. Esa situación disparada con sesgos plutocráticos edifica un contra-modelo imposible de contener por una Constitución y determina una situación de hecho en la que esos poderes desenvuelven impiadosamente su depredación con prácticas en detrimento de la condición humana y la solidaridad.

Una Constitución reformada, por sí sola, no traerá la felicidad y el bienestar a los argentinos. Sin embargo, una nueva discusión que ligase un nuevo compromiso constituyente del Estado argentino afianzaría desde las palabras de la Constitución federal la generación de condiciones favorables al bienestar social y al desarrollo sustentable. Así, la nueva autoridad de la Escritura fundamental, en caso de que fuese reformada, serviría como "carta de navegación" (Alberdi, 1856, p. 158) del Estado en las aguas del siglo xxi.

## 8 La Ley fundamental y su negación

Finalmente, la "Constitución federal de la Argentina, en el tiempo", en los más de 170 años de su duración, ha tenido un "doble rostro" (Merkl, 1993, p. 227-252), una forma experimental que en la práctica puede atravesar todo fragmento de un orden jurídico. Las palabras prescriptivas y ordenadoras de la Escritura fundamental, su propia validez, en muchas ocasiones han sido aplastadas por leyes, hechos, actos o sentencias. Esos actos brutales quizás hayan sido juzgados como regulares por la autoridad que los haya emitido, motivo por el cual fueron para ella una forma del Derecho incuestionable. Sin embargo, desde la comprensión de un lector objetivo —en especial, la doctrina autoral—, ese mismo Derecho se presentaría de forma diversa, es decir, como manifiestamente inconstitucional y, por ende, irracional. Esa ausencia de verdadera razón demuestra que no serían actos o hechos legales compatibles con la Ley fundamental, sino "monstruos" (Vico, 2009, p. 56) jurídicos insanables, dado que el mal desempeño en la interpretación constitucional es la fuente más significativa del "No Derecho" y la desobediencia de la Constitución es desarrollada fatalmente por servidores públicos elegidos, escogidos y designados para cumplirla y obedecerla.

La tensión entre validez y eficacia jurídicas, entre regulación y cumplimiento de aquello que fue objeto de la normación, se corresponde con uno de los problemas invencibles para la ordenación de la existencia humana en comunidad. La perplejidad que exhibe determinada ineficacia de la Constitución federal de la República, la "desconstitucionalización" (Bidart Campos, 1964, p. 141), es decir, el divorcio o incongruencia entre la ordenación de la regla constituyente y la ordenación práctica de la realidad en buena parte de su historia, no cambia la tesis primitiva esgrimida al inicio de este escrito (*ut supra*, § II), porque, pese a toda

clase de desvarío, abuso, exceso o ruptura, su naturaleza política y jurídica ha servido con su Escritura para la fundamentación durable del Estado argentino en el tiempo. Ella, como Ley Altísima fundamental, con su capitalidad normativa, basada, desde luego, en un grado importantísimo y satisfactorio de realización de su validez o compromiso existencial, estableció el gran camino para ordenar una comunidad y pacificar las relaciones ciudadanas, gracias a la inteligencia natural. Una correspondencia bastante razonable entre validez y eficacia puede ser leída como la búsqueda de un tesoro de valor incalculable, el único rostro de la Constitución federal, la plena vigencia del principio de constitucionalidad, una cercanía entre la existencia regulada en las idealidades normativas y un grado correspondientemente satisfactorio de eficacia concretada en su cumplimiento, muy especialmente, por los servidores públicos.

La Constitución instaurada por sus hacedores en 1853 era un capital simbólico con notable protagonismo de la libertad individual y semejante ausencia de instrumentos solidarios para una "lucha permanente contra sus privilegios capitalistas" (Sánchez, 1933, p. 31) a favor de una porción ínfima de sus habitantes. La afirmación de que nuestra Ley fundamental de 1853 es la obra de "mayor sabiduría política que se ha producido en la República Argentina" (Matienzo, 1917, p. 86) podría resultar exagerada en el ámbito epistémico prevalentemente racionalista que, sin subestimar la experiencia, se asume en este escrito; porque siempre una idea resultará factible de superación por la vía de su discusión y progreso ulterior que contenga una nueva declaración sobre el punto debatido. Pese a ello, la lectura de determinados artículos que elijo en la totalidad del texto, con dedicada preferencia sobre otros constitucionalizados –a saber: 18, 19, 28, 29, 30 y 31–, demuestran una redacción originalísima. Además, el texto de la Constitución de 1853, con inclusión de sus reformas de 1860, 1866 y 1898, ha tenido como dirección la despreocupación más completa sobre la solidaridad y la inclusión social de toda la ciudadanía de la comunidad. Contrariamente, su principal preocupación fue la instalación de un modelo capitalista, que, fundado en la libertad individual y la consabida protección de la propiedad y del contrato, autorizó las bases más convenientes para desarrollar una "república esencialmente comercial y pastora" (Alberdi, 1856, p. 23), cuyos beneficios serían conseguidos por una oligarquía de terratenientes con expansión posterior a los bancos y las finanzas. Incluso con todos sus cuestionamientos, sus vicisitudes, demoliciones y ausencias, la autoridad de la Constitución, en el tiempo, sugiere por el mismo hecho de su presencia y naturaleza duradera, quizá, su mayor virtud para determinada orientación política de la coexistencia comunitaria de los argentinos.

Los constituyentes de 1853 presumieron, al ordenar, decretar y establecer la Constitución para la República, que su cumplimiento tendría entidad suficiente para abrir compuertas y autorizaría –como se instruye desde el Preámbulo– la "unión nacional", el afianzamiento de la "justicia", la promoción del "bienestar general", la "defensa común", la garantía de los "beneficios de la libertad" y, en especial, la consolidación de la "paz interior". Solamente corresponde imaginar que ellos presumían que el cumplimiento de esos seis "fines supremos" prescritos en el Preámbulo dependía, en gran medida, de la realización de los principios y reglas de la Escritura fundamental. Incluso construyeron un mapa jurídico casi inigualable en la historia del constitucionalismo, en virtud de que la Ley fundamental que crearon fue para "ellos" y también para su "posteridad". Y al "más allá" de una ciudadanía universal: "… *para todos los hombres del mundo que quieran habitar*

*en el suelo argentino*"; una licencia ubérrima y quizá única por su formulación en la historia de los preámbulos del constitucionalismo.

La actual generación de ciudadanos enfrenta, además, los retos que plantea la revolución tecnológica y los desafíos de la inteligencia artificial en ciernes. No es un ejercicio desorientado postular que la autoridad política en el futuro cercano será constituida y ejercida, aunque sea de manera parcial, por un modelo de inteligencia artificial. Una conjetura que provoca máxima incertidumbre porque solamente la inteligencia natural del hombre combinada con su fina sensibilidad puede garantizar, con certeza limitada, el escenario mayor para la libertad, la igualdad y, en especial, la solidaridad entre todos los humanos de la Tierra.

La ciudadanía del presente, por la vía de la representación, debería dirigir inequívocamente la participación y la orientación democrática de la comunidad. Empero, es la época de la democracia *delegativa* (O'Donnell, 1997, p. 287-304); un escenario en el que los ciudadanos votantes son delegadores en una audiencia complaciente, en la que las autoridades, a la sazón delegados absolutos, tienden a creerse o juzgarse autorizados a gobernar como ellos crean conveniente o les plazca. Como se alega e introduce más arriba, en § II, la crisis del modelo de representación decidido por la Constitución federal constituye un mal muy apreciable de nuestro tiempo, en la inteligencia de que una cantidad de ciudadanos no se siente representado por las ofertas políticas y por el cumplimiento de las funciones que desempeñan muchos servidores públicos. La corrección temprana de este malestar consistirá en repensar el propio modelo de representación política y los apropiados auditorios para deliberar y discutir los problemas comunitarios.

El futuro siempre ha de ser un enigma en el itinerario del hombre. Quizá por eso se haya inventado la Constitución: para que los hombres crean que se ha de gobernar calculadamente con su instrumentación el ingobernable tiempo que vendrá; con insegura propiedad: el "mañana" mismo. Nadie sabe ni sabrá cómo será la ordenación de la vida comunitaria dentro de 170 años. Nadie conoce el porvenir.

El constitucionalismo, desde el siglo xviii, con la Ley fundamental ha previsto un singular modelo de organización para la existencia comunitaria. Casi todos los países del mundo, en la actualidad, poseen una Constitución; una condición inaplazable para las relaciones internacionales y para la autodeterminación comunitaria de la ciudadanía. No hay una Constitución de un Estado que sea exactamente igual a la de otro Estado. En caso de suceder –una instancia imposible empíricamente–, tampoco serían iguales sus formas de interpretación porque los contextos culturales, sociales, políticos, económicos y financieros de determinada comunidad comparada con otra comunidad provocarían la diferencia en la realización de los textos.

La Argentina, desde 1853, adoptó la idea de que la Escritura fundamental plasmada en su Constitución federal debe ser la única, exclusiva, altísima y suprema autoridad para ordenar la vida, la libertad y la igualdad formal de sus ciudadanos, y la distribución y el ejercicio de los poderes constituidos del gobierno. Con todas sus virtudes, con todos sus defectos y con todas sus reformas, la Ley fundamental es y será la guía para nuestro orden fundamental libre y formalmente igualitario, hasta nuevo aviso de cambio siempre protocolizado por la vía que ella misma contempla. Una ordenación prescriptiva, incluso, para las generaciones futuras, a quienes entregamos, sin beneficio político de inventario, una Escritura fundamental para iniciar, modestamente, la labranza de su camino y de su porvenir en la sociedad política del Estado argentino.

La historia del Estado constitucional argentino comenzó con las palabras soberanas emanadas de su Escritura fundamental en 1853. Su duración en el tiempo ha sido, es y debería ser el sesgo más distinguido. Esa duración se revela como una conquista. La Constitución federal es una de las Leyes fundamentales republicana más antiguas del mundo que tienen validez en la actualidad. Todo texto constituyente, con sus palabras escritas y generadoras, puede configurar una determinación jurídica que posea un altísimo grado de concentración y abstracción, acaso con fuerza superior a las bondades ofrecidas por la doctrina judicial o autoral. La validez de esas palabras ordenadoras durante una dimensión temporal generosamente extendida tendrá aptitud para fortalecer o aumentar o enriquecer tanto su conocimiento ciudadano como la realización de sus posibilidades prescriptivas. Sinceramente podría ser el caso de la Constitución federal al examinarse su tránsito en el curso del tiempo; desde la fundación hasta el día en que se termina de escribir este texto que ya llega a su cierre.

En toda comunidad existen diferentes estadios que provocan necesidades. No obstante, la necesidad no crea ni justifica la creación de Derecho por encima de la Constitución, la suma regla del orden. No hay fuente de necesidad suprema que pueda elevarse o equiparar a la Ley fundamental, en la inteligencia de que en un Estado constitucional nada ni nadie debe poseer mayor jerarquía que ella como su Ley Altísima. Por todo ello, la Escritura fundamental es la única, exclusiva, excluyente e inviolable "Ley suprema" para todas las autorizaciones jurídicas en el Estado constitucional. La única fuente para la validación de todo el Derecho. Toda habilitación que el Poder Ejecutivo intente en transgresión manifiesta de la normatividad de la Constitución democrática será insanablemente nula y viciada de nulidad absoluta. Así, si un presidente, se juzgase a sí mismo como un líder a la providencia y se inspirase en fuerzas celestiales, la positividad del Derecho constitucional, en algún momento quitará todo efecto a semejante disparate, especialmente, por la vía dilecta de las ordenaciones contenidas en los artículos 29[17] y 36[18], respectivamente, de la Escritura fundamental. Solo es una cuestión de tiempos.

La Argentina republicana y democrática tiene una matriz de identidad en su Escritura fundamental, único instrumento que autoriza con sus principios y reglas la esperanza de una coexistencia virtuosa, pactada, solidaria y compartida por toda la ciudadanía. Por todo eso, quizá esa conquista distinguida –una experiencia crucial en la plenitud del siglo xxi– pueda ser objeto de un desarrollo racional afirmado. Un proceso esperado en el que la autoridad de las palabras fundamentales de la Escritura sería útil para orientar de manera robusta que la vida sea libre y con justicia social para toda una ciudadanía que desea convivir en paz en la República Argentina. [19]

[17] Artículo 29. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

[18] Artículo 36. Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

[19] Se agradece a Gilmar Ferreira Mendes, Carolina Cyrillo, Paulo Savio Maia y Siddharta Ferreira Legale por sus generosos diálogos para el desarrollo del Derecho constitucional en América del Sud.

## Referências


ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Arjentina:* derivados de la lei que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud y del Tratado Litoral del 4 de enero de 1831. 2. ed. Valparaíso: Imprenta del Mercurio, Santos Tornero y Cía., 1852.

ALBERDI, Juan Bautista. Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853. *In: Organización de la Confederación Argentina*, t. I. Buenos Aires: El Ateneo, 1913.

ALBERDI, Juan Bautista. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. *In: Organización política y económica de la Confederación Argentina*. Besanzón: Imprenta de José Jacquin, 1856.

ALFONSÍN, Raúl Ricardo. *Alfonsín por Alfonsín*. Discursos presidenciales ante la Asamblea Legislativa 1983-1989. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires - Cátedra Libre Democracia y Estado de Derecho, 2018.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional* - realidad, normatividad y justicia en el Derecho Constitucional. Buenos Aires: Ediar, 1964.

BIELSA, Rafael. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1959.

BOBBIO, Norberto. *Autobiografía*. Madrid: Taurus, 1998.

BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. *In*: ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

BUNGE, Mario A. *Diccionario de Filosofía*. México: Siglo Veintiuno, 2001.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y linguaje.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CHOLVIS, Jorge Francisco *et al*. *La Constitución de 1949*: vigencia de sus principios básicos y consecuencias de su derogación. Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 2015.

DUHALDE, Eduardo Luis. *El Estado terrorista argentino.* Buenos Aires: El Caballito, 1983.

EKMEKDJIAN, Miguel A. *Manual de la Constitución argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

ESTRADA, José Manuel. *Curso de Derecho constitucional, federal y administrativo*. Buenos Aires: Sudamericana Billetes de Banco, 1895.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Tentativa para destruir la Constitución: el caso del DNU 70/2023. *Palabras del Derecho*, 09 abr. 2024. Disponível em: https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/4949/Tentativa-para-destruir-la-Constitucion. Acesso em: 09 abr. 2024,.

GONZÁLEZ, Joaquín V. *Manual de la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ángel Estrada, 1897.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2008.

LEGÓN, Faustino. Los constituyentes de 1853. *Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional*, n. 37-38, Buenos Aires, 1940.

LINARES, Juan Francisco. El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, v. XXVII, n. 3-4, Buenos Aires, 1949, p. 219-258.

MAIER, Julio B. El orden jurídico. *In: Derecho procesal penal*: fundamentos, t. 1. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MATIENZO, José Nicolás. *El gobierno representativo federal en la República Argentina.* Madrid: Sociedad Española de Librería, 1917.

MERKL, Adolf Julius. Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes. *In: Gessammelte Schriften*. Erster Band: Grundlagen des Rechts. Erster Teilband, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.

MONTAIGNE, Michel Eyquem de. *Ensayos.* Buenos Aires: Losada, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1988.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa. *In: Contrapuntos*. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización. Buenos Aires: Paidós, 1997, p. 287-304.

POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Madrid: Paidós, 1982.

QUINTANA, Linares. *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado, t. 1*. Buenos Aires: Alfa, 1953.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944.

RAVIGNANI, Emilio. *Asambleas constituyentes argentinas,* t. VI. Buenos Aires: Peuser, 1939.

SÁENZ, Antonio. *Instituciones elementales sobre el Derecho natural y de gentes.* Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-23. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1939.

SAMPAY, Arturo E. *Las Constituciones de la Argentina 1810-1972.* Buenos Aires: Eudeba, 1975.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Los defectos sociales de la Constitución de 1853.* Buenos Aires: Claridad, 1933.

SARMIENTO, Domingo F. *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos de I. J. Rosso, 1929.

VICO, Giambattista. *El Derecho universal*. Barcelona: Anthropos, 2009.

VON HUMBOLDT, Wilhelm. *On language*. The diversity of human language-structure and its influence on the mental devepeloment of mankind. New York: Cambridge University Press, 1988.

Data de submissão: 18 out. 2024
Data de aprovação: 13 jan. 2025

Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# El sistema constitucional de Brasil: la articulación de poderes en las negociaciones comerciales internacionales [1]

*The constitutional system of Brazil: the articulation of powers in international trade negotiations*

*O sistema constitucional brasileiro: a articulação de poderes nas negociações comerciais internacionais*

**Jesús López de Lerma Galán**

Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad Rey Juan Carlos (España). Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (España). Licenciado en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha (España).
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4111-2020

**RESUMEN**: El presente trabajo tiene por objeto analizar el impacto que implica en los poderes constitucionales de Brasil la firma de una negociación comercial o tratado internacional. En una primera parte se estudia el contexto histórico constitucional con especial mención del proceso constituyente de este país, incidiendo en los cambios que supuso la transición de la dictadura a una democracia plena constituida. Posteriormente se investiga la dimensión social constitucional y la incorporación de Brasil en la integración latinoamericana, así como los mecanismos de resolución de conflictos comerciales entre países. También se aborda el ascenso internacional de Brasil a través de las interacciones económicas, analizando su relación con la Unión Europea y Estados Unidos. Con esta investigación se pretende demostrar que Brasil ha participado activamente en diversos procesos de integración, así como en organismo y foros internacionales, para poder desarrollarse y afianzar su presencia en el exterior.

**PALABRAS CLAVE:** Brasil; Derecho constitucional; relaciones internacionales; libre comercio; Estados Unidos; Mercosur; Unión Europea.

[1] Este es un artículo presentado por un profesor invitado, cuyo contenido se encuentra vinculado al proyecto de investigación "Democracia y solidaridad en las integraciones económicas". Proyecto de I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientado a los retos de la Sociedad (Referencia DER2017-83596-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

**ABSTRACT**: The purpose of this work is to analyze the impact that the signing of a commercial negotiation or international treaty implies on the constitutional powers of Brazil. In the first part, the historical constitutional context is studied with special mention of the constituent process of this country, focusing on the changes that the transition from the dictatorship to a fully established democracy entailed. Subsequently, the constitutional social dimension and the incorporation of Brazil in Latin American integration are investigated, as well as the mechanisms for resolving commercial conflicts between countries. The international rise of Brazil through economic interactions is also addressed, analyzing its relationship with the European Union and the United States. This research aims to demonstrate that Brazil has actively participated in various integration processes, as well as in international organizations and forums, in order to develop and strengthen its presence abroad.

**KEYWORDS**: Brazil; Constitutional law; international relations; free trade; United States; Mercosur; European Union.

**RESUMO**: O objetivo deste trabalho é analisar o impacto que a assinatura de uma negociação comercial ou de um tratado internacional tem sobre os poderes constitucionais brasileiros. Na primeira parte, estuda-se o contexto histórico constitucional, com especial destaque para o processo constituinte do país, enfocando as mudanças trazidas pela transição da ditadura para uma democracia plenamente constituída. Em seguida, investiga-se a dimensão social da Constituição e a inserção do Brasil na integração latino-americana, bem como os mecanismos de solução de conflitos comerciais entre os países. Aborda-se, ainda, a ascensão internacional do Brasil através das interações econômicas, analisando a sua relação com a União Europeia e os Estados Unidos. Esta investigação pretende demonstrar que o Brasil tem participado ativamente em diversos processos de integração, bem como em organizações e fóruns internacionais, de forma a desenvolver e reforçar a sua presença no exterior.

**PALAVRAS-CHAVE**: Brasil; Direito Constitucional; relações internacionais; livre comércio; EUA; Mercosul; União Europeia.

**SUMARIO**: 1 Introducción. 2 Desarrollo constitucional en Brasil: estructura y organización democrática. 3 La naturaleza jurídica del constitucionalismo brasileño: el concepto de "Constitución ciudadana". 4 La articulación de poderes constitucionales en Brasil: el Supremo Tribunal Federal como garante del control de constitucional. 5 Orden económico y financiero en Brasil: las negociaciones comerciales internacionales. 6 La integración socioeconómica de América Latina. 7 Los mecanismos de ISDS y el arbitraje como sistemas de resolución de conflictos internacionales. 8 La política comercial estadounidense con Brasil. 9 Negociaciones bilaterales de Brasil con la Unión Europea. 10 Consideraciones finales. Referencias.

## 1 Introducción

Esta investigación analiza los procesos de integración de Brasil dentro de la articulación de poderes que determina su sistema constitucional. El trabajo se inicia con un estudio del proceso constituyente brasileño con especial interés por la Constitución de 1988 y su desarrollo democrático. Posteriormente se profundiza en la afectación de los poderes constitucionales de Brasil ante la firma de un acuerdo de libre comercio, incidiendo en diversas integraciones en las que ha participado este país como Mercosur o las alianzas con la Unión Europea y Estados Unidos. El artículo reflexiona sobre el crecimiento de los países de América Latina, destacando cómo los acuerdos de libre comercio se han convertido en un instrumento para desarrollar alianzas políticas internacionales. También se investigan los mecanismos de resolución de conflictos entre países y los controles jurisdiccionales en los tratados internacionales.

Entrando en materia puede decirse que la integración en América Latina durante el siglo XIX era considerada como un proceso político para lograr la independencia. En esta integración Brasil se incorpora de una forma tardía, constituyendo una excepción cultural, al tener una colonización portuguesa frente a la española, y una excepción política al ser la única Monarquía de la región. Frente a esta situación, el catalizador de la integración sería precisamente el recelo a una intervención europea o al intervencionismo norteamericano[2], así como determinados imperativos de orden económico.

Desde una perspectiva histórica puede decirse que los conflictos y las reivindicaciones sociales han determinado la política de Brasil durante las dos primeras décadas del siglo XX. El anarcosindicalismo en ciudades como São Paulo y Rio de Janeiro, promovieron una fuerte presencia del movimiento obrero como ideología política, cuyo origen viene de Europa (Ferreira, 2016, p. 3). Ahora bien, es necesario un conocimiento del contexto histórico-constitucional en los que se gesta el Estado democrático de Derecho en Brasil (Streck, 2014), para tener una comprensión plena de su evolución política y social.

En consecuencia, a modo de introducción, puede afirmarse que la evolución social y económica de Brasil nace por tanto de un complejo entramado histórico y político muy convulso, que tiene por finalidad acabar con el régimen dictatorial, para desarrollar un modelo constitucional moderno y dotado de garantías como es el determinado por la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Un texto que nace bajo las influencias de las Constituciones como la portuguesa y española de la que cogerá la conformación del Estado de Derecho (Oliveira, 2019, p. 583), así como gran parte del elenco de derechos fundamentales.

## 2 Desarrollo constitucional en Brasil: estructura y organización democrática

Brasil no tiene una historia democrática que se haya desarrollado con normalidad en el tiempo, pues desde 1964 tuvo un régimen militar que duró veintiún años, lo que inevitablemente supuso en este país un estancamiento social,

[2] Para mayor profundización en el contexto histórico de Brasil y la integración latinoamericana revisar la obra de Stersi dos Santos (2008, p. 177-194).

cultural y político, así como un importante retroceso que impidió su crecimiento (Streck y Bolzan, 2014). No obstante, tal y como nos explica García, durante la dictadura militar los sucesivos gobiernos alternarían entre políticas de alineamiento y alejamiento con países como Estados Unidos en lo que se conoció como *pragmatismo responsable* (García, 1997, p. 18), con consecuencias nefastas para el desarrollo de Brasil.

En su contextualización histórica, necesaria para entender el objeto de nuestra investigación, podemos defender que Brasil ha pasado por un proceso de colonización exploratoria, que generó una serie de dificultades en la acumulación, circulación y distribución del capital, conformando un Estado brasileño formado por clases dominantes estamentales (Faoro, 2012), que pasó por diferentes fases en su conformación constitucional. A finales del siglo XIX Brasil, por influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América, adopta el federalismo después de abolirse la Monarquía y proclamarse la República en 1889. La primera Constitución republicana en Brasil se aprueba en 1891 y consagra el federalismo, situación que se mantiene en las Constituciones brasileñas de 1934, 1937, 1946, 1967 y 1969 (Dallari, 1990, p. 52), pero no será hasta la Constitución de 1988 cuando encontramos una verdadera democratización de su sistema político. Este último texto constitucional centrará principalmente nuestro estudio científico.

Entrando propiamente en su proceso constituyente, el 5 de octubre de 1988 se promulgó la Constitución de la República Federativa de Brasil, determinándose que este país es un Estado democrático de Derecho que tiene una estructura federal. La República Federativa de Brasil está formada por veintiséis Estados federados y el Distrito Federal, esté último se rige por una ley orgánica y no por una Constitución federal. El texto constitucional brasileño fue formulado y promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente en 1988, que determinó su régimen político. Dicha Constitución se caracteriza por ampliar los derechos sociales, así como la división administrativa, estableciendo un orden económico basado en la función social de la propiedad y la libre empresa, limitada por la intervención del Estado. El texto constitucional declara que el poder emana del pueblo y será ejercido por medio de representantes elegidos directamente, lo que implica que la Constitución de Brasil ha mantenido los mecanismos tradicionales de la democracia representativa para elegir a los miembros de las Cámaras legislativas y los Jefes del Ejecutivo. También introduce la figura de la iniciativa popular, vinculada a las enmiendas constitucionales y proyectos de ley, además del plebiscito o del referéndum como formas de participación popular. La Constitución adopta el modelo de separación de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, todos ellos independientes y armónicos, si bien se pretende fortalecer al Legislativo y Judicial (Dallari, 1990, p. 52), al objeto de reducir la supremacía que históricamente había mantenido el Ejecutivo.

En 1993, de conformidad con el texto constitucional, se celebró un plebiscito para que el pueblo brasileño pudiera elegir la forma de gobierno. Se planteaba la elección entre Monarquía y República, así como optar por un sistema de gobierno presidencialista o parlamentarista. El resultado del plebiscito determinó continuar con un régimen republicano de sistema presidencialista junto a una división de poderes (Figueiredo, 2008, p. 242). Por tanto, se puede afirmar que la Asamblea Nacional Constituyente optó por el sistema republicano y presidencialista, en detrimento de la Monarquía constitucional, como fue confirmado por el plebiscito.

En cuanto a su estructura, la Constitución de 1988 se distribuye en doscientos cuarenta y cinco artículos en la parte permanente, y setenta y tres artículos más en la parte transitoria, reunidos en capítulos, secciones y subsecciones. En relación con la organización político-administrativa, la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos ellos autónomos. Los Territorios federales integran la Unión, y su creación, así como transformación en Estado serán regulados en ley complementaria. Asimismo, los Estados pueden integrarse entre sí, subdividirse o desmembrarse para anexionarse a otros o formar nuevos Estados o Territorios federales, mediante la aprobación de la población directamente interesada, a través de plebiscito y del Congreso Nacional (art. 18).

Frente a todo lo referenciado, hay que destacar que es competencia de la Unión mantener relaciones con los Estados extranjeros y participar en las organizaciones internacionales; también tiene como competencia organizar y mantener el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensa de Oficio del Distrito Federal y de los territorios (art. 21). No obstante, la Constitución brasileña no ha establecido, en relación con los convenios internacionales o tratados de integración, ni el principio de efecto directo ni el postulado de aplicabilidad inmediata. Esto significa que, hasta que no se haya concluido el ciclo de su trasposición al Derecho nacional, los tratados internacionales y los acuerdos de integración no pueden ser invocados por los particulares, ni pueden ser de aplicación inmediata[3] a nivel interno del Estado brasileño.

## 3 La naturaleza jurídica del constitucionalismo brasileño: el concepto de "Constitución ciudadana"

Respecto a la naturaleza jurídica de la Constitución de 1988 podemos hacer varias apreciaciones. Frente a sectores doctrinales que han defendido la existencia de textos constitucionales duales en los que existía una Constitución jurídica y otra real, aparecen líneas doctrinales como la del jurista alemán Hesse que defienden que los conceptos de "Constitución jurídica" y " Constitución real" no están escindidos, sino que están integrados en el propio texto constitucional. En consecuencia, no podemos partir de un análisis constitucional aislado sin criterio normativo alguno, o hacerlo de una forma estrictamente jurídica, alejados de los componentes reales y sociales que la conforman (Hesse, 1991, p. 14-15).

Autores como Abboud mantienen la necesidad de comprender el texto constitucional y sus derechos fundamentales a partir de su contenido histórico incluido en un proceso "civilizatorio", es decir, analizándolo dentro de la propia historia como un instrumento de transformación de la realidad (Abboud, 2015, p. 140). Partiendo de esta base, el estudio de la Constitución de Brasil debe centrarse en su carácter real y jurídico, así como en las condiciones históricas en las que se ha desarrollado, destacando su fuerza normativa, así como su carácter dirigente. De ahí se infiere la necesidad de que este estudio aborde ciertas cuestiones jurídicas respecto a la articulación de poderes constitucionales en Brasil, que

[3] Supremo Tribunal Federal de Brasil (1998). Sentencia CR 8.279-AGR.

consideramos necesarias para una mayor comprensión de nuestro objeto de estudio.

Evidentemente, no puede negarse que Brasil se ha construido con bases autoritarias y de permanente estrechamiento del espacio público. Superar estas barreras exigía un nuevo replanteamiento constitucional, lo que motivó que la Constitución de 1988 tuviera un vínculo muy intenso en la formación y desarrollo de los derechos fundamentales. Eso implicaba que la relación entre derechos fundamentales y democracia condicionará el propio actuar del Estado. Ante esta situación, era evidente que los derechos fundamentales iban a crear y mantener las condiciones básicas de la vida en libertad, que garantizaran la dignidad del ser humano (Bonavides, 2015), y ese contenido, inevitablemente debía estar incluido en la Constitución de Brasil.

Partiendo de esta base puede decirse que, desde un primer momento, el texto constitucional brasileño de 1988 posibilita una igualdad material que supera la discriminación existente, a la vez que pretende dotarse de garantías individuales, de conformidad con su régimen democrático (Bonavides, 2013, p. 204). La vinculación de Brasil al texto constitucional supuso una organización democrática de la sociedad, con un importante elenco de derechos fundamentales individuales y colectivos, que sirvió para potenciar la igualdad, la justicia social, la separación de las funciones del Estado y la seguridad jurídica (Streck y Bolzan, 2014, p. 99). Siguiendo a autores como Bercovici, todo ello nos lleva a interpretar la Constitución de Brasil como un texto en relación con el Estado y la sociedad, de ahí que dicho texto constitucional se haya denominado como "Constitución ciudadana" (Bercovici, 2011).

Asimismo, hemos de destacar también la preocupación por la dimensión social que recoge el texto constitucional brasileño, tal y como se observa en el Título VIII o en el artículo 170. Unos derechos, denominados de segunda dimensión, que nacieron históricamente a partir del colapso del modelo liberal, y que va a implicar superar el concepto de "igualdad formal" para desarrollar una "igualdad material", en la que las garantías de derechos pasan por una actuación activa del Estado (Sarlet, 2015, p. 47). De todo ello podemos inferir que el principio de Estado social y los derechos fundamentales son características integras del propio texto constitucional brasileño y sirven para componer su identidad constitucional.

## 4 La articulación de poderes constitucionales en Brasil: el Supremo Tribunal Federal como garante del control constitucional

Entrando en el estudio propio de los poderes constitucionales pueden hacerse reflexiones de gran interés en esta línea. El Poder Legislativo se desarrolla en el Título IV, Capítulo I en los artículos 44 a 75 de la Carta brasileña. En contraste con otros países, Brasil no tiene un número fijo de miembros de la Cámara de Diputados en su disposición constitucional, remitiéndose a una Ley Complementaria (LC 78/93) en la que se fijan otros criterios de proporcionalidad de la Cámara, determinando que el número de diputados federales por Estado es ocho y el máximo de setenta y dos, además de establecer que el número de

diputados deberá ser proporcional según su población[4], lo que ha provocado graves distorsiones entre diferentes sectores. La inmunidad parlamentaria de los miembros de la Cámara viene regulada en los artículos 53 al 55 de la Constitución brasileña (art. 53, 54 y 55), entendida como una garantía de las Asambleas, que asegura su autonomía e independencia ante cualquier otro poder (Martínez, 2000).

Como venimos explicando, Brasil construyó su identidad constitucional después de un largo periodo dictatorial. Eso implicaba salvaguardar una serie de reivindicaciones y conquistas para evitar la erosión de los poderes constituidos, consolidando la plena efectividad de sus derechos constitucionales (Sarlet, 2015, p. 66). Hay que señalar que las funciones del Parlamento de Brasil, en su concepción moderna, se pueden dividir en tres grandes bloques como son la legislativa, financiera y aquella destinada al control del Ejecutivo (Santaolalla, 1982, p. 3). Algunos sectores doctrinales consideran que esta institución ha servido para dar encaje constitucional al Ejecutivo, puesto que su carácter fiscalizador se ha debilitado ante la gran expansión del aparato estatal y paraestatal, llamado también Administración directa e indirecta (Bravo, 1988, p. 231). No obstante, el texto constitucional brasileño reconoce que corresponde al Congreso la tarea de fiscalizar y controlar directamente o por cualquiera de sus Cámaras los actos del Poder Ejecutivo, incluidos los de la Administración indirecta (art. 48).

Por otro lado, respecto al Poder Judicial de Brasil, el Supremo Tribunal Federal ha venido acumulando un papel activo en el ejercicio de la función jurisdiccional. Un fortalecimiento del activismo judicial que responde a factores para reforzar las instituciones garantizadoras del Estado de Derecho tales como la constitucionalización de los valores de la comunidad, la conversión de los derechos fundamentales como núcleo básico del texto constitucional o el incremento de los instrumentos de control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos (Cittadino, 2002). La competencia principal del Supremo Tribunal Federal es la garantía de la Constitución, correspondiéndole entre otras funciones procesar y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales; los litigios entre un Estado extranjero u organismo internacional y la Unión, el Estado, el Distrito Federal o el Territorio; la extradición solicitada por un Estado extranjero; la homologación de sentencias extranjeras y la concesión de "exequatur" a las cartas rogatorias, que pueden ser conferidas, por reglamento interno, a su Presidente (art. 102).

Asimismo, el Superior Tribunal de Justicia se compone, como mínimo, de treinta y tres Ministros, y entre sus competencias destaca por procesar y juzgar de forma ordinaria los conflictos de atribuciones entre autoridades administrativas y judiciales de la Unión, o autoridades judiciales de un Estado u Administrativas de otro o del Distrito Federal, o entre las de éste y la Unión. También debe juzgar en recurso ordinario las causas en que fuesen parte de un lado, un Estado extranjero u organismo internacional, y de otro, un municipio o persona residente o domiciliada en el país. Particularmente interesante es la competencia que permite juzgar, en recurso especial, las causas decididas, en única o última

[4] En este caso es necesario señalar que las reglas de un número mínimo y máximo de diputados genera graves distorsiones en el sistema de representación proporcional entre Estados, impidiendo la concreción del principio "one man, one vote", promoviendo el fenómeno denominado "malapportionment". Sobre el tema, véase Santano y Salgado (2013, p. 40-63); Reynoso (2002, p. 55-64).

instancia por Tribunales Regionales Federales o por los Tribunales de los Estados, del Distrito Federal y Territorios (art. 104), cuando la decisión fuese recurrida por contravenir un tratado o ley federal, o les negase vigencia.

En síntesis, podemos determinar que el Supremo Tribunal Federal es el guardián de sus normas y valores constitucionales (Figueiredo, 2007), así como los conflictos con Estados extranjeros. Además, en relación con el control judicial de constitucionalidad de leyes y actos normativos en Brasil, se puede destacar el sistema difuso, de origen norteamericano, mediante el que cualquier juez o Tribunal puede suspender la norma considerada inconstitucional. También tiene el sistema concentrado de origen europeo (Figueiredo, 2008, p. 230), en el que sería el Supremo Tribunal Federal quien ejerce el control de constitucionalidad. Esto es importante, en relación con los acuerdos que se suscriben internacionalmente, de hecho, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, al examinar la constitucionalidad del tratado para ingresar en el Mercosur, dictaminó que dicho acuerdo era conforme con el artículo 4 de su Constitución, convirtiendo a su texto constitucional en una disposición normativa abierta que permitía la integración de los pueblos de América Latina dentro de una unificación más allá de lo económico[5], centrada en aspectos sociales, políticos y culturales.

## 5 Orden económico y financiero en Brasil: las negociaciones comerciales internacionales

En el análisis de la Constitución de Brasil es especialmente interesante el estudio del Título VII referente al "Orden Económico y Financiero". Su Capítulo I alude a los principios generales de la actividad económica. El texto constitucional consagra el orden económico fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, respondiendo a los principios de soberanía nacional, propiedad privada, función social de la propiedad, libre concurrencia, defensa del consumidor, así como del medio ambiente (art. 170). La Constitución de Brasil también incluye referencias a los tratados y acuerdos con otros países, considerados como competencias internacionales exclusivas. El texto constitucional señala que "es de competencia exclusiva del Congreso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarren encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional" (art. 49).

Por otro lado, y en relación con las cláusulas de apertura e integración, que conectarían el Derecho interno del país con el Derecho internacional, podemos afirmar que Brasil encajaría en un sistema aperturista. Su Constitución contempla en su artículo 4 los principios que regirán las relaciones internacionales, prevaleciendo la protección de los derechos humanos y la cooperación entre los pueblos. Se busca no solo la integración económica sino también incluir los campos políticos, sociales y culturales de los países latinoamericanos (Camilo, 2016, p. 173), tal y como se analizará en esta investigación. Sin embargo, entendemos que, al margen de las referencias que contiene el texto constitucional, es también necesario conocer su dimensión social y la articulación institucional de Brasil en

[5] Supremo Tribunal Federal de Brasil (1998). Sentencia CR 8279-AGR.

las relaciones internacionales, determinado cómo pueden verse afectados los poderes constitucionales en la firma de una negociación de libre comercio.

Respecto a las relaciones con otros países, en Brasil están autorizados a firmar acuerdos internacionales el presidente de la República, el ministro de relaciones exteriores y los embajadores jefes de misiones diplomáticas en el exterior. La potestad presidencial de concertar los tratados nace de la propia Constitución brasileña que le compete para "celebrar tratados, convenciones y actos internacionales sujetos al refrendo del Congreso" (art. 84, VIII). Además, la Carta Magna asigna al presidente de la República "mantener relaciones con los Estados extranjeros" (art. 84, VII), al objeto de fomentar las alianzas internacionales.

Con relación al tratamiento interno de un tratado o un acuerdo de libre comercio podemos hacer varias precisiones. Tras su elaboración, negociación y firma el Poder Ejecutivo tendrá la potestad de elevar el proyecto al Congreso, donde será objeto de análisis y dictamen de las Comisiones especializadas como la de Relaciones Exteriores y la de Constitución y Justicia, pasando posteriormente a la Cámara de diputados y senadores (art. 58). Tras aprobarse en la Cámara de diputados es enviado al Senado Federal, donde las decisiones se adoptarán por mayoría de votos. También es importante señalar que en este caso el Poder Ejecutivo puede solicitar a ambas cámaras el tratamiento prioritario con urgencia del proyecto (art. 64 y 65). La obtención del dictamen favorable de cada Cámara conlleva la formalización de un decreto legislativo (art. 59), que finalmente se publica en el Diario Oficial de la Unión.

Autores como Barroso reconocen que las reformas económicas brasileñas incluyen varias transformaciones estructurales que se complementan con una serie de reformas en su sistema constitucional. De hecho, hablamos de unas actualizaciones que fueron precedidas por unas enmiendas al texto constitucional, y otras, que se lograron con la edición de la legislación infra constitucional (Barroso, 2003, p. 274). El 28 de mayo de 2002 se promulga le enmienda constitucional número 36, que permite la participación de extranjeros en un treinta por ciento del capital de las empresas periodísticas y de radiodifusión. Frente a esta situación otras líneas de reformas constitucionales en Brasil pretendían flexibilizar los monopolios estatales, así la enmienda constitucional número 5 modifica la redacción del artículo 25, permitiendo que los Estados miembros concedieran a las empresas privadas la explotación de servicios públicos locales de distribución de gas, telecomunicaciones y radiodifusión sonora, así como de sonido e imágenes. La enmienda constitucional 08 rompe el monopolio estatal y la enmienda 09 hace lo mismo en el área del petróleo, facultando a la Unión Federal la contratación con empresas privadas. Junto a ello se operó una privatización, que no alteraba el texto constitucional, realizada por leyes como la Ley número 8.031 de 12 de abril de 1990, que instituyó el Programa Nacional de Privatización, sustituido por la Ley número 9.491 de 9 de septiembre de 1997 (Figueiredo, 2008, p. 211-212). Un conjunto de leyes y reformas que dieron una mayor participación a la actividad privada, reforzando la capacidad empresarial de Brasil.

Frente a todo lo referenciado, no podemos terminar este apartado sin destacar que el Supremo Tribunal Federal de Brasil también ha concretado el procedimiento constitucional para la incorporación de tratados y acuerdos internacionales. La recepción de los tratados internacionales, celebrados por Brasil en integraciones latinoamericanas, depende para su posterior ejecución a nivel

interno de una sucesión causal y ordenada de actos jurídicos y políticos. En este proceso lo primero es la aprobación del Congreso Nacional mediante decreto legislativo del acuerdo internacional; después la ratificación del acto por el Jefe del Estado, así como la promulgación del tratado por el Presidente de la República para producir efectos en su vigencia interna; finalmente se produce la publicación oficial del tratado[6].

Lógicamente, la ratificación de un tratado en Brasil puede también generar conflictos jurídicos si, por ejemplo, no respeta el procedimiento establecido. Tal y como ha señalado la jurisprudencia brasileña, el tratado no puede ser invocado o tenido en cuenta por el juez interno por la falta del decreto de promulgación correspondiente. El Supremo Tribunal Federal de Brasil ha señalado que la aprobación del tratado por el Congreso nacional y la promulgación del Poder Ejecutivo de los actos internacionales son presupuestos indispensables para la propia aplicabilidad del convenio internacional en el ámbito interno. El Tribunal reconoce la supremacía de la Constitución Federal sobre cualquier acto de derecho internacional público, celebrado por el Estado brasileño. Los tratados y convenciones internacionales no pueden legislar materia sometida a reserva constitucional[7]. Esta doctrina judicial ha sido utilizada frente a casos en los que se invoca un acuerdo internacional, que no ha sido incorporado al derecho interno por falta de promulgación por decreto del presidente. En estos casos no es susceptible de ser aplicado por el juez nacional, solamente a partir de la emisión y posterior publicación del mencionado decreto, el tratado obliga y vincula al Derecho interno.

## 6 La integración socioeconómica de América Latina

En la década de 1980 países como Brasil y Argentina sufrieron importantes deterioros en su actividad económica, lo que supuso una ralentización en su crecimiento. Autores como Bonelli consideran que la apertura comercial brasileña pasa por diferentes fases; primeramente, hay un gradualismo en su progresión, posteriormente se produce un equilibro cambiario como una forma de no perjudicar las exportaciones y de no estimular las importaciones, finalmente se empiezan a desarrollar instrumentos legales de protección no arancelaria en contra de las prácticas comerciales que pueden ser consideradas como desleales (Bonelli, 1995). Esas iniciativas marcan el rumbo de países como Brasil en un proceso de liberalización comercial.

Tras unos años de dificultades, estos países entienden la necesidad de buscar nuevas alianzas socioeconómicas. Es el momento de suscripción de acuerdos en el Mercado Común del Sur (Mercosur) en 1991 al que se suman Paraguay y Uruguay, Argentina y Brasil, formando un grupo que no centrará sus relaciones comerciales en Estados Unidos (Alcalde, 2010, p. 239). La tendencia a largo plazo estuvo marcada por una mayor apertura unilateral expresada en la reducción de aranceles y barreras no arancelarias en diversos países latinoamericanos, como consecuencia de un importante apoyo político y empresarial (Ruesga y Bichara, 2003). Por tanto, se puede entender que Mercosur era un proceso de integración

[6] Supremo Tribunal Federal de Brasil (1998). Sentencia CR 8279-AGR.
[7] Supremo Tribunal Federal de Brasil (1997). Sentencia ADI MC 1480/97.

regional, que surge a principios de los noventa, y en el que tiene una importancia considerable la participación de Brasil. En esta segunda fase de la globalización, Brasil se ha convertido en un país de gran influencia en la integración económica supraestatal más desarrollada en América Latina.

Por otro lado, la creación de Mercosur en 1991 puede clasificarse como una "unión aduanera imperfecta", puesto que los países integrantes tienen la facultad de utilizar diferentes excepciones sobre los niveles arancelarios que se acuerden. De hecho, sobre los países de la zona Sur existe menos complejidad en sus estructuras productivas que en los de otros territorios, lo que supone bajos niveles de comercio interregional (Olivera, 2010; Porta, 2008). A todo ello debemos añadir que los diferentes países latinoamericanos tienen unas economías muy diferentes en cuanto a su desarrollo económico y elementos productivos. Ahora bien, en el caso de Brasil y los países integrantes en Mercosur, se observa cómo sin tener perfeccionada una "zona de libre comercio", se dirigen no solo a una "unión aduanera", sino a la constitución de un "mercado común" (García Guerrero, 2019, p. 93), lo que nos lleva a hacer algunas precisiones.

En el periodo de transición que discurre entre 1991 y 1994, Brasil y el resto de los países de Mercosur crean su estructura jurídica de funcionamiento. El Protocolo de Brasilia en 1991 para la solución de controversias se confecciona para resolver las controversias entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, destacando el papel de la negociación directa para solucionar posibles conflictos. Si aun así no se lograra solucionar los conflictos, los Estados parte puedan someterlos al Grupo de Mercado Común para evaluar la situación y plantear recomendaciones (art. 4 a 6). No obstante, frente a esos ambiciosos proyectos, si analizamos el comportamiento de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de los diferentes países que conforman Mercosur, se ha de señalar que esta integración económica, no ha servido en su totalidad para crear una verdadera integración jurídica (Glitz, 2019, p. 370), pues los medios de actuación del bloque dependen de la política y los instrumentos de ejecución nacionales.

Asimismo, desde una perspectiva más jurídica, el Protocolo de las Leñas (1992) supuso otro avance importante para organizar la asistencia e incentivar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. Este protocolo pretendía armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes en base a los principios de respeto a la soberanía nacional y a la igualdad de derechos e intereses recíprocos (art. 1 a 4). La jurisprudencia brasileña matizó que el Protocolo de las Leñas no afectaba al requisito de que cualquier sentencia extranjera, en orden ejecutiva en Brasil, deba ser sometida previamente a la aprobación de la Suprema Corte Federal[8]. A todo ello, el Protocolo de Buenos Aires de 1994, que establecía la jurisdicción contenciosa internacional en materia contractual (art. 4 y ss.), reconocía la competencia de los Tribunales de los Estados parte para resolver conflictos en materia civil o comercial. Profundizando en nuestro análisis podemos señalar que el proceso de institucionalización del bloque formado por Mercosur lo encontramos con la adopción del Protocolo Ouro Preto, así como por el Protocolo de Olivos (2002) con la creación del Parlamento de Mercosur (Parlasur-2005). Una estructura que pretendía la creación de un marco institucional equilibrado y eficaz, que pudiera servir para la creación de normas efectivas que garantizasen la seguridad jurídica y el proceso de integración.

[8] Supremo Tribunal Federal de Brasil (1997). Sentencia CR 7613- AGR.

Frente a esta formación, se puede señalar que las dificultades políticas y económicas de esta entidad se vieron agravadas por problemas institucionales, derivados de ese consenso que determina el artículo 16 del Tratado de Asunción y artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto. Una serie de dificultades de las que se derivaron situaciones complejas, en las que determinadas actuaciones económicas van a ser bloqueadas por la pauta nacional de un país miembro. Esto se puede observar, por ejemplo, en la falta de plena libertad en la circulación de personas, bienes, capitales y servicios en algunos de los países integrantes de Mercosur, lo que determina una personalidad jurídica imperfecta (Glitz, 2019, p. 373-376), que todavía en la actualidad debe superar algunas deficiencias que lastran su política económica.

## 7 Los mecanismos de ISDS y el arbitraje como sistemas de resolución de conflictos internacionales

Evidentemente, y a pesar de los problemas destacados y la posición de otros países, Brasil defiende la negociación de libre comercio como una forma de conseguir la Inversión Extranjera Directa. De hecho, a través de ese sistema de inversión se pueden conseguir una importante financiación de cuentas externas, que ayude a su crecimiento productivo. Sin embargo, tal y como señalan Abeles y Velarde, acudir a la Inversión Extranjera Directa para resolver los problemas de las economías de Brasil y Argentina, solo era una solución a corto plazo (Abeles y Valdecantos, 2016, p. 17), que haría necesario otros mecanismos de impulsión de su desarrollo.

En esta línea, también hay que destacar que si un tratado de libre comercio incluyera acuerdos sobre los mecanismos de Inversión Extranjera Directa, como es el caso de los tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio, nos encontraríamos con una serie de problemas pues no sólo se reduciría el espacio de política económica sino también la soberanía de los países. No podemos obviar, como nos reconoce Khor, que este tipo de tratados incluyen el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual, las limitaciones a las compras estatales o la creación de empresas nacionales (Khor, 2015).

En el caso de Brasil, como de otros países que firman un acuerdo de libre comercio, están obligados a aceptar un sistema de resolución de conflictos basado en el arbitraje con jurisdicción internacional. Ahondando en las vías de solución, utilizadas por Brasil en la integración iberoamericana, hemos de añadir que el procedimiento arbitral mediante un Tribunal *ad hoc* está compuesto por varios árbitros, formado por juristas de reconocida competencia (art. 7 a 24 Protocolo de Brasilia para la solución de controversias – 1991). También hemos de destacar el sistema ISDS, en inglés *Investor-State Dispute Settlement System*, un procedimiento de resolución de conflictos en el que un Estado inversor puede denunciar a otro Estado si siente que su inversión ha sido perjudicada en algún sentido o ha sufrido cierta discriminación (Olivera y Villani, 2017, p. 123).

## 8 La política comercial estadounidense con Brasil

Al margen de las situaciones referenciadas, Brasil inicia su expansión internacional promoviendo relaciones con grandes potencias como Estados Unidos.

Hay que destacar que en 1994 comenzaron las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), con ciertas limitaciones ante las barreras comerciales mantenidas por Washington. El origen de ALCA está en la Cumbre de las Américas celebradas en Miami; esa organización estaba integrada por treinta y cuatro países, y se planteó como una forma de reducir los aranceles y potenciar la inversión entre diversos países de América Latina. Este acuerdo implicaba un importante paso para los Estados Unidos que repercutía en su crecimiento económico, pero no estaba exento de riesgos pues para las naciones latinoamericanas era un factor que perjudicaba a su independencia política y económica (Kostzer, 2012, p. 10), siendo objeto de la intervención estadounidense.

Las dificultades con ALCA llegan en el año 2003, momento en el que Estados Unidos anuncia su disposición para firmar tratados de libre comercio con los países andinos y centroamericanos. Con ello se pretendía quebrar la resistencia a sus propuestas liberalizadoras, ofreciendo a otros países la apertura del mercado norteamericano. La idea de Sudamérica como eje central de cooperación e integración, propuesta inicialmente por Brasil con la alternativa de un Área de Libre Comercio Suramericana (ALCSA) en 1993, gana intensidad en el año 2000, cuando Brasil sustenta la necesidad de que los países de la región organicen un sistema que participe en el ámbito internacional con mayor autonomía. Con la irrupción del presidente Lula en 2003, Brasil inicia una expansión de su política exterior por Sudamérica. Además, con la Declaración del Cuzco en 2004 se formaliza políticamente la iniciativa regional, creando la Comunidad Sudamericana de Naciones, que en 2007 pasará a denominarse Unión Sudamericana de Naciones (UNASUR). Por otro lado, se produce el nacimiento del Banco del Sur con el apoyo de Brasil, Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela, que tiene la función de servir a Sudamérica en su desarrollo y expansión internacional (Alcalde, 2010, p. 240-241).

A todo ello, Brasil forja un liderazgo regional en los acuerdos de libre comercio que resulta instrumental para su ascenso mundial. En lo económico además de la agenda común, hay un especial interés de las empresas industriales brasileñas por el mercado sudamericano (Gialcone, 2006, p. 74). Sin embargo, Brasil precisa un consenso interno y una aceptación de los países de la región. Hay actores que en el contexto brasileño tienen preferencia de mantener la defensa de los mercados nacionales, mientras que otros sectores valoran la necesidad de enfrentarse a la competencia internacional. Además, la aceptación del liderazgo de Brasil en una unión comercial de los países sudamericanos es compleja, pues suscita cierta desconfianza en determinadas áreas (Alcalde, 2010, p. 245-246), que consideran que la actuación brasileña es unilateral y poco cooperativa entre organismos.

La posición de Brasil frente al sistema internacional de comercio tuvo un importante impulso al alinearse a las políticas promovidas por Estados Unidos. Antes de la llegada del presidente Trump, la estrategia comercial brasileña se basaba en la adopción de unas posiciones críticas en diversos foros multilaterales, así como en la Organización Mundial del Comercio (OMC) al objeto de lograr una serie de acuerdos equilibrados que involucraran a las grandes potencias y a los países emergentes (Amorín, 2015 y Drummond, 2016), ahora por el contrario, explora nuevos caminos y centra su actuación en alianzas y acuerdos de las empresas transnacionales con otros países.

En el plano militar también se establecen negociaciones y acuerdos con Washington que mejoran la posición internacional de Brasil, de hecho, este país invita a Estados Unidos a participar en operaciones en el Amazonas al objeto de fortalecer la respuesta multinacional en el campo de la ayuda humanitaria y la lucha de delitos transnacionales. Estas iniciativas son parte de una serie de acuerdos entre las Fuerzas Armadas de Brasil y de Estados Unidos para impulsar las relaciones entre ambos países (Frenke y Azzi, 2018, p. 192-193). Unas medidas que sirven para la expansión internacional de Brasil, haciendo un replanteamiento de las alianzas que le son necesarias para su proyección.

Además, hemos de añadir que en agosto de 2019 el ministro brasileño de Economía reconocía el inicio formal de negociaciones para concluir un acuerdo de libre comercio con Estados Unidos. El objetivo de estas negociaciones iba más allá de un mero acuerdo de libre comercio, pues buscaba una alianza estratégica con Estados Unidos, que pudiera tener consecuencias directas respecto a la integración, el aumento de las líneas comerciales, la potenciación de las inversiones, la absorción de tecnología o la fusión de empresas. No obstante, en estas primeras negociaciones había efectos no tan positivos, pues se preveía que hubiera sectores que querían proteger sus negocios, frente a otros que cuestionaban la política de subsidios y damnificaciones.

A todo ello se suma que la existencia del acuerdo suscrito por Mercosur con la Unión Europea, tras dos décadas de negociaciones, necesitaba una conciliación ante la nueva línea de acción establecida con Estados Unidos. Esto significaba que Brasil tendría que evitar acuerdos que puedan comprometer los ya suscritos y sus nuevas negociaciones. Asimismo, tanto Estados Unidos como la Unión Europea tienen diferencias normativas de importancia en áreas como la automotriz, la industria alimentaria, sanitaria y la química, que pueden suponer la necesidad de una especial precaución por parte de Brasil para no aceptar algo que pueda generar incompatibilidades (EFE, 2019) y conflictos jurídicos con otros países.

Ante estos conflictos, el Ejecutivo brasileño ha tenido claro que el acuerdo con Washington es un modelo diferente al de Bruselas, pues cada socio tiene características distintas, pero con un claro carácter aperturista. El objetivo de este acuerdo es fortalecer la política de alineamiento de Brasil y Argentina con Estados Unidos, en plena guerra comercial del gigante estadounidense con China, al que se le quieren cerrar espacios de negociación. Un estrategia comercial y mediática por parte de Estados Unidos, que le hace coger mayor peso internacional, y en el que los grandes bloques pretenden ejercer su hegemonía. Por tanto, a través de los acuerdos de libre comercio, Brasil forja un liderazgo regional, que resulta esencial para su ascenso internacional, con alianzas estratégicas con las grandes potencias económicas mundiales.

## 9 Negociaciones bilaterales de Brasil con la Unión Europea

De conformidad con lo que venimos explicando, en las relaciones comerciales bilaterales entre Brasil y la Unión Europea podemos encontrar unas estructuras jurídicas, que se proyectan negociaciones como el Acuerdo Marco de Cooperación Comercial y Económica CEE-Brasil de 1995. Frente a ello hay que destacar la participación de Brasil como país miembro del Mercosur lo que abre un abanico de relaciones de esta entidad con la Unión Europea a través del Acuerdo Marco

Interregional de Cooperación entre ambas entidades firmado en 1995 y que entró en vigor el 1 de julio de 1999. Además, desde la fundación en 1995 de la Organización Mundial del Comercio, Brasil es miembro[9], lo que implica un posicionamiento internacional importante. Eso supone que en la décadas de los años noventa, países como Brasil encabezarán la necesidad de motivar la integración regional al objeto de crear un nuevo orden económico.

La Unión Europea y Mercosur iniciaron la negociación de un amplio acuerdo de asociación en el año 1999, basada en tres directrices básicas como son el diálogo político, la cooperación y el comercio entre las partes integrantes. Las negociaciones se suspendieron en 2004 después de varios intentos fundamentalmente por diferencias en el capítulo del comercio. Será unos años después en el 2010, con la presidencia española de la Unión Europea, cuando empiezan a reanudarse las negociaciones. En el año 2015, Brasil tiene un importante impulso, en un momento en el que el Ejecutivo español lidera el intercambio de ofertas de acceso a mercado de bienes, servicios y compras públicas. Así, por ejemplo, se observa que a partir del 2016 territorios como Argentina y Brasil con sus nuevos gobiernos, impulsaron los acuerdos de libre comercio, incentivando las negociaciones con otros países del entorno europeo (Olivera y Villani, 2017, p. 104). Evidentemente la nueva dirección abría para la Unión Europea y los países como Brasil una línea de actuación comercial basada en acuerdos puntuales.

La Unión Europea está conformada por economías avanzadas con elevados niveles de desarrollo económico. La crisis económica mundial, a partir del año 2008, provocó la retracción de los niveles de demanda y de participación en el comercio internacional, generando un contexto político de austeridad fiscal que, tal y como señalaron el Parlamento Europeo y el Banco Central Europeo, no parecía efectiva para revertir el estancamiento que experimentaban los países integrantes. Por su parte, una de las características distintivas de Mercosur, respecto a la integración europea, reside en que entre los países del Cono Sur existe una menor complementariedad entre las estructuras productivas, lo que implicaba un bajo nivel de comercio interregional. De hecho, las economías que la integran son muy dispares en cuanto a sus niveles de desarrollo económico y social de productividad (Olivera y Villani, 2017, p. 105). Esa disparidad suponía un obstáculo para ejercer una verdadera integración económica que debía superarse.

A todo ello, se debe añadir que los tratados de libre comercio ponen en confrontación diversas líneas de política económica, en las que se analizan las ventajas comparativas sobre el comercio internacional, todo ello marcado por la especialización de la economía en producciones que utilizan intensamente los factores productivos masivos (Feenstra, 2002). En diciembre de 2017 se celebró en Buenos Aires la Conferencia Ministerial XI, y fue otra oportunidad perdida para anunciar un acuerdo político con la Unión Europea. Una situación que volvió a repetirse en Paraguay en 2018, al inicio de una segunda ronda de negociaciones. La falta de acuerdo provocó ciertas tensiones, así como una suspensión en marzo de 2018 por el inicio de la campaña presidencial en Brasil[10].

[9] Información obtenida en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 1 nov. 1995. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:21995A1101(01)&from=ES.

[10] Boletín Económico de ICE núm. 3100 del 1 al 30 de junio de 2018. La política comercial de la Unión Europea, p. 152

Pese a todo, no podemos acabar este apartado sin reseñar que en los últimos años Brasil ha tenido controversias por cierta paralización en la exportación de materias primas, y el estancamiento económico que padece. Además, la comunidad internacional está en una situación de tensión por la guerra de Rusia en Ucrania, lo que ha motivado la escalada de precios de la energía, así como nuevas alianzas, ante un futuro incierto. Una serie de situaciones que han marcado el proceso electoral de 2022[11], y que han servido para que Brasil diseñe una mejor estrategia comercial e impulse de una forma más efectiva sus negociaciones internacionales.

## 10 Consideraciones finales

A modo de conclusión debemos señalar que la reorientación de la política exterior brasileña se está desarrollando en un momento de gran inestabilidad del mundo, marcado por los cambios políticos, las tensiones sociales, las reagrupaciones geoestratégicas o la reciente crisis sanitaria entre otros factores. En los últimos años se han producido una serie de cambios en la política económica internacional que han cuestionado las bases ideológicas de la globalización liberal (García, 2017). Unos cambios que también implican un reto y desafío para los países emergentes, que buscan su crecimiento exterior.

No obstante, y a pesar de todo lo analizado, podemos decir que la nueva concepción de Brasil encuentra en el escenario internacional un ámbito más de oportunidades como lo demuestran los acercamientos a Estados Unidos y la Unión Europea. Los beneficios resultantes de las negociaciones de libre comercio han enfrentado a diversos autores, siendo mayoritarias las posiciones favorables[12] que abogan por los efectos positivos de la externalización en la región, si bien es cierto que es necesario una especialización en las economías de los países. En el caso de Brasil, especialmente a partir del 2016, la clave de su crecimiento es precisamente la aplicación de una acertada política comercial y una instrumentalización jurídica en la que los acuerdos de libre comercio, bien con la Unión Europea o Estados Unidos son determinantes para su proyección internacional. Sin embargo, queda por consolidar de una forma más general el modelo político y económico, que combina el libre mercado con la intervención estatal, dentro de un régimen democrático que lucha por reducir la desigualdad y aumentar el desarrollo. Una serie de cuestiones que Brasil deberá enfrentar en los próximos años para consolidar su posición en la esfera internacional.

Autores como Walt reconocen que nos encontramos con una serie de transformaciones internacionales que han abierto el debate sobre la viabilidad del proyecto de orden internacional basado en el liberalismo (Walt, 2016). Fenómenos como la salida del Reino Unido de la Unión Europea o la política desarrollada en Estados Unidos, en la legislatura del presidente Trump[13] o con la posterior llegada

[11] En el año 2018 obtuvo la victoria electoral el líder de ultraderecha Bolsonaro. Sin embargo, en las elecciones de 2022 la victoria por un estrecho margen fue para el candidato izquierdista Lula.

[12] Sobre la teoría de las ventajas comparativas estáticas se recomienda la obra de Pérez Caldentey y Anesa (2007, p. 129-141); Lin y Chang (2009, p. 483-502).

[13] El presidente Trump actuó de una forma rupturista con la política de Obama, al retirar a Estados Unidos del TTP (Transatlactic Trade and Investmen Partnership) e incluso poner bajo revisión el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, conocido en inglés por las siglas de NAFTA (North American Free Trade). Esa situación de alguna manera iba en una línea contraria a las expectativas aperturistas de los

de Biden, han cambiado el escenario de negociación de países como Brasil, que han tenido que adaptarse a las nuevas circunstancias socioeconómicas y a los cambios que ha implicado la globalización. Unas evidencias que no pueden negarse en los tiempos actuales y que nos exigen estar muy atentos a las nuevas fluctuaciones socioeconómicas que conflictos como la guerra de Rusia con Ucrania o la de Israel con Palestina, pueden desarrollar en los próximos años en los mercados internacionales. De ahí se infiere que las relaciones futuras no serán meros acuerdos económicos sino más bien negociaciones geopolíticas con importantes implicaciones.

Por otro lado, en la última década Brasil se ha plegado a la creación de organismos y foros internacionales en los que poder desarrollarse. Su objetivo ha sido conformarse en un actor global, participando en la conformación de nuevos organismos (Sousa, 2013) como la Unión de Naciones Suramericanas[14], o sumándose a los países emergentes que conforman los BRICS[15]. Además, no podemos ignorar que la crisis del denominado "orden liberal" ha supuesto que países como Brasil tuvieran que profundizar también en otras formas de asociación con otros territorios como China, Rusia, India o los países africanos (Pattey, 2017), lo que le ha servido para consolidarse como una economía relevante en el plano mundial.

Brasil, como propulsor de la integración, busca sobre todo forjar un liderazgo regional en su desarrollo y ascenso mundial. Con ello pretende afianzar su posicionamiento económico y prevenir cualquier intento de incrementar la influencia externa sobre el manejo de los recursos propios. El eje de la estrategia de Brasil es el control de las infraestructuras, y no perder su hegemonía frente a los posibles embates de las empresas extranjeras. Además, hay una renovada vocación por la cooperación e integración regional que refuerce el papel de América Latina, representado principalmente por los países de Mercosur, que buscan expandirse en nuevos mercados internacionales.

De todo lo analizado puede concluirse que Brasil busca su reposición en el plano mundial, comprometiéndose con la integración en Sudamérica y el desarrollo de los acuerdos de libre comercio. Eso implica una expansión de este país, que en lo económico se extiende a un mercado más abierto junto a los demás países sudamericanos, en condiciones que le permiten un acceso comercial basado en esquemas de cooperación e integración. Y todo ello, teniendo en cuenta la necesidad de combinar un sistema de libre mercado con una importante intervención estatal y un régimen democrático, que elimine las desigualdad y consolide las estructuras económicas de este país (Ugarteche, 2008, p. 14-24).

En esta parte final es importante destacar que la firma de tratados de libre comercio ha supuesto para Brasil un impacto en su desarrollo económico y político esencial en su crecimiento y proyección exterior. La globalización ha tenido una incidencia directa en la articulación de los poderes constitucionales brasileños y en

gobiernos de América Latina, como era el caso de Brasil, que estaba involucrada en una dinámica expansionista.

[14] Este organismo, creado para construir una identidad sudamericana surgió en el año 2008, con la firma de un tratado constitutivo que entró en vigor en 2011. En 2018 países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Perú deciden suspender su participación en dicho organismo ante la carencia de resultados y políticas comunes. Brasil dejó definitivamente dicho organismo en 2019.

[15] En los inicios del año 2000 se utilizó estas siglas para denominar a una serie de países emergentes caracterizados por una economía en crecimiento. Las siglas hacen referencia a Brasil, Rusia, India, China Sudáfrica y Argentina.

su definición como país democrático. Como se ha explicado, el Parlamento de Brasil ha desarrollado una intensa labor legislativa en relación con los acuerdos internacionales, lo que ha servido para reforzar su capacidad empresarial en el panorama internacional. Por su parte, el Poder Judicial, a través del Supremo Tribunal Federal ha reforzado las instituciones del Estado de Derecho al determinar la constitucionalidad de los acuerdos suscritos, dotándoles de una seguridad institucional de gran calado en las relaciones internacionales. Una serie de medidas enmarcadas en una importante actuación del Estado brasileño, centrado en la consolidación de negociaciones comerciales con otros países, al objeto de incrementar su crecimiento y proyección exterior.

## Referencias

ABELES, M. y VALDECANTOS, S. "Vulnerabilidad externa en América Latina y el Caribe: un análisis estructural". *Estudios y Perspectivas 49*, Buenos Aires: CEPAL, 2016.

ABBOUD, G. "O processo civilizador e os direitos fundamentais". *História e Cultura,* Franca, v. 4, n. 3, p. 140-155, 2015.

ALCALDE CARDOZA, J. "El liderazgo sudamericano de Brasil: los difíciles caminos de consenso y la hegemonía". *Agenda Internacional* Año, XVII, n. 28, p. 237-248, 2010.

AMORÍN, C. *Ramalá, Teerã e Doha*: memórias da política externa altiva e ativa, São Paulo: Benvira, 2015.

BAUMAN, R. *et al. BRICS*: estudos e documentos. Brasilia: FUNAG, 2015.

BARROSO, L. R. *Temas de derecho constitucional.* Tomo II. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Renovar, 2003.

BERCOVICI, G. "La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution". *Buletín Stiintific – Scientific Bulletín,* Romenia, v. 20, p. 1-33, 2011.

BRAVO LIRA, B. "La Constitución brasileña de 1988, antecedentes históricos-institucionales". *Revista Chilena de Derecho*, v. 15, p. 213-233, 1988.

BONAVIDES, P. *Do estado liberal ao estado social.* 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional.* 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BONELLI, R. *Ensaios sobre politica económica e industrializacão no Brasil*. Rio de Janeiro: SENAI-DEN/DITEC7DPEA7CIET, 1995.

CAMILO HERRERA, J. "Las cláusulas de integración en las Constituciones de Sudamérica: 200 años después de la Carta de Jamaica". *Revista Colombia Internacional*, Universidad de los Andes, p. 165-192, 2016.

CITTADINO, G. Judicialización da política, constitucionalismo democrático e separación de poderes. En L. W. VIANNA, (org.). *La democracia y los tres poderes en el Brasil.* Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ y Belo Horizonte: UFMG, p. 17-42, 2002.

DALLARI, D. A. "Constitución para un Brasil nuevo". *Revista de la Facultad de Derecho,* n. 43-44, p. 49-58, 1990.

DRUMMOND, J. "O Brasil e os tratados plurilaterais: os risco presentes". *Carta Capital on line*, 7 jul. 2016. Disponible en: https://www.cartacapital.com.br/blogs/gr-ri/o-brasil-e-os-tratados-plurilaterais-os-riscos-presentes/.

EFE. Brasil y Estados Unidos inician la negociación para un acuerdo de libre comercio. *En La Vanguardia*, 01 ago. 2019. Disponible en: https://www.lavanguardia.com/internacional/20190801/463804002630/brasil-estados-unidos-negociacion-acuerdo-libre-comercio.html.

FAORO, R. *Os donos do poder:* formacão do patronato político brasileíro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FEENSTRA, R. C. *Advanced International Trade:* theory and evidence. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2002.

FERREIRA SANTOS, G. "La constitucionalización de los derechos sociales: puentes entre Brasil y México". *Revista IUS (México), año X*, n. 38, p. 9-23, 2016.

FIGUEIREDO, M. "La evolución político-constitucional de Brasil". *Estudios Constitucionales*, Año 6, n. 2, Universidad de Talca: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 209-246, 2008.

FIGUEIREDO, M. "Una visión del control de constitucionalidad en Brasil"*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* n. 11, Madrid, p. 131-193, 2007.

FRENKE, A. y AZZI, D. "Cambio y ajuste: la política exterior de Argentina y Brasil en un mundo de transición (2015-2017*)". Colombia Internacional* (96), p. 177-207, 2018.

GARCÍA, E. V. "O pensamento dos militares em política internacional (1961-1989)". *Revista Brasileira de Política Internacional* 40 (1), p. 18-40, 1997.

GARCÍA GUERRERO, J. L. *Constitucionalizando la globalización.* En J. L. GARCÍA GUERRERO, y M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN. *Constitucionalizando la globalización*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 71-136, 2019.

GARCÍA LINERA, A. "A globalizacão morreu". *Opera Mundi. La Paz*, 2 ene. 2017. Disponible en: https://operamundi.uol.com.br/opiniao/46082/alvaro-garcia-linera-a-globalizacao-morreu.

GIACALONE, R. "La Comunidad Sudamericana de Naciones ¿una alianza entre izquierda y empresarios?". *Nueva Sociedad*, v. 202, p. 74-86, 2006.

GLITZ, F. E. Z. "Los 25 años del MERCOSUR y las perspectivas jurídicas del proceso de integración Sudamericana". En J. L. GARCÍA GUERRERO y M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN, *Constitucionalizando la globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 369-391, 2019.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KHOR, M. "A summary of Public concerns on Investment Treaties and investor State Dispute Settlement". En K. MOHAMADIESW (Ed.). *Investment treaties: view and experiences from developing countries.* Ginebra: South Centre, 2015.

KOSTZER, I. *Integración Económica en América Latina*: desafíos en el post-neoliberalismo. Universidad de Buenos Aires, 2012. Disponible en: http://madres.org/documentos/doc20130123135623.pdf.

MARTÍNEZ ELIPE, L. Prerrogativas parlamentarias*. Teoría y realidad constitucional*, v. 3, n. 5, La Rioja: UNED, p. 43-72, 2000.

LIN, J., y CHANG, H. J. "¿Should industrial policy in developing countries conform to comparative advantage or defy it? A debate between Justin Lin and Ha-Joon Chang". *Development Policy Review*, 27(5), Oxford: Blackwell Publishing Ltd, p. 483-502, 2009.

OLIVEIRA NETO, J. P. "Revisión constitucional y garantía de la Constitución en Brasil". *Cuestiones constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* n. 41, p. 579-604, 2019.

OLIVERA, M. *Challenges to Regional Integration in Latin America. WP*, 3/2010. Pavia: University of Pavia, 2010.

OLIVERA, M. y VILLANI, D. "Potenciales impactos económicos en Argentina y Brasil del acuerdo de libre comercio entre el Mercosur y la Unión Europea". *Revista Ensayos de Economía*, n. 50, p. 103-126, 2017.

PATTEY, L. "China made Mauricio Macri a deal he couldn´t refuse". *Foreign Policy*, n. 24, 2017.

PÉREZ CALDENTEY, E. y ANESA, A. "Las ventajas comparativas como falacia y una regla para la convergencia". *Revista de la Cepal*, 93, Santiago de Chile: CEPAL, p. 129-141, 2007.

PORTA, F. "La integración sudamericana en perspectiva. Problemas y dilemas"*.* En *Documento de proyecto*. Santiago de Chile: CEPAL, 2008.

REYNOSO, D. "¿Es tan malo el *malapportionment*? Sobrerrepresentación distrital, bicameralismo y heterogeneidad". *Republicana Política y Sociedad*, Guadalajara, año 1, núm. 1, p. 55-64, 2002.

REYNOSO, D. "Las variedades del bicameralismo en América Latina". *Revista Miriada,* n. 4, p. 9-50, 2010.

RUESGA, S. M. y BICHARA, J. S. "Globalización económica y relaciones laborales". *Trabajo Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales,* n. 12, p. 19-38, 2003.

SANTANO, A. C. y SALGADO, E. D. "El sistema electoral proporcional brasileño y sus distorsiones en la representación de los ciudadanos". *Perspectivas internacionales*, v. 9, n. 2, p. 40-63, 2013.

SANAOLALLA, F. *El Parlamento y sus instrumentos de información: preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1982.

SARLET, I. W. *A eficacia dos direitos fundamentais: Una teoría geral do dos direitos fundamentais na perspectiva consitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUSA, S. J. *Cambios en el poder estructural y países emergentes:* el papel de Brasil como actor internacional. Brasilia: FUNAG, 2013.

STERSI DOS SANTOS, R. S. "A integracao latinoamericano no Século XIX: antecedentes históricos do Mercosul". *Revista Sequência*: estudos jurídicos e políticos, v. 29, n. 57, p. 177-194, 2008.

STRECK, L. L. *Jurisdicão constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

STRECK, L. L. y BOLZÁN DE MORAIS, J. L. *Ciencia Política e Teoría do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

UGARTECHE, O. "Entre la realidad y el sueño. La construcción de una arquitectura financiera latinoamericana". *Nueva Sociedad*, vol. 217, p. 14-24, 2008.

WALT, S. M. "The Collapse of the Liberal World Order", 2016. *Foreign Policy*. Disponible en: https://foreignpolicy.com/2016/06/26/the-collapse-of-the-liberal-world-order-european-union-brexit-donald-trump/.

Data de submissão: 25 out. 2024
Data de aprovação: 13 jan. 2025

Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# O preconceito linguístico como uma injúria: diálogos possíveis entre o Direito Penal e a Análise do Discurso Ecossistêmica

*The linguistic prejudice as an injury: possible dialogues between Criminal Law and Ecosystem Discourse Analysis*

**Tadeu Luciano Siqueira Andrade**

Professor da Universidade do Estado da Bahia (BA). Pós-Doutor e Doutor em Linguística pela Universidade de Brasília (DF). Mestre em Linguística pela Universidade Federal da Paraíba (PB). Bacharel em Direito e Licenciado em Letras.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/3812911976476004

**RESUMO**: O crime de injúria pode ser caracterizado por ofensas envolvendo diversos elementos, como religião, condição de pessoa idosa ou com deficiência, raça, cor, etnia, procedência, entre outros. Decerto, a língua tem uma relação direta com esses elementos, uma vez que faz parte do espaço geográfico onde é falada, da cultura, da etnia de seu falante. Considerando essa interação, este artigo aborda uma relação entre o Direito Penal e Análise do Discurso Ecossistêmica, visando ao reconhecimento da injúria linguística como qualificadora dos crimes de linguagem.

**PALAVRAS-CHAVE**: língua; cultura; etnia; crime de linguagem; preconceito linguístico; injúria linguística.

**ABSTRACT**: Injury crimes have different forms of completion and are characterized by various elements, for example, race, color, ethnicity, religion, geographic space and others. Language has a direct relationship with these elements, since it is part of the geographic space where it is spoken, the culture, and the ethnicity of its speaker. Considering this interaction, this article addresses a relationship between Criminal Law and Ecosystem Discourse Analysis, aiming to recognize linguistic insult as a qualifier for language crimes.

**KEYWORDS**: language; culture; ethnicity; language crime; linguistic prejudice; linguistic insult.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução. 2 Os crimes contra a honra no Direito Penal brasileiro. 2.1 Crimes contra a honra: aspectos históricos. 2.2 A honra no Direito Penal. 3 A injúria no Direito Penal brasileiro. 3.1 Classificação doutrinária da injúria. 4 O preconceito linguístico como injúria linguística. 5 A análise do discurso ecossistêmica: diálogos com o Direito. 5.1 Proposta de uma tipificação da injúria linguística na perspectiva ecossistêmica. 6 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

A linguagem, à proporção que aproxima os sujeitos na interação, possibilita o reconhecimento do falante nos aspectos sociais, geográficos e culturais. No entanto, se vista com preconceito, pode estigmatizar o falante. Nessa circunstância, evidencia-se que certas condutas linguísticas não apenas rotulam o falante, mas também podem causar-lhe um sofrimento psicossocial, considerando o falar diferente como um erro (Soares, 2000). Nesse contexto, o preconceito linguístico que injuria o falante também enseja sua exclusão social.

A partir dessas breves considerações, justifica-se a necessidade de um diálogo entre o Direito Penal e a Análise do Discurso Ecológica (ADE) no que se refere ao delito de injúria. Dessa forma, este trabalho objetiva analisar o preconceito em relação à linguagem do falante que configura uma injúria linguística. A partir desse objetivo, pretende-se: a) despertar no jurista um estudo mais analítico acerca dos crimes de linguagem, sobretudo a injúria; b) reconhecer o preconceito linguístico como uma das formas de manifestação da injúria; c) propor alterações no dispositivo legal referente ao crime de injúria.

Para tanto, serão adotados os pressupostos teórico-metodológicos da ADE no que se refere aos aspectos linguísticos. No aspecto jurídico, recorrer-se-á aos estudos doutrinários sobre os crimes de linguagem, sobretudo a injúria, visando a reconhecer o preconceito acerca da maneira de as pessoas falarem como uma injúria linguística. Assim, o trabalho será fundamentado em pesquisa bibliográfica, considerando os estudos acerca dos crimes de linguagem, consulta à legislação atinente ao tema, partindo de um fenômeno linguístico, bem como na análise da decisão de dois casos referentes a crimes de linguagem, para concluir se o preconceito linguístico é uma das formas possíveis de caracterização da injúria.

Preliminarmente, apresentar-se-á um esboço histórico sobre os crimes contra a honra no Direito pátrio e comparado. Em seguida, o foco será a análise do crime de injúria e sua repercussão para a vítima e no seu contexto social. Na sequência, abordar-se-á a definição do preconceito linguístico como uma injúria linguística. Concluído esse estudo inicial, discorrer-se-á acerca dos pressupostos teóricos da ADE, propondo um diálogo com o Direito Penal. Por fim, serão propostas algumas considerações relevantes acerca da temática, ainda que em estágio embrionário.

## 2 Os crimes contra a honra no Direito Penal brasileiro

Desde os primórdios da história da humanidade, com as leis de Manu, foi assegurada uma proteção à honra como valor inerente à própria personalidade e dignidade humana. Com o tempo, surgiram os diferentes crimes como a calúnia, a difamação e a injúria. Esses delitos, segundo Maia (1929), são crimes de linguagem e têm como elemento constitutivo o *animus*, a intenção, a vontade de caluniar, difamar ou injuriar. Recebem essa denominação porque ocorrem mediante o uso da linguagem.

*2.1 Crimes contra a honra: aspectos históricos*

Desde as mais remotas épocas, a honra era considerada um direito público dos cidadãos. O Código de Manu prescreveu sérias punições aos crimes contra a honra, praticados mediante imputações difamatórias e expressões injuriosas. Todas as condutas ofensivas à honra eram inseridas no crime de injúria, que compreendia qualquer lesão voluntária e ilegítima à pessoa em seus três aspectos: corpo, condição e honra, segundo Prado (2018).

No Direito Romano, sancionavam-se as ofensas ao *illesae dignatatis status, moribus ac legibus comprobatus*, ou seja, um estado de dignidade, confirmado pela moral e pelas leis (tradução nossa), também dentro de um conceito amplo de injúria.

Por sua vez, o Código Penal francês (1810) foi o primeiro a diferenciar a calúnia e injúria. A primeira correspondia à imputação de fato delituoso ou difamatório falso ou não comprovado verdadeiro, e a segunda, à expressão de caráter ultrajante.

Já o Código Penal alemão (1870) considerava os crimes contra a honra como injúria e subdividiu-a em injúria simples, difamação e calúnia.

No Brasil, inspirando-se no Direito francês, o Código Criminal do Império (1830) tipificou crimes contra a honra como: (i) calúnia e (ii) injúria. Essa tipificação permaneceu no Código Penal de 1890. No Código Penal (CP) atual (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), no Capítulo V do Título I da Parte Especial, destinado aos crimes contra a honra, o legislador acrescentou a difamação. Assim, na legislação penal hodierna, existem três crimes contra a honra: a calúnia (art. 138 do CP), a difamação (art. 139 do CP) e a injúria (art. 140 do CP). Os primeiros crimes configuram uma violação à honra objetiva da vítima, o último, à honra subjetiva, conforme será abordado adiante.

Ademais, imprescindível salientar que, no Brasil, a honra é um bem jurídico tutelado não só pelo Direito Penal, mas também pelo Direito Civil, no que se refere aos direitos personalíssimos, considerando violação ao direito moral que enseja responsabilidade civil, com a devida garantia constitucional, como prevê o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (CF): "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (Brasil, 1988).

Por fim, relevante observar que o artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, estabelece que "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

*2.2 A honra no Direito Penal*

A honra engloba os atributos dados aos sujeitos tanto na sua individualidade quanto na coletividade. Noronha (1977, p. 122) conceitua a honra como o "complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria". Nesse sentido, reconhece-se dois tipos de honra que se inter-relacionam: a) a *honra objetiva* (externa) consiste no apreço e

respeito de que todo indivíduo é merecedor como ser social, perante os concidadãos, portanto, corresponde à reputação; b) a *honra subjetiva* (interna) refere-se à autoestima, ou seja, ao valor inerente ao indivíduo em relação aos seus próprios atributos psicofísicos.

No Direito Penal brasileiro, a violação à honra está prevista em três tipos penais distintos: a) *calúnia*: imputar a alguém falsamente a prática de um fato considerado crime; b) *difamação*: atribuir a alguém um fato que ofenda a reputação; c) *injúria*: ofender alguém na sua dignidade ou seu decoro.

## 3 A injúria no Direito Penal brasileiro

A injúria pode consistir em ofensa verbal ou não, escrita ou falada e até mesmo gestual, e viola a honra subjetiva da vítima. Para Hungria (1982, p. 93), "é a palavra insultuosa, o epíteto aviltante, o xingamento, o impropério, o gesto ultrajante, todo e qualquer ato, enfim, que exprima desprezo, escárneo, ludíbrio", consistindo na "manifestação, por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém".

Consoante definido por Bitencourt (2024, p. 454), a injúria corresponde à "expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo", evidenciando "essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno". Portanto, no caso de injúria, não são imputados fatos contra a vítima; na verdade, ocorre a "emissão de conceitos negativos sobre a vítima, que atingem esses atributos pessoais, a estima própria, o juízo positivo que cada um tem de si mesmo".

Nos termos do artigo 140 do CP, o crime de injúria está descrito como: "injuriar alguém, ofendendo lhe a dignidade ou o decoro", considerando-se que dignidade se refere a atributos morais, enquanto decoro abrange atributos físicos e intelectuais, devendo existir, por parte do autor, vontade livre e consciente de ofender a vítima, "atribuindo-lhe um juízo depreciativo". (Bitencourt, 2024, p. 454).

Portanto, ao contrário da difamação, que se caracteriza pela imputação de fato concreto determinado, a injúria ocorre mediante a atribuição de qualidades pejorativas ou defeituosas à vítima.

Vale observar, ainda, que a injúria pode ocorrer em duas circunstâncias: a) pessoais, que se referem à dignidade e direitos personalíssimos da vítima; b) sociais ou profissionais, tratando-se dos aspectos profissionais e sociais da vítima (Bruno, 1978). Por exemplo, chamar um médico de carniceiro ou um motorista de barbeiro ofende a honra desses profissionais no contexto social.

Por fim, releva destacar que a consumação do crime de injúria se dá quando a ofensa à dignidade ou ao decoro chega ao conhecimento da vítima, ressaltando-se que o tipo penal pode ser consumado por várias formas de linguagem, seja verbal ou não verbal. Assim, qualquer expressão linguística contextualizada, um gesto, um sinal, uma simples reticência podem constituir o crime de injúria na integridade dos elementos que o constituem, segundo Maia (1929).

*3.1 Classificação doutrinária da injúria*

Greco (2018), fundamentando-se em Hungria (1982), apresenta diversos tipos de injúrias. No âmbito deste trabalho, convém, a título exemplificativo, destacar a injúria advinda de uma ironia ou do uso de símbolos, por exemplo, em uma festa de aniversário, um convidado dar ao aniversariante um par de chifres ou dizer que vai inscrevê-lo na confraria de São Cornélio. Em outras palavras, o convidado está chamando o aniversariante de "corno". Nesse caso, a injúria é um jogo linguístico e, para compreendê-la, é necessário entender alguns processos semânticos, tais como a metáfora e a metonímia.

Dessa forma, evidencia-se que injúria nem sempre decorre do sentido literal da palavra ou expressão, muitas vezes sendo necessário contextualizar a ofensa para chegar ao seu verdadeiro sentido.

Dentre as várias classificações doutrinárias relativas à injúria[1], cabe destacar os tipos previstos na lei:

a) simples: consiste na violação à dignidade ou ao decoro da vítima mediante xingamento ou atribuição de qualidade negativa;

b) real: caracterizada pela violência ou vias de fato de maneira aviltante, conforme prevê o § 2º do artigo 140 do CP.

c) preconceituosa ou qualificada: caraterizada por termos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição da pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Quanto ao último tipo, convém esclarecer que essa qualificadora é oriunda da Lei nº 9.459/1997, que acrescentou o § 3º ao artigo 140 do CP, cuja redação foi posteriormente alterada pela Lei nº 10.741/2003, nos seguintes termos: "se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência".

Ocorre que, com a promulgação da Lei nº 14.532/2023, que alterou a Lei nº 7.716/1989 (Lei do Crime Racial), a injúria racial deixou de ser uma qualificadora do crime, passando a ser tipificada como crime de racismo: "Art. 2º-A. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional". Com isso, a redação do § 3º do artigo 140 do CP foi alterada novamente para constar apenas: "se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência".

Nesse ponto, denota-se necessário destacar a diferença entre injúria racial e racismo. Apesar de estarem no mesmo campo semântico, apresentam implicações jurídicas distintivas. Assim, embora a Lei nº 14.532/2023 equipare injúria racial e racismo, são tipos penais e bens jurídicos diferentes:

> [...] O bem jurídico tutelado no crime de racismo é a própria dignidade da pessoa humana, não individual, mas coletivamente, enquanto no crime de

[1] Entre outras classificações, vale mencionar que a injúria pode ser: "imediata (quando proferida pelo próprio agente); mediata (quando se utilizar de outro meio ou de outra forma para executá-la: uma criança, um papagaio repetindo ofensas etc.); direta (quando se refere ao próprio ofendido); indireta ou reflexa (quando, ofendendo alguém, atinge também a terceiro); explícita (quando é induvidosa); equívoca (quando se reveste de incertezas, de vacilações)" (Bitencourt, 2024, p. 455).

> injúria racial o bem jurídico ofendido (tutelado) é a honra subjetiva individual da vítima pessoalmente ofendida. (Bitencourt, 2024, p. 473)

Desse modo, a injúria racial consiste em ofender a honra de uma pessoa com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia ou procedência nacional, com o objetivo de humilhar uma pessoa específica. Já o racismo atinge uma coletividade, o que implica em conduta discriminatória dirigida a um grupo, discriminando uma raça de forma geral.

Entretanto, apesar das diferenças, importa considerar que, a partir da Lei nº 14.532/2023, com a equiparação da injúria racial com o racismo, a pena da injúria racial foi aumentada e não remanescem mais dúvidas de que esse delito deve sofrer as mesmas consequências do crime de racismo: imprescritibilidade, inafiançabilidade e incondicionalidade da ação penal pública.

Noutro aspecto, especialmente no que tange ao âmbito deste trabalho, deve-se ressaltar que, tanto na injúria racial quanto no racismo está presente a linguagem, uma vez que não se pode falar em etnia, raça ou origem sem referência à língua. E, quando se fala em língua, segundo Couto (2009), surgem às perguntas: quem fala essa língua e onde ela é falada? Sendo assim, no que se refere aos crimes cometidos em contextos raciais, étnicos e de procedência nacional, está implícita a linguagem, considerando sua interação com a raça, etnia e origem do falante.

Ainda sobre a Lei nº 14.532/2023, vale mencionar o acréscimo do artigo 20-C à Lei 7.716/1989:

> Art. 20-C. Na interpretação desta Lei, o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.

Fazendo uma hermenêutica desse dispositivo, percebe-se que o legislador possibilitou condições de o juiz, na subsunção do caso concreto à lei, considerar condutas preconceituosas referentes à linguagem, uma vez que o preconceito linguístico causa constrangimentos ao falante, expondo-o a situações vexatórias e humilhantes. No entanto, é necessário que os termos linguagem/língua estejam explícitos porque, no Direito Penal, a analogia não é aceita e uma intepretação extensiva de uma norma pode ser prejudicial ao acusado e ao ordenamento jurídico.

## 4 O preconceito linguístico como injúria linguística

Sabe-se que diferentes contextos possibilitam diferentes linguagens conforme diversos interlocutores. Por essa razão, Soares (2000) defende que diferença linguística jamais poderá ser confundida com deficiência, pois ser diferente em matéria de linguagem não configura ser deficiente.

Nos usos linguísticos, percebe-se a coexistência de diferentes falares durante a interação, seja em ambientes formais ou em ambientes mais espontâneos. Essas diferenças se dão por diversos fatores, sobretudo pelas condições socioculturais,

considerando-se a faixa etária, aspectos culturais, o contexto sociopolítico dos falantes, a região geográfica de onde provêm os falantes e ainda o contexto discursivo-pragmático onde estão os interlocutores.

Por isso, há a variação *diatópica* que é influenciada pelo lugar, a *diastrática* refere-se à estratificação social, a *diacrônica* considera o aspecto histórico da língua, a *diagenérica* leva em conta o gênero do falante, e a *diafásica* trata do contexto situacional do evento comunicativo.

Esses fatores evidenciam as diferentes formas para dizer a mesma coisa nos diversos níveis linguísticos. Exemplificando: no nível morfossintático, destacam-se a concordância/não concordância entre o sujeito e o predicado: *"nós vamos"*, *"nós vai"*, *"a gente vamos"*. No morfológico, o uso do verbo *"ter"* no sentido de *"haver"*, no fonético-fonológico, a realização da consoante /l/ como um fonema vocálico em *sa**l*** [*saw*], e no nível semântico-lexical, elencam-se as variações que uma palavra apresenta conforme a região onde é usada, por exemplo, o item lexical *"galinha d'angola* "nas diferentes regiões do Brasil, conforme o *Atlas Linguístico do Brasil* (ALIB), apresenta as seguintes variações: *"guiné"*, *"conquém"*, *"picote"*, *"picota"*, *"garnisé"*, *"galinhola"*, *"angulista*", *"tô fraco".*

Esses diferentes usos mostram as adaptações da língua ao contexto, aos interlocutores, e à situação sócio-discursivo-pragmática, pois "a língua é uma atividade social, um trabalho coletivo, empreendido por todos os seus falantes, cada vez que eles se põem a interagir por meio da fala ou da escrita" (Bagno, 2007, p. 36).

Em uma audiência, por esse evento ser uma interação institucional[2] e considerando o seu aspecto formal (Andrade, 2021), deve-se usar uma linguagem adequada àquela situação, porém, sem desprezar as variantes linguísticas dos interlocutores.

Os exemplos acima mostram que o contexto discursivo-pragmático onde se encontram os interlocutores requer comportamentos linguísticos distintos. Por essa razão, ocorre a adequação linguística. Não se fala, portanto, em linguagem errada ou certa, mas em uma linguagem adequada ou inadequada, considerando todo o contexto discursivo.

A variação evidencia a dinâmica da língua, que não deve ser vista com preconceito, e sim entendida como a forma de o falante se expressar, pois a linguagem é o parâmetro de identificação do sujeito:

> [...] De uma perspectiva linguística, não se justificam julgamento de valor, uma vez que a faculdade da linguagem é inata e comum a toda a espécie humana. As diferenças existentes entre as línguas representam apenas formas de atualização distintas dessa faculdade universal. (Callou; Leite, 2002, p. 7-8)

Decerto, todos são iguais não apenas perante a lei, reforçando o princípio da isonomia, mas também diante da capacidade linguística. Portanto, a diferença linguística não deve ser considerada como uma deficiência para não causar uma injúria ao falante que se sentirá humilhado e menosprezado linguisticamente.

[2] A nomenclatura interação institucional fundamenta-se em Garcez (2002), Drew e Heritage (1992), Del Corona (2009).

A crítica à forma de o indivíduo expressar-se não só o inibe diante do outro, mas também prejudica um dos instrumentos mais importante do homem, que é o domínio da linguagem. Constranger o outro devido à sua forma de falar consiste em uma violação a um direito fundamental.

A crítica à linguagem concerne às formas pelas quais o falante se expressa a partir de seu contexto, considerando a realidade sociocultural e geográfica, por exemplo, um falante que não convive com o mundo jurídico não usaria o verbo "*interpor*" para se referir ao recurso, mas sim "*entrar com recurso*" ou "*recorrer*". Esse mesmo falante, se não conviver com a norma padrão, poderá usar a forma verbal de terceira pessoa do singular e o pronome de segunda pessoa, como em "*tu viu*" em vez de "*tu viste*", ou até mesmo "*eu visse*". Contudo, se um cidadão que conhece a norma padrão usasse essas estruturas não aceitas pela gramática, configurar-se-ia uma inadequação linguística, pois é esperado que esse falante deve usar a linguagem adequada ao contexto.

Na primeira situação, uma crítica ao não uso de o verbo "*interpor*" e à falta de concordância "*pessoa/forma verbal*" consistira em uma violação ao direito linguístico de o falante se expressar conforme sua realidade linguística. Na segunda, a correção não consiste em uma violação aos direitos linguísticos porque se está diante de um falante que conhece a norma padrão e, por isso, deve usar a linguagem adequada. Dessa forma, evidencia-se que não é qualquer correção linguística que viola um direito fundamental. É necessário, portanto, considerar o nível sociocultural do falante, o contexto da interação, os interlocutores.

Depreciar a língua também é depreciar o falante, sua identidade e sua maneira de ver o mundo, pois

> [...] o preconceito linguístico – o mais sutil de todos eles – atinge um dos mais nobres legados do homem, que é o domínio de uma língua. Exercer isso é retirar o direito de fala de milhares de pessoas que se exprimem em formas sem prestígio social. Não quero dizer com isso que não temos o direito de gostar mais, ou menos, do falar de uma região ou de outra, do falar de um grupo social ou de outro. O que afirmo e até enfatizo é que ninguém tem o direito de humilhar o outro pela forma de falar. Ninguém tem o direito de exercer assédio linguístico. Ninguém tem o direito de causar constrangimento ao seu semelhante pela forma de falar. (Scherre, 2013)

A ninguém é dado o direito de constranger o outro devido à forma de expressar-se, considerando o contexto onde está inserido o falante, sua condição sociocultural e econômica. Por isso, os direitos linguísticos constituem o binômio dever/direito. É dever de todos respeitar a linguagem do outro, e direito deste ter sua linguagem respeitada. Parafraseando o princípio da isonomia, pode-se dizer que, como existe a igualdade formal, também deve haver a igualdade linguística.

Assim, a injúria linguística ocorre quando há o preconceito referente à forma de falar, que tem uma relação intrínseca com a raça, a etnia, o lugar social e geográfico do falante. Todos esses elementos são interligados pela língua, pois, como ressalta Sapir (1954), o que ocorre com a raça, ocorre com a cultura. Para o autor, a linguagem determina como o homem vê o mundo, consequentemente, como se relaciona com esse mundo. É o determinismo linguístico. Isso significa que existem diferentes perspectivas e diferentes comportamentos para os diferentes usos linguísticos. Essa é a ideia do relativismo linguístico.

Hymes (2003) defende que o papel atribuído à influência do contexto social/cultural acerca dos diferentes usos linguísticos parece direcionar ao que se poderia chamar de determinismo social, advindo do contexto.

Consubstanciando-se os preceitos desses autores, defende-se neste trabalho que em qualquer análise linguística, seja no campo social ou jurídico, o contexto é imprescindível. Assim, tratando-se de um crime, as circunstâncias em que ocorreu o delito são indispensáveis à dosimetria da pena.

Greco (2018), analisando o crime de injúria, defende que o contexto em que ocorre tal crime é fundamental para sua configuração porque se verifica o *animus injuriandi*, ou seja, dolo do agente de ultrajar a honra da vítima. Nessa mesma argumentação, Prado (2018) diz que a característica da injúria é a exteriorização do desprezo e desrespeito pela vítima. É um juízo de valor negativo, apto a ofender o sentimento e a dignidade da vítima.

Partindo-se do contexto sociocultural da língua na visão de Hymes (2003) e Sapir (1954), bem como fundamentando-se na visão jurídica de Greco (2018) e Prado (2018), verifica-se a injúria como uma violação à dignidade da pessoa humana, e torna-se possível considerar o preconceito linguístico como uma injúria linguística. Nesse contexto, a injúria linguística pode ocorrer em relação à linguagem do outro ou até mesmo pelo próprio uso da linguagem do autor, como ocorre nos crimes de linguagem.

Dessa forma, configura-se a injúria linguística quando há o propósito de discriminar o falante a partir de sua linguagem, sua maneira de falar, desconsiderando a sua realidade sociolinguística e geográfica. Por exemplo, dizer que o "*mineiro engole sílabas"* e o "*nordestino fala cantando"* são condutas discriminatórias e pejorativas, que constituem injúria linguística.

Contudo, se um cidadão escolarizado e conhecedor da norma padrão comete desvios em estruturas, falando, por exemplo, "*a gente vamos"* e "*problema",* em vez de "*problema",* em contexto formais, a correção por parte de seu interlocutor não será uma injúria linguística, uma vez que esse falante conhece e domina a norma linguística.

Por outro lado, caso o cidadão comum, que não teve acesso à norma padrão, disser "*nois vai"* (nós vamos) e "*poblema*" (problema), considerando sua realidade sociolinguística, a correção de maneira preconceituosa e pejorativa constituirá, sim, uma violação aos direitos fundamentais porque ele não tem acesso à norma linguística tampouco à educação formal.

Portanto, criticar a forma de as pessoas falarem, conforme a sua realidade sociolinguística, é um equívoco linguístico, porque desconsidera a realidade linguística do falante em seu contexto e configura um desrespeito humano, pois humilha e desvaloriza a pessoa que recebe a qualificação de que fala "errado". Um erro político, porque, ao se rebaixar a autoestima linguística de uma pessoa ou de uma comunidade, contribui-se para amedrontá-la e exclui-la da vida em sociedade, segundo Lemle (2009).

Nesse contexto, evidencia-se que uma injúria linguística, às vezes, pode causar até um sofrimento maior que uma agressão física. Daí, a possibilidade da interação do crime de injúria com a ADE, consoante será apresentado a seguir.

## 5 A análise do discurso ecossistêmica: diálogos com o Direito

A ADE é uma versão da Ecolinguística praticada no Brasil, surgida na Universidade de Brasília, segundo Couto (2014), e também desenvolvida no grupo de estudos do Imaginário e Ecolinguística, da Universidade Federal de Goiás. Para compreender a ADE, é necessário entender a Ecolinguística como o estudo das relações entre o meio ambiente e a linguagem. Essas relações ocorrem em um determinado espaço, mediante a linguagem usada por uma comunidade de fala.

Daí o tripé em que se fundamenta a Ecolinguística: *povo*, grupo de pessoas ligadas por vínculos políticos, jurídicos, sociais e culturais; *território*, ambiente onde as relações ocorrem, compreendendo não só as relações entre as pessoas, mas também as relações das pessoas com o contexto onde estão inseridas; *língua*, entendida com o conjunto de códigos verbal ou não verbal que possibilitam as interações. Assim, a língua é a própria interação. Não se fala em interação sem a linguagem. É importante considerar que os elementos que integram a Ecolinguística integram também a composição do Estado.

As questões ambientais e ecológicas não constituem o foco do estudo da ADE. Isso não quer dizer que a ADE não as conheça nem com elas se preocupe. Tais questões podem e devem ser estudadas, porém em uma visão mais ampla. Tudo está ligado a tudo. As relações de poder e a ideologia, se estudadas pela ADE, o são em sua totalidade, pois os discursos estão imersos, contextualizados.

A ADE, para analisar o discurso, parte das interações comunicativas como um todo, defende Couto *et al* (2015). Não considera somente o produto dessas interações, mas todo o contexto, as circunstâncias e os interlocutores. O importante é defender a vida e evitar qualquer conduta que possibilite sofrimento ao ser humano.

Esse sofrimento pode ocorrer sob três aspectos: mental, físico e social. Uma atitude preconceituosa pode desenvolver na vítima um sofrimento mental, uma vez que viola a honra subjetiva da vítima. A depender da gravidade, certas condutas causam um sofrimento físico e ainda social, pois implicam as relações interpessoais.

Contextualizando a ADE no âmbito jurídico, pode-se afirmar que há diversas atitudes linguísticas, seja em crimes praticados pela linguagem (crimes contra a honra) seja em intolerância linguística (preconceito referente à forma de o falante usar a sua linguagem). A partir da linguagem, como a identidade do falante, ele se reconhece como sujeito, interage, representa a sua condição social, cultural e até mesmo geográfica. Segundo Couto *et al* (2015) essa linguagem é normal do ecossistema linguístico local.

A ADE adota uma ecologia da vida, segundo Couto *et al* (2015), defende a vida e a luta contra o sofrimento, busca a harmonia, não o antagonismo de ideais. Considera o discurso não apenas nos ecossistemas social e mental, mas também no natural, porque o discurso, como uma interação comunicativa e produto da interação, ocorre nos planos físico, mental e social.

Assim, a ADE consiste em uma mudança de paradigma porque vê o mundo por outra perspectiva: prioriza a defesa da vida na terra e a luta contra tudo o que possibilita sofrimento. Nessa mudança, apresenta-se a injúria linguística, que,

contextualizada em uma situação discursivo-social, pode trazer sofrimento à vítima nos planos mental, social e físico.

A ADE é importante para compreender os fatos jurídicos, pois a verdade do Direito não é captada na sua intimidade, mas em sua relação com o todo, nos âmbitos social e histórico em que tem sua gênese, movimento e existência. O Direito se põe e se mantém por tudo o que não é ele, por outras dimensões das realidades social, cultural e histórica. Por isso, um jurista que é só jurista é um péssimo jurista (Alves, 2016, p. 112).

A título de exemplo, serão apresentados brevemente dois casos veiculados pela imprensa cujas condutas representam injúria linguística.

No primeiro caso, em um hospital do Munícipio de Blumenau – SC, em 9 de maio de 2021, uma mulher, em um atendimento médico disse "que não gostaria de ser atendida por um médico estrangeiro (o médico é venezuelano) e começou a chamá-lo de 'açougueiro', 'carniceiro', e ele 'deveria aprender a falar português, antes de vir trabalhar'" (Timm, 2023).

O Juiz julgou procedente a ação e condenou a mulher a indenizar por danos morais o médico, considerando a violação à honra subjetiva e a profissional. Conclui o magistrado, conforme transcrição de Timm (2023):

> [...] A conclusão do caso é de que as ofensas proferidas pela mulher afetaram a honra do médico. Ser chamado de "analfabeto" e "açougueiro", em clara referência à sua nacionalidade, bem como insinuar que ele não deveria estar trabalhando naquele hospital, influenciam nos sentimentos dele com relação a si mesmo e como terceiros o veem (honra subjetiva e objetiva).

A conduta da ré configura tanto um crime linguístico, tratando-se da injúria advinda de termos que violam a ética profissional do médico, como também a injúria linguística pelo fato de o médico ser venezuelano. Tal conduta pode enquadrar-se no artigo 140 do CP.

No segundo caso, ocorrido em 2018, na cidade de Cuiabá – MT, uma mulher culpou um médico pela morte de sua mãe e desabafou em rede social *Facebook*, proferindo xingamentos. O processo tramitou na 4ª Vara Cível de Cuiabá. O juiz determinou que a ré retirasse a postagem que dizia: "aquele safado carniceiro está lá no hospital atendendo outros pacientes com estupidez e cinismo, prescrevendo dramim, tropinal, dipirona, soro... Estou de saco cheio desse canalha". (Oliveira, 2018)

Nessa situação, a autora da injúria se ateve a termos pejorativos relacionados à atuação profissional do médico, não a sua maneira de falar. Aqui a injúria é praticada pela linguagem, não devido ao uso da linguagem. Os termos utilizados pela autora na postagem possuem caráter difamatório, por isso o juiz determinou a retirada desse o conteúdo. A autora poderia manter apenas o relato dos fatos e suas impressões, mas sem ofender a reputação do médico. No trecho, a seguir, Oliveira (2018), transcreveu um fragmento da decisão do juiz:

> [...] A escolha de termos insultuosos pela requerida associada à considerável repercussão que a publicação alcançou na rede social *Facebook* faz com que a sua manutenção no ar possa gerar lesão grave e de difícil reparação ao requerente, que em alguma medida depende da sua boa reputação para que seja viável continuar exercendo suas atividades na cidade.

Nesse caso, o discurso da ré configurou uma injúria caracterizada por termos que macularam a ética profissional do médico devido à repercussão que tal discurso teve no contexto social. Conduta, dessa natureza, não viola apenas a honra subjetiva da vítima, mas também a objetiva, considerando a divulgação. De acordo com os fundamentos da ADE, evidencia-se que o sofrimento advindo da conduta da autora impôs à vítima um sofrimento mental e social.

### *5.1 Proposta de uma tipificação da injúria linguística na perspectiva ecossistêmica*

Como já indicado, a consumação da injúria se dá mediante o uso da linguagem. Por isso, insere-se nos crimes de linguagem. Shuy (2005) definiu crimes de linguagem como os delitos cometidos por meio da língua. Para esse linguista americano, tais crimes constituem uma atividade criminal consumada por meio da fala, normalmente incluindo crimes sem violência física.

Do sofrimento advindo da injúria, decorrem outros, por exemplo, o sofrimento mental que origina um sofrimento físico e social. Assim, o sofrimento analisado pelo Direito não poderá ser visto apenas como resultado de uma violação a um bem jurídico isolado, mas como uma lesão ao indivíduo nos aspectos físico, mental e social, segundo Andrade (2021).

Correlacionando os tipos de sofrimento físico (natural), mental ou social definidos pela ADE, em oposição ao que preveem os doutrinadores, defende-se que a injúria linguística causa tais sofrimentos porque expõe a vítima a situações que maculam não só a honra objetiva, mas também a subjetiva. Esse sofrimento também é social, pois repercutem no meio social onde se insere a vítima.

A ADE dialoga com o Direito, pois refuta qualquer conduta que proporcione sofrimento aos sujeitos tanto na individualidade quanto na coletividade. Assim, o respeito à linguagem deve ser inserido no rol dos direitos fundamentais. Como a liberdade de expressão é direito fundamental, e expressão é também linguagem, justifica-se que os direitos linguísticos são direitos fundamentais. Enfatiza-se que, na Constituição Federal, precisamente no Artigo 5º é garantida a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de comunicação e a inviolabilidade da imagem da pessoa. Em todos esses direitos, a linguagem está inserida.

Ao falar-se aqui em crime de linguagem, especialmente em injúria linguística, importante destacar oposição ao *crime linguístico* ou idiomático definido na Era Vargas, que se configurava pelo uso do italiano e alemão na interação pelos imigrantes, falantes dessas línguas. Era uma ditadura linguística resultante da violação a um direito fundamental, a comunicação.

Neste trabalho, consoante já determinado, o crime de linguagem se refere aos crimes praticados mediante o uso da linguagem como forma de injuriar, humilhar e menosprezar o falante.

E, no que tange à injúria linguística, apresenta-se a seguinte proposta de tipificação: alterar a redação do § 3º do artigo 140 do CP, acrescentando os termos *língua*, *origem* e *procedência nacional*:

> **§ 3º** *Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à religião, à* ***língua****, à* ***origem****, à* ***procedência nacional*** *ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência.*

Tal inclusão justifica-se na medida em que a língua deve ser considerada nos aspectos interacionais, porque possibilita a interação entre os diversos sujeitos de uma comunidade de fala, e nos aspectos indenitários, pois é uma das peculiaridades do falante. Portanto, a língua é inerente ao falante e usada em situações concretas de interação. Por isso, é um bem jurídico que deve ser tutelado pelo Direito Penal, uma vez que não existe sociedade sem uma língua e língua sem falantes que a usam.

## 6 Considerações finais

A língua é uma das formas que mais identificam o homem não só na individualidade, mas também na coletividade. Discriminar alguém devido à sua forma de falar consiste em uma violação a um direito fundamental porque esse ato está excluindo o falante de interagir com o mundo e com o outro, violando também o bem imprescindível à vida em sociedade, a comunicação.

Nesse contexto, vislumbra-se a importância da ADE para o Direito Penal, uma vez que a ADE não admite qualquer forma de preconceito, sobretudo quando reduz o falante a uma condição humilhante e constrangedora. Para a ADE, a injúria linguística não afeta apenas a honra subjetiva do falante, mas também a sua condição de um ser social, haja vista o sofrimento psíquico também refletir no aspecto social e na interação do falante com os demais.

No Direito Penal, a injúria linguística deve ser vista como uma das formas de discriminar o falante e excluí-lo do convívio social. No momento em que o cidadão comum é criticado, tem sua linguagem estigmatizada, haja vista suas peculiaridades sociais e culturais que interferem na sua competência linguística.

Por essa razão, cabe ao Estado desenvolver políticas que visem ao respeito às diferenças. Do ponto de vista linguístico, não há erro quando há comunicação entre os interlocutores. Assim, tratando-se de políticas linguísticas, o Estado deve se preocupar inclusive com o acesso à justiça por meio da linguagem e o reconhecimento da diversidade linguística, considerando os fatores sociais, históricos e geográficos dos usuários.

Desse modo, considerando a linguagem como bem jurídico imprescindível à vida em sociedade e à própria existência do falante, surge a necessidade de reconhecer e inserir o preconceito linguístico como uma das modalidades de injúria, propondo a alteração do artigo 140 do CP com referência explícita aos termos *língua, origem, procedência nacional*. Trazer essa especificação de forma clara, proporciona uma valorização desses aspectos e evita eventuais discussões acerca de preceitos de interpretação restritiva e vedação da analogia.

Decerto, considerar o preconceito linguístico como uma das formas de injúria contribui para um Direito Penal em sintonia com os problemas de ordem sociocultural, levando em conta os diferentes usos linguísticos e os diversos contextos de interação. Especialmente considerando que os usos linguísticos devem ser considerados em um contexto amplo, haja vista todos os elementos que compõem o cenário interacional interligarem-se. O contexto é indispensável para a configuração do crime de injúria linguística. O sentido que as palavras apresentam é dado no e pelo contexto.

Espera-se que esta pesquisa, ainda que em estágio inicial, possibilite novas visões do Direito Penal, condecorando o Direito como um processo em mudança não ficando restrito aos Tribunais e às mesas dos magistrados.

## Referências

ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e direito*: linguagem, sentido e realidade: fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito. Barueri (SP): Manole, 2016.

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. *A vulnerabilidade comunicativa em audiências nas varas de relações de consumo:* uma análise à luz da ecolinguística. Tese (Doutorado em Linguística) – Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

BAGNO, Marcos. *Nada na língua é por acaso*: por uma pedagogia da variação linguística. São Paulo: Parábola, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* - v. 2: parte especial (arts. 121 a 154-B): crimes contra a pessoa. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 21 out. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal.. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997*. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo no art. 140 do Decreto-lei e 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9459.htm. Acesso em: 09 out. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023*. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de

atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

COMITÊ NACIONAL DO PROJETO ALIB. *Atlas linguístico do Brasil*: questionários 2001. Londrina: UEL, 2001. Disponível em: https://alib.ufba.br/sites/alib.ufba.br/files/questionario_alib_digitalizado.pdf. Acesso em: 22 set. 2023.

COUTO, Hildo Honório do. *Linguística, ecologia e ecolinguística*: contato de línguas. São Paulo: Contexto, 2009.

COUTO, Hildo Honório do. Linguística ecossistêmica crítica ou análise do discurso ecológica. *In*: COUTO, Elza Kioko Nakayama Nenoki do; CINTRA, Ema Marta Dunck, BORGES, Lorena Araújo de Oliveira (Orgs). *Antropologia do imaginário, ecolinguística e metáfora*. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 27-42.

COUTO, Hildo Honório do; COUTO, Elza Kioko Nakayama Nenoki do; BORGES, Lorena Araújo de Oliveira. *Análise do discurso ecológica.* Campinas: Pontes, 2015.

DEL CORONA, Márcia. Fala-em-interação cotidiana e fala-em-interação institucional: uma análise de audiências criminais. *In*: LODER, Letícia Ludwig; JUNG, Neiva Maria. *Análises de fala-em-interação institucional*: a perspectiva da análise da conversa etnometodológica. Campinas: Mercado de Letras, 2009, p. 13-44.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial: artigos 121 a 212 do Código Penal. São Paulo: Atlas, 2018.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

HYMES, Dell. Models of the interaction of language and social life. *In*: PAULSTON C. B. & TUCKER G. R. (eds.) *Sodolinguistics the essencial readings*. Oxford: Blackwell Publ., 2003.

LEITE, Yonne; CALLOU, Dinah. *Como falam os brasileiros*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. (Coleção Descobrindo o Brasil).

LEMLE, Miriam. *Guia teórico do alfabetizador*. São Paulo: Ática, 2009.

MAIA, Campos. *Delictos da linguagem contra a honra*. São Paulo: Saraiva, 1929.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

OLIVEIRA, Otmar. Juiz manda apagar *post* que xinga médico de safado carniceiro. *MidiaNews*, 02 mar. 2018. Disponível em: https://www.midianews.com.br/judiciario/juiz-manda-apagar-post-que-xinga-medico-de-safado-carniceiro/319917. Acesso em: 29 dez. 2024.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte especial - arts. 121 a 183. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SAPIR, Edward. *Lingüística como ciência*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1954. Trad. de J. M. Câmara Jr. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1954.

SCHERRE, Marta. O preconceito linguístico deveria ser crime. Galileu (online).ed. maio. São Paulo: *Globo,* 2013. Disponível em: http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI110515-17774,000. Acesso em: 20 out. 2024.

SHUY, Roger. W. *Creating language crime:* how law enforcement uses (and misuses) language. New York: Oxford University Press, 2005.

SOARES, Magda. *Linguagem e escola*: uma perspectiva social. 15. ed. São Paulo: Ática, 2000.

TIMM, Otavio. Mulher que chamou médico venezuelano de "açougueiro e carniceiro" dentro de hospital no Vale do Itajaí é condenada. *O Município Blumenau,* 28 mar. 2023. Disponível em: https://omunicipioblumenau.com.br/mulher-que-chamou-medico-venezuelano-de-acougueiro-e-carniceiro-dentro-de-hospital-no-vale-itajai-e-condenada/. Acesso em: 27 dez. 2024.

Data de submissão: 14 nov. 2023
Data de aprovação: 13 jan. 2025

Revista
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# A gestão empresarial de serviços públicos e seus impactos no Estado Democrático e no Direito Administrativo

*Corporate management of public services and its impact on the democratic state and administrative law*

**Robertonio Santos Pessoa**

Pós-doutorado em Teoria do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Pós-doutorado em Ciências Político-Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor titular do curso de Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí. Procurador da Fazenda Nacional.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/9426835691271531
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4871-0127

**RESUMO**: O presente artigo objetiva analisar os impactos da gestão empresarial dos serviços públicos no âmbito do Estado Democrático e do Direito Administrativo, especialmente no que tange às parcerias público-privadas. Nesse desiderato, por meio de um estudo descritivo, de abordagem qualitativa, orientado pelo método dedutivo, mediante procedimento de coleta de dados por levantamento bibliográfico, será abordado, inicialmente, o avanço da gestão empresarial nos serviços públicos. Em seguida, refletir-se-á sobre como o incremento do neoliberalismo pode ter influenciado a dinâmica privatizante da Administração Pública. A partir dessas premissas, será examinado se, em matéria de serviços públicos, a autonomização da gestão público-privada, distanciada das instâncias políticas, administrativas e sociais de controle, pode afetar a gestão democrática desses serviços, mormente no contexto da estrutura jurídico-política de um Estado social e democrático. Por fim, apresentar-se-á como essas transformações podem impactar conceitos e princípios concernentes ao Direito Administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE**: Estado Democrático; Direito Administrativo; serviços públicos; gestão empresarial; autonomização.

**ABSTRACT**: The aim of this article is to analyze the impacts of corporate management of public services within the scope of the Democratic State and Administrative Law, especially with regard to public-private partnerships. To this end, by means of a descriptive study, with a qualitative approach, guided by the deductive method, through a data collection procedure based on a bibliographic survey, the advance of business management in public services will initially be addressed. It will then reflect on how the rise of neoliberalism may have influenced the privatization dynamics of public administration. Based on these premises, it will be examined whether, in terms of public services, the autonomization of public-private management, distanced from political, administrative and social control bodies, can affect the democratic management of these services, especially in the context of the legal-political structure of a social and democratic state. Finally, it will be presented how these transformations can impact concepts and principles concerning Administrative Law.

**KEYWORDS**: Democratic State; Administrative Law; public services; corporate management; autonomization.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução. 2 O avanço da gestão e exploração empresarial nos serviços públicos. 3 O DNA neoliberal da dinâmica privatizante na Administração Pública. 4 Consolidação e autonomização de um campo de gestão público-privada. 5 Impactos no Direito Administrativo. 6 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

Passadas quatro décadas de hegemonia da razão neoliberal, pode-se constatar a progressiva difusão de uma dinâmica privatizante que se alastrou sobre variados setores da Administração Pública, e cujas principais manifestações foram destacadas pelo administrativista português Paulo Otero (2003, p. 304): privatização das formas organizativas; privatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas; privatização do Direito regulador da atividade administrativa e privatização das relações laborais infra administrativas.

Abordando em tom de quase denúncia essa questão, o renomado publicista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello acrescentou ao seu festejado "Curso de Direito Administrativo" um apêndice intitulado "*O neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro",* onde faz uma contundente denúncia sobre a colonização dessa disciplina jurídica pela ideologia neoliberal entre nós. Para o ilustre mestre (Mello, 2021, p. 998-999):

> [...] As teorias econômicas, sociais, políticas e, portanto, também jurídicas, não surgem do nada. Pelo contrário, elas são a face visível, o revestimento exterior, a feição "sofisticada" de interesse concretos que fermentam no seio da sociedade. Correspondem, portanto, muitas vezes, tão só a uma forma lapidada e esmerilhada de interesses de determinado ou determinados segmentos, os dominantes, apresentada sob a forma de proposições concatenadas, articuladas e ademais blindadas com o rótulo de "científicas", para captarem os créditos de uma pretensa neutralidade.

Por isso, o Direito Administrativo encontra-se nos últimos tempos sob intensa crítica. A sua doutrina e formulações teóricas têm se tornado um espaço de intensas disputas ideológicas. Por isso, devem sempre ser denunciadas manipulações que se insinuam nesse estratégico campo jurídico com pretensões modernizantes, e que pretendem conferir um *status* de "ação pública legítima", e, às vezes, a única possível, a certas escolhas voltadas à promoção de interesses nem sempre republicanos.

No contexto do presente artigo, será abordada uma das principais manifestações desse fluxo privatizante, que concerne à privatização da exploração e da gestão de serviços públicos[1]. Em relação a esse recorte, primeiramente é necessário diferenciá-lo da mera privatização de empresas públicas, na qual a alienação do capital social público a empresas ou consórcios de empresas privadas assume um caráter irreversível, salvo um eventual processo de nacionalização ou reestatização.

[1] Nesse aspecto, parece relevante mencionar que "a noção de serviços públicos é variável em função do espaço, do tempo e principalmente do papel que a coletividade confere ao Estado. É o ordenamento jurídico que atribui a determinada categoria de atividade a qualificação jurídica de serviço público, submetendo-a total ou parcialmente a regime jurídico de Direito Administrativo. O legislador erige as categorias de serviços públicos, conquanto obedeçam aos preceitos constitucionais. São finalidades que fazem com que determinadas atividades sejam consideradas serviços públicos: proteger setores delicados ou estratégicos da especulação privada; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos (justiça social); suprir carências da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico ou o desenvolvimento nacional; ordenar o aproveitamento de recursos finitos, como os hidroelétricos; manter a unidade do país" (Nohara, 2024, p. 425).

Ademais, importante considerar que, ao remeter a empresas privadas a gestão e a exploração de serviços públicos, o movimento privatizador transfere para entes privados serviços públicos até então prestados diretamente pelo Estado, ensejando a consolidação crescente de um "Estado público-privado".

De maneira ilustrativa, pode-se observar esse movimento em países como a França, pátria da ideia moderna de "serviço público", onde processos de privatização de empresas estatais costumam enfrentar uma maior resistência do que em outros países capitalistas. Entretanto, progressivamente, a feição de um *Estado neoliberal* assumida pelo Estado francês ensejou menos processos de privatização *tout à court* de suas empresas públicas e mais processos de privatização da gestão e exploração de serviços públicos.

Assim, a observação desse fenômeno evidencia que um processo contínuo e ininterrupto de privatização de serviços administrativos, além de esvaziar o setor público, pode limitar o espaço material da atividade da Administração Pública e, assim, acabar por reduzir o campo de operatividade do Direito Administrativo. Portanto, um movimento privatizador desenfreado e, sobretudo, fora do quadro axiológico e teleológico da Constituição, poderá converter-se em séria ameaça ao Direito Administrativo do século XXI (Otero, 2003, p. 309).

Diante desse cenário, o presente artigo objetiva analisar os impactos da gestão empresarial nos serviços públicos, e seus reflexos no âmbito do Estado Democrático e do Direito Administrativo, por meio de um estudo descritivo, de abordagem qualitativa, orientado pelo método dedutivo mediante procedimento de coleta de dados por levantamento bibliográfico.

Nesse desiderato, inicialmente, será abordado o avanço da exploração e gestão empresarial nos serviços públicos, por meio de parcerias público-privadas ou outras formas de concessão, com o escopo de se ponderar quanto os benefícios daí advindos em termos de eficiência e modernização são superdimensionados, enquanto os seus eventuais custos democráticos tendem a ser desconsiderados.

Em seguida, refletir-se-á sobre como o incremento do neoliberalismo pode ter influenciado a dinâmica privatizante da Administração Pública, a fim de analisar como as transformações operadas na gestão e na exploração de serviços públicos costumam conduzir a situações mais vantajosas para as empresas e desvantajosas para o conjunto da população no médio e longo prazo, especialmente para as camadas mais vulneráveis e desassistidas, historicamente excluídas de uma efetiva cidadania.

A partir dessas premissas, será examinado se, em matéria de serviços públicos, a autonomização da gestão público-privada, distanciada das instâncias políticas, administrativas e sociais de controle, pode afetar a gestão democrática desses serviços, gerando impactos negativos mormente no contexto da estrutura jurídico-política de um Estado social e democrático.

Por fim, apresentar-se-á como essas transformações têm sido acompanhadas de mudanças na visão de Estado e do seu papel diante dos serviços públicos e do mercado, tendo potencial para operar significativas alterações nas categorias e princípios que informavam tradicionalmente o Direito Administrativo.

## 2 O avanço da gestão e exploração empresarial nos serviços públicos

Nos últimos vinte anos[2], ocorreu um crescente avanço da exploração e da gestão empresarial de serviços públicos, especialmente na Europa e América Latina[3], em decorrência de uma progressiva delegação de serviços públicos a empresas privadas, instrumentalizada por meio de diversas modalidades de parcerias público-privadas. Ademais, esse fenômeno foi acompanhado pela instituição de *autoridades independentes* e/ou *agências reguladoras*, encarregadas da regulação dos serviços públicos delegados na nova ambiência do chamado Estado Regulador. Decerto, estes sinais evidenciam profundas transformações nas modalidades de intervenção pública no espaço social, bem como das soluções institucionais adotadas para a realização dos interesses públicos.

Entretanto, sob o mote de uma "modernização administrativa"[4], tem ocorrido um complexo processo de "empresarialização" de diversos aspectos da organização e da atuação da Administração Pública, no contexto de uma ampla redefiniçao das tarefas públicas entre o Estado e o setor privado promovida pela ideologia neoliberal. Essas transformações têm apontado para uma efetiva reconfiguração do papel e das funções do Estado, com um nítido reforço da

---

2 No Brasil, o marco relativo aos últimos vinte anos converge com a promulgação da Lei nº 11.079/2004, que "institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública". Entretanto, a fim de contextualizar adequadamente a questão, importa desde já destacar que o início do processo desestatizante no país foi implementado desde a década de 1990, a partir do "Programa de Reforma do Estado", decorrente de um contexto histórico marcado pela crise, desemprego, inflação, baixo crescimento econômico na década de 1980, cuja responsabilidade foi atribuída ao tamanho e à ineficiência do Estado. Esse plano foi inspirado no modelo neoliberal inglês de Margaret Thatcher: "A exposição de motivos da adoção do modelo no Brasil justifica sua utilização pelo sucesso alcançado em países como a Inglaterra, Irlanda, Portugal e África do Sul. Nota-se na atualidade que alguns desses países já amargam prejuízos decorrentes da inexperiência e promoveram adaptações de sua legislação numa tentativa de salvar o que já foi iniciado". (Nohara, 2024, p. 480)

3 "Com efeito, a maioria das privatizações nos países em desenvolvimento ocorreu no contexto da aplicação das políticas de ajuste estrutural, surgidas no âmbito das recomendações de austeridade econômica que se convencionou chamar de Consenso de Washington. Esse termo, cunhado em 1990 pelo economista inglês John Williamson, designa o conjunto de políticas liberalizantes recomendadas pelo tesouro norte-americano, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para países em desenvolvimento (todos com sede em Washington, daí o nome). Nos anos 1990, muitos líderes políticos e também teóricos da burocracia comprometeram-se com as premissas do Consenso de Washington. A América Latina, grosso modo, o fez por ter passado traumaticamente pelos anos 1980, e os países do Leste Europeu, em razão da falência do modelo estatal soviético. Muitas nações africanas adotaram as políticas do Consenso primordialmente por encontrar-se em estado calamitoso de fome, miséria e turbulência política e social. Muitas das mudanças nos contornos do Estado (e das respectivas políticas macroeconômicas) nos países em desenvolvimento foram, assim, incentivadas por organismos multilaterais, que reforçavam a necessidade das mudanças estruturais na economia por meio de políticas baseadas em empréstimos ancorados em condicionalidades – isto é, a obrigação de adoção de determinadas medidas como condição para a liberação de recursos e empréstimos" (Coutinho, 2014, p. 23)

4 "Adicionalmente, o FMI e o Banco Mundial não raro associaram a privatização total ou parcial de ativos estatais no setor de infraestrutura ao desenvolvimento e maturação do setor privado que, por sua vez, era associado a um processo de redução da pobreza. A privatização, em outras palavras, seria responsável pelo ingresso de novos *players* capitalizados e, portanto, aptos a realizar os pesados investimentos privados em infraestrutura pública. A isso se agregaria a eficiência gerencial típica da gestão privada ao serviço público. Mais do que isso, a privatização também foi associada à imagem de um sinal emitido pelos governos em favor do desenvolvimento liderado pelos investimentos privados – e não mais por um Estado produtor estrangulado e asfixiado. Esse argumento concatena-se com outro: o da liberação de fundos para auxílio ao combate à pobreza como resultado da privatização – isto é, a privatização estaria associada aos benefícios fiscais decorrentes do aumento de arrecadação dos governos com as vendas de estatais e também como resultado da liberação dos governos do ônus de financiar investimentos." (Coutinho, 2014, p. 24)

contribuição dos atores privados na chamada governança pública (Freeman, 2000, p. 543 e ss.).

Isso implicou, desde logo, na implementação de novos arranjos e distribuição de tarefas e de responsabilidades entre os setores público e privado, baseados numa clara "lógica de emagrecimento" e de retração de uma gestão direta dos serviços públicos pelo Estado. Retração esta que aparece, em larga medida, como consequência da injunção de poderosas forças econômicas (Gonçalves, 2008, p. 14).

O incremento da participação empresarial na gestão/exploração de serviços públicos se deu com o objetivo, frequentemente anunciado, de se aproveitar, na máxima medida possível, a "capacidade privada para servir objetivos públicos" (Freeman, 2000, p. 549). Sob esse fundamento, a Administração Pública tradicional, frequentemente rotulada de "burocrática", deveria ceder espaço à emergência de novos modelos, especialmente aqueles gestados no setor privado, empregando-se, nesse sentido, duas estratégias básicas nos últimos tempos: a *privatização de responsabilidades públicas* e a *ativação de responsabilidade privadas*. Ambas as estratégias apontam para um nítido reforço da responsabilidade dos "atores privados" na realização do bem comum.

A conjugação da questão dos "déficits públicos" com a ideologia imperante, que sublinha a glorificação da eficiência econômica do setor privado, assume nesse cenário um papel decisivo para a insurgência de um fenômeno que Paulo Otero (2003, p. 304 e ss.) denomina de "dinâmica privatizadora da Administração Pública", com a irrupção de uma verdadeira "fúria" privatizante, que se alastra com intensidade cada vez maior no campo dos serviços públicos.

Como já mencionado, entre as diversas formas e manifestações que essa "dinâmica privatizadora" tem assumido, interessa neste trabalho a análise relativa à privatização da gestão e da exploração de serviços públicos, assim entendidos aqueles submetidos à competência prestacional do Estado por normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Embora a delegação de serviços públicos a particulares não se apresente como um fenômeno novo[5] no Direito Administrativo, tendo sido adotada mesmo em períodos históricos em que havia intensa atuação pública do Estado, existe uma diferença substancial entre o uso da participação privada na gestão de

[5] "Vários instrumentos de gestão de serviços públicos são previstos no direito brasileiro. O art. 175 da Constituição estabelece que 'incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos'. O dispositivo agasalha, portanto, a concessão e a permissão de serviços públicos. No entanto, faz referência à prestação direta pelo Poder Público. [...] Quando a Constituição fala em execução direta, tem-se que entender que abrange a execução pela Administração Pública direta (constituída por órgãos sem personalidade jurídica) e pela Administração Pública indireta referida em vários dispositivos da Constituição, em especial no art. 37, *caput*, e que abrange entidades com personalidade jurídica própria, como as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Essas são as formas tradicionais de gestão dos serviços públicos. No entanto, outras formas foram surgindo no direito positivo brasileiro, como as parcerias público-privadas, os contratos de gestão com as organizações sociais, as franquias. Também não se pode deixar de lado os consórcios públicos e convênios de cooperação previstos no art. 241 da Constituição. Atualmente, as principais formas de gestão abrangem: a) a concessão e a permissão de serviços públicos, disciplinadas pela Lei nº 8.987, de 13-2-95; b) a concessão patrocinada e a concessão administrativa, englobadas sob o título de parcerias público-privadas na Lei nº 11.079, de 30-12-04; c) o contrato de gestão como instrumento de parceria com as chamadas organizações sociais, disciplinadas, na esfera federal, pela Lei nº 9.637, de 15-5-98" (Pietro, 2024, p. 126).

serviços públicos que se fez em grande parte do século XX e a que ocorre atualmente.

Segundo Pedro Gonçalves (2008, p. 16), a diferença resulta da própria natureza das tarefas públicas para cuja prestação as empresas privadas vêm sendo convocadas. Pela via da clássica "técnica concessória", elas eram chamadas a assumir responsabilidades no domínio da gestão e exploração de serviços públicos de natureza essencialmente técnica ou empresarial, o que se traduzia numa participação na execução de tarefas estatais periféricas.

Hoje, todavia, em face de um abusivo alargamento do espectro das funções e serviços delegáveis, empresas que atuam em regime de mercado são chamadas a assumir responsabilidades na execução direta de tarefas *nucleares* do Estado, *intrinsecamente públicas*, e que correspondem, em certa medida, a mais profunda razão de ser e de existir do próprio Estado. E isso traz consigo uma crescente influência de empresas privadas e fortes grupos econômicos nos processos decisórios de relevância pública.

Nesse contexto, observa-se que a constante ênfase na superioridade da gestão privada sobre a gestão pública tem solapado a autoconfiança do setor e dos agentes públicos, e, de certa forma, erodido gradualmente sua capacidade para uma ação autônoma em relação ao mercado. Nessa mesma direção, a nossa capacidade coletiva para distinguir o público do privado e para teorizar sobre a natureza específica da esfera pública em relação aos domínios da ação privada e do mercado tem se degradado sob a onipresença da racionalidade neoliberal. Assim, muitos governos têm aplicado soluções próprias da chamada nova gestão pública (*new public manegement*) em suas administrações.

Com isso, nas últimas duas décadas, formou-se um novo senso comum no que diz respeito às vantagens da gestão privada e dos instrumentos de parcerias público-privadas (*public-private partnership*), como a forma mais eficiente de prestação dos serviços públicos, sem se abdicar da titularidade do Estado sobre tais serviços. Consolidou-se um movimento de reformas administrativas, que conferem um novo alcance a empreendimentos público-privados e seus especialistas, agora elevados ao papel de líderes da transição de uma administração supostamente arcaica para o novo patamar de uma Administração Pública moderna e mais resolutiva no que concerne a resultados[6].

Como consequência, tem se disseminado uma vertiginosa e acrítica propagação da necessidade de reformulação de conceitos, princípios, institutos e categorias do Direito Administrativo, tendo em vista uma incorporação do paradigma da gestão/exploração privada de serviços públicos. Este movimento ideológico tem conferido um certo suporte e respaldo a relevantes mutações doutrinárias, jurisprudenciais e a projetos reformistas, gestados por políticos e pela alta burocracia estatal formada nas *business school*, não sem o aval ou complacência da academia[7].

---

[6] Veja-se, sobre isso, o grande alarde que se faz hoje nos meios políticos-administrativos, acadêmicos e na grande mídia sobre as vantagens da participação de empresas privadas no novo mercado do saneamento, regulado por uma ANA ampliada em suas competências, e sua potencialidade de elevar os índices do saneamento básico em nosso país aos patamares pretendidos pela Agenda da ONU até 2033.

[7] Veja-se, neste sentido, as mutações que Antoine Vauchez e Pierre France registraram na recente evolução da jurisprudência do Conselho de Estado francês (2021, p. 165-178).

Nesse contexto, são menosprezados os aspectos nebulosos presentes nesse novo no campo público-privado e seus deletérios efeitos, tanto no que concerne à efetivação de interesses públicos como no que diz respeito ao comprometimento de valores democráticos[8] consagrados pelo constitucionalismo contemporâneo (Vauchez; France, 2021, p. 60-61).

## 3 O DNA neoliberal da dinâmica privatizante na Administração Pública

O neoliberalismo, gestado a partir da década de 1980 no Reino Unido e nos Estados Unidos, se apresenta como uma nova "racionalidade governamental", que visa reconfigurar o papel do Estado, limitando-o à proteção do regular funcionamento do livre mercado, com práticas de desregulamentação, privatização, austeridade fiscal, desmonte dos mecanismos de proteção do trabalho e da seguridade social[9].

[8] Nesse contexto, parece interessante mencionar estudo relativo à equidade em países em desenvolvimento: "Para que se tenha uma espécie de 'roteiro' para a aferição dos efeitos da privatização sobre a equidade em países em desenvolvimento, Ramanadham (1995) sugere que as seguintes indagações sejam feitas: houve aumento da renda nacional das classes menos favorecidas? A parcela da riqueza total detida por esses grupos aumentou como resultado da privatização? Deu-se um excessivo fluxo de remessa de lucro e capital para o exterior após as privatizações? Ramanadham acredita que, em princípio, a privatização reforça a concentração econômica, de modo que disparidades de renda tendem a ser agravadas e as distorções na riqueza pioradas. 'Esses fatores', explica, 'não nascem com a privatização e sim com o capitalismo e economias de livre mercado. A privatização apenas em países em desenvolvimento serve ao propósito de agravá-los em certas condições em que é implementada' (Ramanadham, 1995: 31). Vê-se, desse modo, que esse autor credita às privatizações, em princípio, um papel negativo no que respeita aos impactos sobre a equidade". Especificamente no que tange ao Brasil, a doutrina indica que: "Há poucas evidências de que os ganhos de produtividade obtidos com as privatizações tenham sido repartidos com as camadas mais pobres da população. Ao contrário, os lucros auferidos pelas ex-estatais privatizadas são indícios de que tais ganhos ficaram nas mãos dos novos proprietários; boa parte desses ganhos, ademais, são remetidos ao exterior, o que impacta fortemente o balanço de pagamentos. As remessas de lucro aumentaram de US$ 1,6 bilhão em 1990 para US$ 2,5 bilhões em 1994 e para US$ 7,2 bilhões em 1998. Essa progressão, sem dúvida, reflete remessas de empresas privatizadas; em suma, as privatizações não modificaram a má distribuição de renda no Brasil. Ao contrário, podem tê-la agravado. Isso leva à conclusão final de que a equidade não foi, indubitavelmente, uma prioridade na privatização brasileira" (Coutinho, 2014, p. 30).

[9] No que concerne ao Brasil, a doutrina indica que: "na contramão dos objetivos constitucionais, como reflexo da pressão sofrida pelas economias latino-americanas na década de 90 por meio dos organismos de financiamento internacionais pós-Consenso de Washington, há o fortalecimento do discurso neoliberal. Este também foi sentido no movimento europeu de integração, principalmente na vertente que pôs em xeque o modelo nacional de *Welfare State*, até então tido em alta consideração. A partir da promoção de medidas liberalizantes e privatizantes, houve uma pressão para que os serviços públicos adquirissem caráter menos de direito (social) e mais de mercadoria, dentro do que Di Pietro ressalta como "mercadorização" (mercantilização) dos serviços públicos, sendo os utentes ou usuários dos serviços equiparados a meros consumidores de produtos ou clientes de serviços. Essas modificações produzem na Europa uma nova crise na noção de serviço público, sendo até profetizado por alguns o seu desaparecimento. Ressalte-se que a Constituição de 1988, em sendo democrática, incorpora preceitos que são influenciados por diversas ordens de forças e valores sociais, dentro do respeito ao pluralismo de concepções políticas e ideológicas. Todavia, não se pode ignorar que o neoliberalismo é uma concepção que, se levada ao extremo, dificulta o projeto de realização dos objetivos constitucionais presentes no art. 3º da Constituição. Ademais, no Brasil, as atividades que o ordenamento positiva como serviços públicos são titularizadas pelo Poder Público, que pode exercê-las direta ou indiretamente, por meio de delegação contratual, conforme dispõe o art. 175 da Constituição, sendo por ele reguladas de forma mais rigorosa, para a garantia de efetivação de direitos sociais, o que pressupõe, do ponto de vista do regime jurídico, princípios como a continuidade, universalização e dever de oferta indistinta" (Nohara, 2024, p. 427).

Desfraldando a bandeira da eficiência, ocupou-se, num primeiro momento, com a "retirada" do Estado de domínios por ele ocupados tradicionalmente, em especial a prestação de serviços públicos, sob a alegação da falência dos "modelos burocráticos".

Contudo, nas últimas décadas, a intensificação de uma dinâmica privatizante parece pretender algo mais ambicioso e ousado: a própria "transformação da ação pública", tornando o Estado uma esfera também regida por regras de mercado e submetida às exigências de eficácia, semelhantes àquelas das empresas privadas.

A premissa básica, sempre esgrimida como um mantra pelos defensores da "abertura" do setor de serviços públicos ao mercado, é que a concorrência e a gestão privada dos serviços públicos seria a forma mais eficiente de sua prestação à sociedade.

Nesse sentido, as tecnologias do *manegement*, desenvolvidas no mercado capitalista, são apresentadas como remédios mais eficazes para uma gestão pública mais eficiente. O *manegement* torna-se o modelo universalmente válido para pensar a ação pública e social (Dardot; Laval, 2016, p. 272-230). Os princípios, métodos, arranjos e novos *designs* da administração gerencial se tornaram, paulatinamente, a nova panaceia para todos os problemas da "gestão pública". Esse *gerencialismo* tem servido de suporte para uma agenda administrativa que privilegia os interesses de fortes grupos econômicos e seus representantes políticos.

Para a visão neoliberal, o principal fator da superioridade do novo modelo residiria no "efeito disciplinador" da concorrência, que serviria como estímulo constante à eficiência, à inovação e à melhoria de desempenho (Dardot; Laval, 2016, p. 290). É esta a premissa, assumida ou não, que acompanha todas as medidas "modernizadoras" que vêm sendo tomadas, e que visam "delegar" ao setor privado a prestação de amplos segmentos dos serviços públicos.

Entretanto, visto que esses serviços, por disposição constitucional, não podem ser simplesmente "privatizados", em razão da titularidade estatal expressamente conferida à responsabilidade das pessoas políticas federativas, de forma privativa ou comum, evidencia-se que a delegação do serviço não deixa de ser, em certo sentido, uma forma de "privatização" da gestão pública. Em certo sentido, é essa titularidade estatal impostergável que permite para os novos parceiros públicos um sistema de partilha de riscos até mais vantajoso em relação àquele existente nas concessões comuns.

A dinâmica privatizante desencadeada, alicerçada na retórica da excelência da gestão privada (*management*), confundida que se encontra com os próprios processos de acumulação capitalista, exacerbados nesta fase neoliberal, não hesita em romper sempre novos limiares, atingindo até mesmo serviços públicos que sempre foram vistos como "essenciais", segundo uma lição relativamente recente do Direito Administrativo hoje esquecida, como os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, onde está em jogo a satisfação coletiva de necessidades básicas da população.

Além disso, observa-se que essa retórica privatizante vem sempre acompanhada de um esforço de mobilização da opinião pública por meio da grande mídia, associada a poderosos grupos econômicos[10]. Assim, as reformas que

[10] No Brasil, as novas regras introduzidas no marco regulatório do saneamento pela Lei nº 14.026/2020 impôs dificuldades para que os municípios, titulares desses serviços, pudessem estabelecer ou renovar

sustentam o novo modelo da "abertura à concorrência" e da adoção dos mecanismos da gestão privada na prestação de serviços públicos foram apresentadas como opções técnicas mais eficazes e ideologicamente neutras, respaldadas nas melhores práticas de *governança pública*.

Porém, como já demonstrado, apesar de anunciadas como sinônimos de "modernidade" e "eficiência", e, principalmente, como benéficas para todos, os efetivos benefícios em termos de eficiência e modernização das parcerias público-privadas são superdimensionados, sem questionar os custos democráticos desse processo[11].

O que se tenta esconder, de fato, é a efetivação prática de um projeto de reestruturação neoliberal mais ampla do Estado e da forma de prestação dos serviços públicos. Essa reestruturação neoliberal pressiona o Estado a produzir as condições nacionais e locais adequadas para a valorização do capital.

Nessa esteira, as transformações operadas na gestão e na exploração de serviços públicos costumam conduzir a situações mais vantajosas para as empresas e desvantajosas para o conjunto da população no médio e longo prazo, especialmente para as camadas mais vulneráveis e desassistidas, historicamente excluídas de uma efetiva cidadania. Os processos de privatização da gestão de serviços públicos foram marcados por significativas elevações das tarifas cobradas dos clientes. Por outro lado, as obrigações das empresas concessionárias passavam longe do centro de preocupações dos órgãos responsáveis pela regulação e pela fiscalização do sistema depois de sua privatização.

## 4 Consolidação e autonomização de um campo de gestão público-privada

O crescente influxo da exploração e gestão privada de serviços públicos tem contribuindo para o empoderamento de uma "administração público-privada" no seio das instituições político-jurídicas do Estado. Pode-se afirmar que a voracidade da "dinâmica privatizadora" ocasionou a consolidação e autonomização de um

contratos com as prestadoras de serviços estaduais, que à época da edição da lei eram responsáveis por atender 125 milhões de brasileiros com abastecimento de água e 74 milhões com esgotamento sanitário, segundo informação do SNIS. A discussão em torno das metas de universalização foi a oportunidade para modificar o arcabouço então vigente, sob a alegação da incapacidade das companhias estaduais de alcançar as metas desejadas nos prazos previstos em lei. Por ocasião da votação no novo marco, montou-se uma operação de guerra que juntou Executivo federal, Congresso Nacional e setores do Judiciário, acompanhados de verdadeira campanha midiática e de informações em prol da privatização. A dimensão da campanha inviabilizou qualquer narrativa em contrário.

[11] O caso Enel bem ilustra o drama vivido pela população de São Paulo durante os últimos meses, com todas as características de uma conduta assumida por parte uma empresa beneficiária de uma concessão de um serviço público essencial. O apagão recente é "apenas" um evento a mais na longa série de crises anunciadas e cuja responsabilidade é totalmente atribuída à direção da Enel. Em novembro de 2023, e em março do presente ano, já houve situações catastróficas semelhantes. Não existe a menor dúvida entre os especialistas na matéria de que a emergência de uma conjuntura caótica como a atual tem suas raízes na redução de investimentos e na diminuição de despesas estratégicas por parte da empresa. A lógica de obtenção do maior lucro possível no menor tempo colabora para o processo de sucateamento da empresa e dos serviços por ela prestados. A manutenção da rede de eletricidade tem um custo relativamente elevado e a situação atual parece evidenciar uma opção pelo corte dos recursos necessários para esse fim.

*campo da gestão público-privada de serviços públicos*, que tem se difundido mediante variadas técnicas de parcerias público-privadas (*public-private partnership*), abrangidas na moldagem jurídica do tradicional instituto da concessão de serviços públicos.

Os desenvolvimentos recentes desse instrumento de parcerias têm se encaminhado no sentido de tornar sempre mais atrativos e compensatórios os termos da exploração privada de serviços públicos. Assim, esse novo campo de "administração público-privada" se consolidou e granjeou grande autonomia num sistema periférico em relação à institucionalidade estrutural do Estado, onde negócios, política e governo se encontram[12].

Em razão de seu dinamismo e força gravitacional, o novo campo de gestão público-privada tem exercido um poderoso efeito sobre a organização e funcionamento do Estado e da Administração Pública, sobre o conceito de função administrativa, sobre a concepção de serviço público, com fortes impactos sobre a própria configuração do Direito Administrativo, tradicionalmente alicerçado sobre fortes princípios publicistas.

Diante desse cenário, torna-se imprescindível a formação de um novo sistema de forças que faça recuar este processo de confusão e não diferenciação que atua diante dos nossos olhos.

Afinal, a consolidação e autonomização de um campo público-privado dotado de grande autonomia no seio do chamado Estado Regulador, situado entre o mercado, a política e a alta administração governamental, tem ocasionado o surgimento de uma "área cinzenta", relativamente distanciada dos controles políticos e sociais, com inegáveis impactos democráticos, especialmente no contexto da estrutura jurídico-política de um Estado social e democrático.

Isso porque este campo de práticas público-privadas, a partir do intercâmbios entre seus *players* e especialistas, onde se destacam poderosas firmas de advocacia e consultoria, e nas frequentes interações com os *experts* das agências reguladoras, tem revelado uma tendência de produzir as suas próprias normas, seus próprios arranjos jurídicos e modelos de eficiência.

Nesse campo, são fixados e difundidos um corpo de conhecimentos e crenças referentes ao futuro da gestão pública, tanto em sua dimensão macro como setorial, conhecimentos esses que formam um *background* compartilhado no ambiente de especialistas, reguladores, lobistas e acadêmicos, mormente aqueles vinculados aos campos do Direito Administrativo, do Direito Regulatório e do Direito Econômico.

Frequentes ajustes na legislação sobre parcerias público-privadas são acertados nesse campo de intercâmbios e interações, a fim de tornar os investimentos em serviços públicos e infraestruturas mais atrativos para o setor privado.

[12] No caso específico do setor elétrico, em 1996, foi criada a Agência Nacional da Energia Elétrica (ANEEL). No entanto, aqui também se deu o conhecido caso dos processos de "captura" das agências regulatórias. O desenho institucional do modelo pressupõe conceder autonomia aos organismos que passaram a usufruir de funções regulatórias em áreas cujas empresas haviam sido privatizadas. Assim, a tendência que se verificou em quase todos os países e setores foi a paulatina incorporação da lógica das empresas por parte das direções dos órgãos encarregados de regulação e fiscalização.

Decerto, o que torna esse campo de parcerias tão dinâmico e florescente são as várias possibilidades de transações e intercâmbios proporcionados no âmbito de campos especializados de uma "administração público-privada", cuja regulação setorial é capitaneada por agências reguladoras.

Mergulhando dentro do mercado e abraçando o paradigma regulatório, as instituições públicas têm tecido novas e frequentes ligações com empresas privadas gestoras de serviços públicos. No final, longe de se manter equidistante em relação ao mercado e à advocacia de negócios, esses polos se parecem mais como parceiros.

Essa conjuntura enseja uma interdependência, que forma um espaço, por entre as porosas "franjas" do Estado regulatório, onde o público e o privado muitas vezes se comportam como espaços contíguos. Frequentemente, são menosprezados os "aspectos nebulosos" presentes nessas "franjas" do campo público-privado e seus deletérios efeitos, tanto no que concerne à efetivação de interesses públicos, como no que diz respeito ao comprometimento de valores democráticos consagrados pelo constitucionalismo contemporâneo (Vauchez; France, 2021, p. 60-61).

Assim, perde-se uma visão de conjunto no que diz respeito às consequências da autonomização desse campo público-privado de intercâmbios e interações, em especial no que concerne à questão das condições em que o interesse público é hoje concretamente definido.

Nesse sentido, uma das principais consequências dessa crescente autonomização do campo da gestão público-privada é a formatação das novas condições, crescentemente assimétricas, nas quais o interesse público passa a ser definido nas democracias.

Partindo-se da premissa de que o Estado Democrático de Direito funda parte considerável de sua legitimidade na manutenção de uma adequada distinção entre as esferas pública e privada, os avanços crescentes do mercado sobre os serviços públicos, por meio de diversas formas contratuais de parceria público-privada, tem causado um progressivo obscurecimento das linhas divisórias entre as referidas esferas[13].

Como é sabido, a esfera pública traz consigo um conjunto de representações e expectativas relativas à autonomia, atividades e processos decisórios dos agentes estatais que nela atuam (sejam políticos, burocratas, juízes ou reguladores). Essa esfera configura um espaço social onde a cidadania e o tratamento igualitário devem preponderar, comportando, assim, expectativas diferentes das que prevalecem na esfera privada, principalmente em economias de mercado marcadas pela concorrência.

Em matéria de serviços públicos, a autonomização de um campo de gestão público-privado distanciado das instâncias políticas, administrativas e sociais de controle, pode afetar a gestão democrática desses serviços, impedindo-se, como alertam Dardot e Laval (2018, p. 546-547), que tais serviços públicos sejam instituições orientadas para os direitos de uso coletivo e geridas com vistas à satisfação de necessidades coletivas consideradas essenciais.

[13] Veja-se, neste sentido, as lições referenciais de Jürgen Habermas (1997, p. 116-139) sobre a relação entre a autonomia pública e privada e os direitos fundamentais.

Dessa forma, é urgente a tarefa de conceber uma nova "*política de separação*", tendo em vista uma maior proteção da esfera pública em face das crescentes ameaças à sua autonomia diante dos processos de expansão dos mercados sobre os serviços públicos.

É importante que se indague de uma forma mais acurada sobre os limites da privatização da gestão de serviços públicos, ou como prefere Paulo Otero (2003, p. 309), sobre "o próprio grau de admissibilidade constitucional da desresponsabilização direta do Estado sobre certas áreas prestacionais ou sobre determinados serviços administrativos, indagando-se se pode ser abandonada ao sector privado a prossecução de tarefas típicas integrantes da função administrativa de um Estado de Direito material que se configura como 'Estado-providência' (ou 'Estado de bem-estar') e 'Estado-segurança' (ou 'Estado-preventivo')".

## 5 Impactos no Direito Administrativo

Essas transformações têm sido acompanhadas de mudanças na visão de Estado e do seu papel diante dos serviços públicos e do mercado, tendo operado significativas alterações nas categorias e princípios que informavam tradicionalmente o Direito Administrativo. Com o tempo vem se operando uma vasta revisão desse ramo jurídico, que leva, em passos sucessivos, a uma profunda reestruturação conceitual e a um processo de normalização em relação aos preceitos da economia de mercado e da livre concorrência.

Essa revolução cultural não foi somente uma adaptação à economia de mercado. Ela precisa, também, ser vista como um realinhamento doutrinário e institucional no coração do emergente Estado regulatório, segundo os ditames fixados pela ideologia neoliberal.

Na Europa, vozes diversas sustentaram a necessidade de adaptação dos Direitos Administrativos nacionais às novas diretrizes do Direito Europeu, que tomaram corpo com a formação do mercado único, e que tiveram como como pontos comuns a defesa de uma nova administração pública (*new public manegemnt*), a adoção crescente de modelos regulatórios e uma contundente crítica à ordem pública clássica e à administração pública tradicional, tida como burocrática e ineficiente.

Para Antoine Vauchez e Pierre France (2021, p. 179), essas alterações marcaram um distanciamento cada vez maior em relação ao velho modelo administrativo, com uma correlativa transformação de conceitos e princípios até então vistos como nucleares ao Direito Administrativo enquanto disciplina acadêmica e regime jurídico assentado em premissas públicas.

Isso aconteceu de modo particular com a noção de "interesse público" (interesse geral). Neste sentido, ocorreu a emergência de um "*interesse geral privado*", sintonizado com o próprio funcionamento competitivo dos mercados, progressivamente incorporado na dinâmica da prestação dos serviços públicos. E, com o tempo, estabeleceu-se um certo processo de porosidade entre os interesses públicos e os interesses privados.

Em razão disso, tem ocorrido uma vertiginosa propagação de uma necessidade de reformulação de conceitos, princípios, institutos e categorias do

Direito Administrativo, tendo em vista uma incorporação do paradigma público-privado, o que vem ocorrendo de forma acrítica na doutrina, na jurisprudência e na burocracia estatal.

Desse modo, enorme têm sido os impactos do campo da *gestão público-privada* e sua estrutura ideológica-conceitual sobre a dogmática do Direito Administrativo. Muitos têm sustentado abertamente a necessidade de integração, na noção de *interesse público*, das demandas próprias do funcionamento do mercado.

Na mesma linha, setores influentes da doutrina administrativista particularmente vinculados ao campo da gestão público-privada têm proposto significativas revisões em conceitos e institutos tradicionais do Direito Administrativo, como os de "função administrativa", "regime jurídico-administrativo" e "serviço público". Tornou-se um lugar-comum, inclusive, a referência a uma crise do conceito de *serviço público*, em face do nível das alterações que se deram nos últimos anos.

Muitas dessas propostas de revisionismo conceitual, gestadas em grande parte no campo do chamado Direito Regulatório, ou mesmo de um florescente Direito dos Negócios Públicos (*Droit des affaires publiques* ou *Business law*), devem ser vistas com grande reserva e desconfiança, principalmente quando examinadas sob o prisma da relação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo, entre direitos fundamentais sociais e serviços públicos.

Por conseguinte, diante da nova reconfiguração do Estado, conforme foi traçado, com a instituição e autonomização de amplos espaços de gestão público-privada nas últimas duas décadas, torna-se imperioso tornar mais claros os papéis do Estado e do mercado, apontando-se as "zonas de confusão" surgidas.

Nesse sentido, deve-se admitir que a confusão de papéis deixou de ser um mero sintoma de anomalias administrativas ocasionais para constituir um novo normal, ocasionando o surgimento de uma espécie de "buraco negro" nas democracias.

O que está em questão são as condições nas quais um espaço democrático é construído, onde o interesse público é articulado e definido. Essa análise passa, necessariamente, por uma defesa da autonomia da esfera pública diante dos avanços do capitalismo.

## 6 Considerações finais

Após quase três décadas de contínua e insistente propaganda em relação às virtudes das parcerias público-privadas, evidenciou-se neste estudo que os seus efeitos políticos e administrativos sobre as instituições democráticas têm sido subestimados, em nome da "modernização administrativa" e sua retórica de maior eficiência e menos burocracia.

Diante de todo o exposto, conclui-se que deve ser mais bem examinado o crescente impacto do fenômeno das parcerias público-privadas, com seus atores, organizações e formas de conhecimento, sobre a linha divisória público-privada, de forma a buscar um entendimento mais amplo sobre os seus potenciais efeitos corrosivos para a definição e implantação dos interesse públicos.

Deve-se admitir, contudo, que uma separação das esferas pública e privada é tarefa difícil e controversa. O próprio esforço de redesenho dessas respectivas margens é uma tarefa constante na democracia. Entretanto, não se pode olvidar que o Direito Administrativo tem uma parcela importante de responsabilidade nessa tarefa, portando-se como guardião dessa linha divisória e devendo manter-se firme no exercício desse papel, para garantia dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo* – ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; Laval, Christian. *Comum* – ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2018.

FREEMAN, Jody. The private role in public governance. *New York University Law Review*, v. 75, n. 3, 2000.

GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos*: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia* – entre facticidade e validade, v. I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública* – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo. *Coordenadas jurídicas da privatização da administração pública*. *In*: Os caminhos da privatização da administração pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra, 2001.

PESSOA, Robertônio. *Direito administrativo e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VAUCHEZ, Antoine; FRANCE, Pierre. *The neoliberal republic* – corporate lawyers, statecraft and making of public-private France. New York: Cornel University Press, 2021.

Data de submissão: 29 nov. 2024
Data de aprovação: 24 jan. 2025

Revista DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

# Código Florestal: controle de constitucionalidade, vedação ao retrocesso ambiental e reclamação constitucional

*Forest Code: control of constitutionality, prohibition of environmental retrogression and constitutional complaint*

**Carlos Eduardo Delgado**

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) e membro titular do Órgão Especial. Graduado em Direito pela USP, com especialização pela PUC/SP em Direito Processual Constitucional. Professor de Direito Processual Civil na graduação e cursos preparatórios para concurso público.

**Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida**

Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), Vice-Presidente do TRF3 (2020-2022) e atual Coordenadora dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região. Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora da graduação e da pós-graduação na área de Direitos Difusos e Tutela Coletiva (PUC/SP).
Lattes: http://lattes.cnpq.br/6376624087344424
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3049-8420

**RESUMO**: O presente artigo objetiva abordar os julgamentos, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas em face dos dispositivos do Código Florestal atual (Lei nº 12.651/2012), especialmente no que tange aos artigos que reduziram a proteção ambiental em relação ao Código Florestal anterior (Lei nº 4.771/1965), com o escopo de analisar os impactos desses julgamentos, em controle concentrado de constitucionalidade, mormente após o respectivo trânsito em julgado e com a força vinculante que lhes é inerente. O estudo utiliza uma metodologia descritivo-analítica, com abordagem qualitativa, centrada na pesquisa bibliográfica e no exame da jurisprudência do STF, a fim de verificar os efeitos dessas decisões. O tema tem relevância e atualidade na medida em que pendem de julgamento, nas diferentes instâncias do Poder Judiciário, remessas necessárias, recursos e reclamações nos quais se analisa a superação, ou não, do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), lastreado nos princípios *tempus regit actum* e da vedação ao retrocesso ambiental, com base no qual se pretende afastar a aplicação de dispositivos do Código Florestal atual, cuja inconstitucionalidade não foi reconhecida pelo STF. Conclui-se que os Tribunais, incluindo o STJ e demais instâncias julgadoras, devem observar o que restou decidido pelo STF nas ADIs/ADC, sendo cabível reclamação em face de decisões em sentido contrário, para fazer prevalecer os entendimentos firmados pela Corte

Suprema, em julgamentos com trânsito em julgado e força vinculativa. Ademais, destaca-se a aplicação desse entendimento em tema da seara de competência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região relativo à disciplina das áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais para abastecimento e geração de energia elétrica.

**PALAVRAS-CHAVE**: Código Florestal de 2012; áreas de preservação permanente; controle concentrado de constitucionalidade; declaração de (in)constitucionalidade; força vinculante; remessa necessária, recursos e reclamação.

**ABSTRACT**: The purpose of this article is to address the judgments of the Federal Supreme Court (STF) on the declaratory action of constitutionality (ADC) and direct actions of unconstitutionality (ADIs) filed against the provisions of the current Forest Code (Law no. 12. 651/2012), especially with regard to the articles that reduced environmental protection in relation to the previous Forest Code (Law no. 4.771/1965), with the aim of analyzing the impacts of these judgments, in concentrated control of constitutionality, especially after they have become final and binding. The study uses a descriptive-analytical methodology, with a qualitative approach, centered on bibliographical research and an examination of the STF 's case law , in order to verify the effects of these decisions. The topic is relevant and topical insofar as the different instances of the Judiciary are still awaiting judgment on the necessary remittances, appeals and complaints in which they are analyzing whether or not to overcome the understanding of the Superior Court of Justice (STJ), based on the principles of *tempus regit actum* and the prohibition of environmental retrogression, which is intended to prevent the application of provisions of the current Forest Code, whose unconstitutionality was not recognized by the STF. In the end, we conclude that the Courts, including the STJ and other courts, must comply with the STF's decisions in ADIs/ADCs, and that complaints can be filed against decisions to the contrary, in order to enforce the Supreme Court's decisions, in judgments that have become final and binding. In addition, this understanding has been applied to a matter within the jurisdiction of the Federal Regional Court of the 3rd Region regarding the regulation of permanent preservation areas around artificial reservoirs for the supply and generation of electricity.

**KEYWORDS**: Forest Code of 2012; permanent preservation areas; concentrated control of constitutionality; declaration of (in)constitutionality; binding force; necessary remittance, appeals and complaint.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução. 2 O sistema de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil: modulação dos efeitos e reclamação constitucional. 2.1 Modulação dos efeitos. 2.2 Reclamação constitucional. 3 Avanços do Código Florestal de 2012. 3.1 A definição legal e as espécies de APP. 3.2 A obrigação *propter rem* do atual proprietário, possuidor ou ocupante da área. 4 Retrocessos do Código Florestal de 2012. 4.1 O início da flexibilização na vigência do Código Florestal de 1965: a MP 2.166-67/2001. 4.2 A redução das APPs e de sua proteção no Código atual: o posicionamento do STF nas ADIs e ADC. 4.3 A redução das APPs no entorno de reservatórios artificiais para abastecimento e geração de energia elétrica: a constitucionalidade do artigo 62 do Código Florestal. 4.3.1 Precedentes do TRF3. 5 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

Em 28/02/2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento conjunto da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42, ajuizada pelo PP (Partido Progressista) e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937, propostas em março de 2013, pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em face de dispositivos da Lei nº 12.651/2012 ("Novo Código Florestal"). O Plenário reconheceu a validade de vários dispositivos do Código Florestal de 2012, declarou alguns trechos inconstitucionais e atribuiu interpretação conforme em outros casos, como se verá adiante.

O Relator de todas as ações foi o Ministro Luiz Fux, que designou previamente uma audiência pública, realizada em 18/04/2016, que contou com a presença de 22 participantes, incluindo pesquisadores, acadêmicos, juristas, parlamentares, representantes do governo federal, de movimentos sociais e produtores rurais.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF3), mais especificamente, nas sessões do colegiado da Terceira Turma, têm sido julgadas – até mesmo monocraticamente – remessas necessárias, apelações e reclamações interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF), Advocacia Geral da União (AGU) e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) em face de decisões proferidas em ações civis públicas ajuizadas pelo MPF objetivando, com base na disciplina mais protetiva do Código Florestal revogado, a recomposição de Área de Preservação Permanente (APP) no entorno dos reservatórios artificiais para abastecimento e geração de energia elétrica, no caso, as Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira e Usina Hidrelétrica de Água Vermelha.

Pretendem, com base em entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), lastreado nos princípios *tempus regit actum* e da vedação ao retrocesso ambiental, afastar a aplicação de dispositivos do Código Florestal atual cuja inconstitucionalidade não foi reconhecida pelo STF no julgamento das mencionadas ADIs, dentre os quais o artigo 62, aplicável à espécie.

O presente artigo, mediante aplicação de uma metodologia descritivo-analítica, com abordagem qualitativa, centrada na pesquisa bibliográfica e no exame da jurisprudência do STF, objetiva abordar os julgamentos das ADIs/ADC e dos embargos de declaração deles decorrentes com o escopo de analisar seus impactos, em controle concentrado de constitucionalidade, mormente após o respectivo trânsito em julgado e com a força vinculante que lhes é inerente, para examinar os efeitos dessas decisões nas instâncias inferiores.

A partir dessa análise, serão respondidas especificamente as seguintes questões: a) os julgamentos do STJ, dos tribunais regionais federais e estaduais e da justiça de primeira instância devem observar o que restou decidido pelo STF nas ADIs/ADC referentes ao Código Florestal de 2012? b) é cabível reclamação em face de julgamentos contrários aos entendimentos firmados pelo STF, em controle concentrado de constitucionalidade, com trânsito em julgado e força vinculativa?

Nesse desiderato, após essas considerações iniciais, serão apresentados brevemente aspectos teóricos introdutórios sobre o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a modulação dos efeitos das decisões e o instituto da reclamação constitucional. Em seguida, discorrer-se-á sobre alguns avanços e retrocessos do Código Florestal de 2012, especialmente considerando

aspectos concernentes à recomposição de APPs no entorno dos reservatórios artificiais para abastecimento e geração de energia elétrica, objeto das decisões da TRF3 que ensejaram esse estudo. Por fim, refletir-se-á sobre acórdão deste Tribunal e a força vinculante dos precedentes do STF no caso.

## 2 O sistema de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil: modulação dos efeitos e reclamação constitucional

No âmbito da jurisdição constitucional, existem quatro instrumentos jurídicos destinados ao controle concentrado de (in)constitucionalidade perante o STF, que ampliaram consideravelmente as competências dessa Corte, garantindo-lhe influência determinante nos destinos do país. Por tais instrumentos, ela pode declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de normas, o descumprimento de preceito fundamental da Carta de 1988 e a omissão na criação de norma que torne efetiva regra constitucional.

Os instrumentos processuais que viabilizam o controle concentrado de (in)constitucionalidade pelo STF são as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs), as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADOs) e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs).

A ADI e a ADC estão previstas na alínea "a" do inciso I do artigo 102 da Constituição de 1988 (CF/88) e são regulamentadas pela Lei nº 9.868/1999. A ADI é utilizada para questionar a (in)constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais em face da Carta Federal. No caso da ADC, o objeto de questionamento são apenas leis ou atos normativos federais.

A ADPF está prevista no parágrafo 1º do artigo 102 da Lei Maior, e foi regulamentada pela Lei nº 9.882/1999, foi instituída para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) – entre os quais, os anteriores à promulgação da Constituição vigente. A ADPF supre uma lacuna deixada pela ADI, uma vez que esta somente pode ser ajuizada contra lei ou atos normativos, federais ou estaduais, com vigência em data posterior à promulgação da Carta de 1988.

A ADO objetiva analisar a possível omissão na criação de norma para tornar efetiva uma regra constitucional de eficácia limitada. Está regulamentada pela Lei nº 9.868/1999, em capítulo acrescido pela Lei nº 12.063/2009.

Além do Procurador-Geral da República[1], as ADIs, ADCs e ADPFs podem ser ajuizadas pelo presidente da República, pelas mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, pelas Casas legislativas e pelos governadores dos estados e do Distrito Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, pelas confederações sindicais e pelas entidades de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF/88).

[1] Sobre a supressão do monopólio do Procurador-Geral da República pela CF/88, bem como detalhamento de circunstâncias peculiares de cada legitimado, *vide* Barroso, 2022, p. 231-243.

A análise do mérito dessas ações pelo Plenário do STF exige a presença de pelo menos oito ministros (maioria qualificada dos membros - art. 22 da Lei nº 9.868/1999), e o voto de seis deles (maioria absoluta dos membros - art. 97 da CF/88 e art. 23 da Lei nº 9.868/1999) para que seja declarada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma.

Importante ressaltar que o julgamento nesses casos diz respeito a uma norma específica (controle concentrado), e não a uma situação concreta que envolva determinadas pessoas (controle difuso). Por isso mesmo, a decisão proferida pelo Plenário do STF no controle concentrado vale para todos e tem efeito vinculante, devendo ser observada pelos Poderes Judiciário e Executivo[2] e pelo próprio Poder Legislativo, no âmbito administrativo[3].

### *2.1 Modulação dos efeitos*

Em regra, a decisão em ação de controle concentrado tem efeito retroativo à edição da norma. Contudo, o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 prevê a possibilidade de o STF, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da decisão ou determinar que ela só tenha eficácia ao fim de todos os recursos (trânsito em julgado) ou de outro momento a ser fixado. A modulação dos efeitos[4], como é denominado esse mecanismo, exige o voto de 2/3 (dois terços) da composição Plenária (oito ministros).

Referido dispositivo foi objeto das ADIs 2.154 e 2.258 apresentadas, respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Relator originário Ministro Sepúlveda Pertence, Relator que o sucedeu Ministro Dias Toffoli. O julgamento virtual, iniciado em 24/03/2023, finalizou-se em 31/03/2023, e por maioria, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence (Relator) e Marco Aurélio, foi julgado improcedente o pedido formulado nas referidas ADIs. Prevaleceu o voto da Ministra Cármen Lúcia, que redigiu o acórdão.

Segundo a ministra, ao modular os efeitos da decisão, o STF faz uma ponderação entre preceitos constitucionais, levando em conta os possíveis

---

2 "[...] No tocante aos órgãos judiciais, já não lhes caberá o juízo incidental acerca da constitucionalidade da norma, devendo sua decisão no caso concreto partir da premissa estabelecida pelo Supremo Tribunal sobre a validade ou não da norma. Em caso de inobservância do efeito vinculante pelo juiz ou Tribunal, caberá reclamação (CF, art. 102, I, l)709. No tocante aos órgãos da Administração, eventual descumprimento da orientação do Tribunal sujeitar-se-á à impugnação pelos meios judiciais cabíveis, podendo ser o caso, igualmente, de responsabilização do agente público" (Barroso, 2022, p. 279).

3 "[...] O Poder Legislativo ficou excluído da dicção e do alcance do efeito vinculante previsto no parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 e no art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Em certos sistemas constitucionais, a decisão de inconstitucionalidade impede o legislador futuro de editar norma de conteúdo igual ou análogo ao que foi rejeitado. Embora pareça intuitivo que o legislador assim deva proceder, nem sempre é o que se passa. No direito brasileiro, a rigor técnico, não há como impedir que o órgão legislativo volte a prover acerca da matéria e, ao fazê-lo, incorra em inconstitucionalidade da mesma natureza. Por tal razão, não caberá reclamação perante o Supremo Tribunal Federal na hipótese de edição de norma de conteúdo idêntico ou similar, por não estar o legislador vinculado à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente. O caso será de ajuizamento de nova ação direta" (Barroso, 2022, p. 279).

4 "[...] 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" (Chaves, 2024, p. 187).

prejuízos da lacuna normativa resultante da declaração de nulidade. Ao fazer uso desse procedimento, a Corte visa proteger a segurança jurídica[5], os direitos fundamentais ou outros valores constitucionais que devam ser preservados, lembrando que, na pendência do julgamento dessas duas ADIs, o STF já vinha modulando os efeitos de suas decisões, como se vê dos excertos dos votos trazidos à colação:

> [...] A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/1999 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso *sub judice* a denominada *pure prospectivity*, técnica de superação da jurisprudência em que "o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese" (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. RePro, vol. 198, p. 389, ago/2011).
> (STF, Pleno, ADI 4.029, Relator Ministro Luiz Fux, j. 08/03/2012, DJe 27/06/2012)

> [...] A jurisprudência do STF admite o conhecimento de embargos declaratórios para a modulação da eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, desde que comprovada suficientemente hipótese de singular excepcionalidade (ADI 3.601 ED, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 15-12-2010). Tendo em vista o considerável intervalo de tempo transcorrido desde a promulgação das leis estaduais atacadas (2001 e 2014) e os incontáveis atos de representação judicial e de consultoria ou assessoramento jurídicos praticados por servidores investidos nos cargos de analista administrativo da área jurídica, surge, inevitavelmente, o interesse em resguardar as atividades desenvolvidas, bem como suas consequências para a efetividade do funcionamento do Estado. Modulam-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para atribuição de eficácia *ex nunc*, a partir da data de publicação da ata de julgamento dos presentes embargos declaratórios.
> (STF, Pleno, ADI 5.107 ED-terceiros, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 12/11/2018, DJe 23/11/2018)

> [...] Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do que prescreve o art. 27 da Lei 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de outros preceitos constitucionais, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva.
> (STF, Pleno, ADI 6.769 ED, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 23/05/2022, DJe 31/05/2022)

Em relação às mencionadas ADIs ajuizadas em face de dispositivos do Código Florestal de 2012, o STF, em decisão recente, de 24/10/2024, acolheu embargos

[5] "[...] A segurança jurídica é, ao mesmo tempo, direito fundamental oponível *erga omnes* e pedra de toque do Estado Democrático de Direito. A sua especial natureza acarreta consequências de suma importância [...] a segurança jurídica impõe ao Poder Público o dever inexorável de, do ponto de vista prático, agir conforme à boa-fé, sendo-lhe vedado impor, com espeque na modificação futura de seu entendimento (alteração jurisprudencial), sanções ou desvantagens aos particulares por situações consolidadas no passado" (Abboud, 2021, p. 375-379).

de declaração apresentados pela Advocacia-Geral da União (AGU) e modulou os efeitos das decisões proferidas no julgamento das referidas ações.

Um dos pleitos da AGU nos embargos de declaração foi no sentido de serem mantidas as autorizações já concedidas para a construção e operações de aterros sanitários, com o objetivo de evitar significativos impactos ambientais e econômicos.

Esse entendimento decorre da circunstância que, em 2018, o STF declarou inconstitucional o dispositivo do Código Florestal que classificava como de "utilidade pública" atividades de "gestão de resíduos sólidos", o que permitia esse tipo de empreendimento em áreas de preservação permanente.

A AGU apresentou dados da Associação Brasileira de Empresas de Tratamento de Resíduos e Efluentes (ABETRE), indicando que cerca de 80% dos aterros brasileiros estão, ao menos em parte, em APPs e que a imediata suspensão dos empreendimentos poderia causar danos ao meio ambiente por acarretar o retorno a práticas ilegais, como os lixões. O Ministério do Meio Ambiente estimou em R$ 49 bilhões o custo para desativar esses aterros sanitários.

Acolhendo os embargos, decidiu a Corte que os aterros sanitários já instalados ou em vias de instalação ou ampliação podem operar regularmente dentro de sua vida útil, desde que respeitado o devido licenciamento ambiental e observado os termos e prazos dos contratos de concessão ou atos normativos autorizativos.

Em outro ponto dos embargos, julgado favoravelmente à AGU, o STF declarou a constitucionalidade do dispositivo do Código Florestal que obriga que a compensação ambiental por supressão de área de reserva legal seja feita dentro do mesmo "bioma" afetado, sem a exigência de "identidade ecológica" como postulava o Procurador-Geral da República. A AGU argumentou que a expressão "identidade ecológica" não tem correspondente na literatura científica ou em lei.

### *2.2 Reclamação constitucional*

A reclamação constitucional é prevista no artigo 102, I, "l", e no artigo 105, I, "f", da Constituição Federal, e tem como finalidade preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ, respectivamente). A Emenda Constitucional nº 45/2004, ao introduzir o artigo 103-A, § 3º, na Constituição, tornou inquestionável o cabimento da reclamação ao STF contra decisão judicial ou ato administrativo que contrariar súmula vinculante ou aplicá-la indevidamente. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 92/2016 acrescentou o § 3º ao artigo 111-A da CF para atribuir competência ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) para processar e julgar a reclamação com o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade de suas decisões.

A reclamação constitucional é o instrumento adequado a ser utilizado nos casos de decisões que contrariam julgamentos em controle concentrado de (in)constitucionalidade, mormente quando já transitadas em julgado e com força vinculativa. Deve ser apreciada e julgada pelo Tribunal de instância superior até chegar-se à apreciação dos Tribunais Superiores (STJ e STF), conforme o caso. Acerca da relevância desse instituto, imprescindível ponderar que:

> [...] A reclamação constitucional, aliás, tem dupla função: a primeira de remédio constitucional dos jurisdicionados, e a segunda de proteção dos guardiões da Constituição (STF) e do direito federal (STJ), que se ocupam de questões eminentemente jurídicas e possuem a missão de uniformizar a jurisprudência, resguardando assim o direito objetivo. Nesse contexto, não seria exagero dizer que a reclamação, ao corrigir as usurpações de competência e cassar os desacatos à autoridade das decisões do STF e do STJ ou decisões que contrariem Súmulas Vinculantes, está na realidade preservando o Estado Democrático e de Direito, tendo em vista que este se funda no respeito à competência de suas instituições e no cumprimento das decisões judiciais das cortes para as quais é dada a última palavra pela Constituição. (Takoi, 2013, p. 11)

Como se verá, diante de decisões contrárias aos julgamentos do STF, ainda não transitadas em julgado, são interpostos não apenas recursos (apelações, recursos especiais e extraordinários), mas também reclamações, com o intuito de fazer prevalecer os julgamentos proferidos pelo STF nas ADIs/ADC acerca de dispositivos do Código Florestal vigente.

## 3 Avanços do Código Florestal de 2012

Apesar das grandes polêmicas ocorridas durante a tramitação legislativa, envolvendo embates entre ambientalistas, pesquisadores e representantes do agronegócio, é inegável que o Código Florestal vigente trouxe inovações relevantes em relação ao Código Florestal anterior.

Seguindo a tendência de outras legislações ambientais mais recentes, o atual Código Florestal prima pela técnica legislativa e pelo rigor terminológico, utilizando-se adequadamente de termos técnicos, além dos termos jurídicos, que são definidos pela própria lei, em muitos casos.

Dentro desses avanços, serão apresentados a seguir dois aspectos relacionados com a temática deste artigo, referentes à definição das APPs e à obrigação *propter rem* do atual proprietário, possuidor ou ocupante dessas áreas.

### *3.1 A definição legal e as espécies de APP*

A definição de APP introduzida na legislação florestal pretérita foi mantida praticamente sem alteração no Código Florestal de 2012, consoante a seguir transcrito:

> Art. 3º [...]
> [...]
> II - área de preservação permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico

> de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; [...] [6]

A definição avançou no sentido de deixar claro que se trata de *área protegida*, por sua localização e função ambiental, não se tratando de proteção apenas da cobertura vegetal. Mesmo estando desprovida de vegetação nativa, não deixa de ser APP, sujeitando-se à disciplina jurídica que lhe foi reservada pela lei vigente.

E são arroladas 11 (onze) modalidades de APPs (art. 4º, incisos I a XI), algumas delas merecerão destaques adiante:

I – *APPs de cursos d'água*: as faixas marginais de curso d'água natural perene e intermitente, de largura variável (mínimo de 30, 50, 100, 200 e 500 metros) de acordo com a largura do curso d'água, medida desde a borda da calha do seu leito regular;

II – *APPs no entorno dos lagos e lagoas naturais* - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, com largura mínima de 100 metros, em zona rural; e de 30 metros, em zona urbana;

III – *APPs no entorno dos reservatórios d'água artificiais* - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento (redação dada pela Lei nº 12.727/2012, *vide* ADC nº 42 e ADI nº 4.903);

IV – *APPs no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes* - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, com raio mínimo de 50 metros (redação dada pela Lei nº 12.727/2012, *vide* ADI nº 4.903);

V – *APPs de encostas ou partes destas com declividade superior a 45º*, equivalente a 100% na linha de maior declive;

VI – *APPs de restingas*, fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

VII – *APPs de manguezais*, em toda a sua extensão;

VIII – *APPs de bordas dos tabuleiros ou chapadas*, até a linha de ruptura do relevo, em faixa não inferior a 100 metros em projeções horizontais;

IX – *APPs de topo de morros, montes, montanhas e serras*, com altura mínima de 100 metros e inclinação média maior que 25º, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;

X – *APPs de altitude* superior a 1.800 metros, qualquer que seja a vegetação; e

XI – *APPs de veredas* - a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado (redação dada pela Lei nº 12.727/2012).

---

[6] No Código revogado de 1965, este era o teor expresso no inciso II do § 2º do artigo 1º, incluído pela MP 2.166-67/2001: "II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas".

*3.2 A obrigação propter rem do atual proprietário, possuidor ou ocupante da área*

O dever do atual proprietário ou possuidor de preservar a vegetação existente e/ou fazer a recomposição, nos casos exigidos, constitui obrigação *propter rem*, conforme expressa previsão legal. Essa foi considerada pela doutrina uma das maiores inovações do Código Florestal, que consolidou na lei o que já vinha sido decidido pela jurisprudência (Sarlet; Fensterseifer, 2023, p. 933).

De acordo com o diploma vigente, "a vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado". E tendo ocorrido a supressão da vegetação, tais destinatários da norma são obrigados "a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei". E essa obrigação "tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural". (Código Florestal/2012, art. 7º, *caput,* § 1º e § 2º).

Nesse sentido, a doutrina leciona que:

> [...] Os dispositivos citados também estão de acordo com a função ambiental ou ecológica (e, mais recentemente, também climática) da propriedade (e da posse) florestal, o que implica a imposição ao proprietário ou possuidor do imóvel florestal de obrigações tanto negativas quanto positivas de natureza real (*propter rem*). Os institutos da área de preservação permanente e reserva legal, notadamente em razão da natureza real (*propter rem*) que lhes é atribuída e a responsabilidade objetiva do proprietário ou possuidor do imóvel, concretizam o princípio da função ecológica da propriedade e da posse, vinculando inúmeros deveres de proteção ambiental ao exercício e fruição do direito pelo seu titular (ou possuidor). (Sarlet; Fensterseifer, 2023, p. 933)

Ademais, importa ressaltar que o artigo 7º e parágrafos são autoaplicáveis, sendo assim, tanto o IBAMA como o Ministério Público podem exigir a recomposição para os proprietários ou possuidores. (Sarlet; Fensterseifer, 2023, p. 950)

Será a seguir destacado como era e como é o tratamento dispensado atualmente a algumas modalidades de APPs, relevantes para o desenvolvimento deste estudo, inclusive com análise da manifestação do STF acerca das (in)constitucionalidades arguidas.

## 4 Retrocessos do Código Florestal de 2012

Por outro lado, é sem dúvida preocupante a fragilização crescente dos ecossistemas e dos espaços protegidos, incentivada e legitimada por legislações, resoluções, instruções normativas, autorizações administrativas, licenciamentos ambientais e decisões judiciais flexibilizadoras.

Exatamente sobre esse ponto houve muitas críticas à promulgação do Código Florestal de 2012, bem como à declaração de constitucionalidade da maior parte dos dispositivos pelo STF. Um dos fundamentos mais explorados foi a proibição do

retrocesso ecológico[7], que, inclusive, fundamentou as ações questionando a constitucionalidade do Código Florestal (Sarlet; Fensterseifer, 2023, p. 931), segundo esse argumento, o enfraquecimento da proteção feriria o núcleo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Entretanto, também há consistente doutrina em sentido diverso, destacando que o princípio do retrocesso não é expresso, decorre do sistema jurídico-constitucional, em compatibilidade com o primado da dignidade da pessoa humana, mas não pode se sobrepor ao princípio democrático, transferindo ao Judiciário funções do Legislativo e do Executivo. Sendo assim, considera-se que o STF "afastou de maneira didática o uso indiscriminado do genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental em proveito do princípio democrático", de maneira a respeitar o contexto da elaboração da norma pelo legislador, regularmente investido nessa função pelo voto popular, pois a atividade interpretativa precisa evitar excessos em afronta à autonomia dos poderes (Fiorillo, 2024, p. 87-89).

Nesse contexto relativo a potenciais retrocessos, serão apresentados a seguir alguns aspectos fundamentais para desenvolvimento da temática deste estudo.

### *4.1 O início da flexibilização na vigência do Código Florestal de 1965: a MP 2.166-67/2001*

A tendência flexibilizadora, no tocante à legislação florestal, teve início com a nova redação dada ao artigo 4º do Código Florestal de 1965, pela Medida Provisória 2.166-67, de 2001, possibilitando a alteração ou supressão de vegetação de APP por meio de autorização dos órgãos ambientais nas hipóteses de utilidade pública, interesse social, intervenção ou supressão eventual de baixo impacto ambiental, regulamentadas à época, a nível federal, pela Resolução CONAMA nº 369/2006.

Tal disposição legal, temerária ao *equilíbrio ecológico* erigido pela Constituição Federal como valor e qualidade essenciais do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos, foi submetida à apreciação da Corte Suprema, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Medida Cautelar nº 3.540-1.

Por maioria, o Plenário do STF, em 01/09/2005, reconheceu a constitucionalidade do dispositivo introduzido pela Medida Provisória. Cita-se o seguinte excerto da ementa do voto do Relator, Ministro Celso de Mello, favorável à restauração da eficácia dos dispositivos impugnados:

> O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: *UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.*
> [...] A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, *longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei*

[7] A ideia delineada nesse princípio é no sentido de que "O regime jurídico ecológico – tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos fáticos e normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje". (Sarlet; Fensterseifer, 2023, p. 476)

> *Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão*. (destaques nossos)
> (STF, Pleno, ADI 3540 MC, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01/09/2005, DJ 03/02/2006)

O Ministro Carlos Ayres Britto abriu a divergência: "O caráter concessivo da medida provisória me assusta, me preocupa muito o problema da desertificação no Brasil, porque se nós suprimirmos de uma área de preservação permanente a própria vegetação, pode ser fatal, o que sobrará dessa área de proteção especial?"

E foi acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio Mello: "Se a medida provisória vier ser rechaçada pelo Congresso, o mal já estará consumado e o fato consumado no Brasil tem um efeito incrível em termos de alteração que a Constituição Federal visa a afastar, que é a alteração do meio ambiente com a supressão da vegetação, que é indispensável em se tratando de território".

Na esteira do entendimento sufragado e legitimado pelo STF, o Código Estadual de Meio Ambiente de Santa Catarina (Lei 14.675/2009, art. 118), no Capítulo V (*Dos Espaços Protegidos*), incorporou a exegese firmada, e intitulou a "Seção II: *Do Uso Econômico-Sustentável da Área de Preservação Permanente",* contemplando disposições no mesmo sentido do citado artigo 4º do Código Florestal revogado e da Resolução CONAMA 369/2006[8] .

### *4.2 A redução das APPs e de sua proteção no Código atual: o posicionamento do STF nas ADIs e ADC*

No tocante às APPs, temática objeto desta análise, houve redução dessas áreas e de sua respectiva proteção. Todavia, submetidas ao crivo do controle de constitucionalidade pelo STF, por meio de ADIs/ADC mencionadas, nem todas as alterações menos protetivas desses espaços foram declaradas inconstitucionais.

Na disciplina atual, houve redução das APPs de cursos d'agua ("faixas marginais", "matas ciliares"), na medida em que a medição passou a considerar o leito regular do rio durante o ano e não mais o leito em época de cheia sazonal[9]. Há sem dúvida riscos com a contagem de APP a partir do leito menor seria acarretar o esvaziamento das funções ecossistêmicas das APPs, como matas ciliares, e de proteção às pessoas em situações de risco.

---

[8] "Art. 118. O uso econômico-sustentável da área de preservação permanente, enquadrado nas categorias de utilidade pública, interesse social, intervenção ou supressão eventual de baixo impacto ambiental, poderá ser autorizado pelo órgão estadual competente nas seguintes atividades:
I - manejo agroflorestal sustentável que não descaracteriza a cobertura vegetal, ou impeça a sua recuperação e não prejudique a função ecológica da área;
(...)
VII - implantação de trilhas para desenvolvimento turístico;
VIII - construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro; [...]." (redação revogada pela Lei nº 16.342/2014)

[9] A Resolução nº 303/2002 do CONAMA define nível mais alto (expressão usada pelo Código anterior) como nível por ocasião da cheia sazonal.

No entanto, por maioria, vencidos a Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski, o Pleno do STF não reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 3º, XIX, do Código vigente, que define como "leito regular: a calha por onde correm regularmente as águas do curso d'água durante o ano".

Quanto às APPs em torno de nascentes e olhos d'água, pelo Código atual deixariam de ser consideradas APPs as nascentes intermitentes ou que não geram cursos d'água, os olhos d'água intermitentes e também as nascentes e olhos d'água que não são oriundos de lençóis freáticos. Com efeito, o Código vigente define nascente como "afloramento natural do lençol freático que apresenta *perenidade* e dá início a um curso d'água" (art. 3º, XVII) e são consideradas APPs, em zonas rurais ou urbanas, "as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água *perenes*, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros "(art. 4º, IV).

Todavia, neste caso, prevaleceu, por maioria, na esteira dos votos dos Ministros Luiz Fux, Edson Fachin, Rosa Weber, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Celso de Mello, o julgamento pela interpretação conforme do artigo 3º, inciso XVII, e do artigo 4º, inciso IV, para considerar os entornos de nascentes intermitentes e olhos d'água intermitentes como APP[10].

### *4.3 A redução das APPs no entorno de reservatórios artificiais para abastecimento e geração de energia elétrica: a constitucionalidade do artigo 62 do Código Florestal*

Adentrando-se na disciplina das APPs no entorno de reservatórios artificiais para abastecimento e geração de energia elétrica, verifica-se que houve redução da largura da APP de 100m para 30m (área rural) e de 30m para 15m (área urbana). Entretanto, o artigo 5º, *caput*, que trata da matéria, foi julgado constitucional pelo Pleno do STF. Os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski consideraram inconstitucional referido dispositivo apenas no que concerne ao estabelecimento dos limites máximos de 100 e 30 metros para tais APPs localizadas nas áreas rurais e urbanas, respectivamente.

O caso concreto trazido à colação subsome-se à previsão do artigo 62 do Código Florestal em vigor, de acordo com o qual não é mais considerada APP o espaço para além da faixa da cota *maximorum* dos reservatórios artificiais de água para abastecimento público registrados ou concedidos antes da MP 2166-67/2001[11].

Na disciplina da legislação anterior, havia uma faixa de transição entre a cota máxima e a cota máxima *maximorum* (nível que supera o máximo operacional para eventos de cheias excepcionais), a partir da qual se iniciava a APP. Pela lei

[10] Ministra Carmen Lúcia e Ministro Ricardo Lewandowski votaram pela inconstitucionalidade da expressão "perenidade" e "perenes"; Ministro Marco Aurélio, pela inconstitucionalidade da expressão "perenes" no artigo 4º, Inciso IV; Ministro Alexandre Moraes, pela inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso XVII, no que diz respeito à expressão "perenidade" apenas para as nascentes e não para os olhos d'água.

[11] "Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*".

atual, a APP poderá estar situada nesta faixa de transição para os reservatórios instalados até 2001. À exceção do Ministro Ricardo Lewandowski, todos os demais votaram pela constitucionalidade do referido preceito legal. Não houve interposição de embargos de declaração.

4.3.1 Precedentes do TRF3

Sobre essa questão, segue acórdão do TRF3, de Relatoria do então Desembargador Federal Antonio Cedenho, atualmente aposentado, que pode ser considerado representativo de um realinhamento da jurisprudência sobre essa temática na Corte:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA. MÉRITO. JULGAMENTO ANTECIPADO. DANO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. UHE ÁGUA VERMELHA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. ARTIGO 62. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. ADI 4.903 E ADC 42. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. RESCISÓRIA PROCEDENTE.
> [...]
> 5. Quanto ao mérito, na ADI 4.903/DF, assim como na ADC 42, restou consignada a constitucionalidade do artigo 62 do Novo Código Florestal. Não é demais ressaltar que o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, debruçando-se não só sobre o tema, mas especificamente sobre a UHE Água Vermelha, nos autos da Reclamação Rcl 38.764/SP distribuída à Relatoria do Min. Edson Fachin, decidiu que esta Corte Federal, nos autos da Apelação Cível no 0002737-88.2008.4.03.6106/SP (caso análogo ao presente), desrespeitou a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia do julgado na ADI 4.903/DF e na ADC no 42/DF.
> 6. Assim, resta indene de dúvida que o artigo 62 do Novo Código Florestal tem aplicação pretérita já que o dispositivo, cuja constitucionalidade foi declarada, em sua literalidade, define novos parâmetros às áreas de preservação permanente "para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à MP no 2.166-67 de 2001", o que e o caso da UHE Água Vermelha.
> [...]
> 9. Em decorrência, havendo norma legal declarada constitucional e aplicável ao caso vertente, afasta-se a pretensa aplicação, pela defesa, da Resolução CONAMA 302/2004, inexistindo, via de consequência, dano ambiental a ser reconhecido.
> [...]
> (TRF3, 2ª Seção, AR 5020192-48.2017.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 06/05/2021, DJEN 10/05/2021)

Nesse sentido, também há posicionamento doutrinário, ressaltando que, em relação às normas do atual Código Florestal, em boa hora o STF começou a anular "decisões proferidas pelo STJ, por haver identificado o flagrante e inequívoco desrespeito à autoridade do julgado que declarou a constitucionalidade dos dispositivos legais previstos no novo Código Florestal", admitindo inclusive "o ajuizamento de reclamação constitucional por violação à autoridade de decisão vinculante emanada da Corte Suprema", pois:

> [...] a decisão do STF que declara a constitucionalidade de dispositivos legais, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por força do artigo 102, § 2º, da CF/1988, adquire o *status* de precedente jurisprudencial com eficácia vinculante, de sorte que não se admite que outra autoridade judiciária deixe de aplicar tal tese jurídica, sob pena de esvaziamento da autoridade e da eficácia da decisão proferida pelo STF, especialmente porque a eficácia retroativa do novo Código Florestal, por força dos artigos 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67, implica o reconhecimento de situações jurídicas já consolidadas [...]. (Oliveira, 2021)

A propósito, no mesmo sentido, relevante citar trecho de acórdão mais recente da Terceira Turma do TRF3, que contextualiza justamente a questão do artigo 62 do Código Florestal atual:

> PROCESSO CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVATÓRIO ARTIFICIAL DE ÁGUA DESTINADO À GERAÇÃO DE ENERGIA. CONCESSÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA MP 2.166-67/2001. OBSERVÂNCIA DA REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 62 DA LEI 12.651/2012 (CÓDIGO FLORESTAL ATUAL). NECESSIDADE. PRECEDENTE FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DA ADC 42/DF E DAS ADIs 4.901/DF, 4.902/DF, 4.903/DF e 4.937/DF.
> [...]
> 20 - Com a entrada em vigor do Novo Código Florestal - NCF (Lei n. 12.651/2012), buscou-se compatibilizar a tutela do direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado com a necessidade de resolução dos conflitos de interesses que permeiam a disputa pela terra no país, inclusive mediante a positivação de medidas que visavam possibilitar eventual regularização fundiária de edificações que, embora construídas indevidamente, em regiões que gozavam de especial tutela estatal, já possuíam seu uso consolidado pelo decurso do tempo.
> 21 - É com esse espírito que veio a lume o artigo 62 do NCF, que inovou ao estabelecer critério objetivo de delimitação da Área de Preservação Permanente no entorno dos reservatórios artificiais de águas destinados à geração de energia ou ao abastecimento público, cujos contratos de concessão ou autorização foram assinados antes da vigência da Medida Provisória n. 2.166-67.
> 22 - Substitui-se, portanto, a prévia determinação legal de limites rígidos para a faixa da APP, em prol de um critério técnico variável de acordo com as características particulares do empreendimento.
> 23 - A aplicação da referida regra de transição foi objeto de intensa controvérsia jurisprudencial, sobretudo no que tange à rediscussão da validade do dimensionamento das Áreas de Preservação Permanente feitas segundo os parâmetros fixados na Resolução n. 302/2002. Neste sentido, impugnava-se a supressão dos limites mínimos para delimitação da APP, tendo em vista o impacto que isso poderia representar para o equilíbrio dos ecossistemas.
> 24 - Diante desse contexto, o C. Superior Tribunal de Justiça manteve sua orientação de prestigiar a observância dos princípios *tempus regit actum* e da vedação ao retrocesso ambiental ao analisar recursos que objetivavam o redimensionamento das faixas de APP segundo a Lei n. 12.651/2012. Precedente.
> 25 - Entretanto, ao julgar a ADC n. 42 e as ADIs n. 4901, 4902, 4903 e 4937, a Suprema Corte concluiu pela constitucionalidade da regra de transição prevista no artigo 62 do Novo Código Florestal.

> 26 - Reconhecida a constitucionalidade do referido preceito legal, em sede de controle concentrado, inviável desconsiderar sua incidência no caso concreto sob a justificativa de observância dos princípios *tempus regit actum* e da vedação ao retrocesso ambiental. Precedentes.
> 27 - Este Egrégio Tribunal, por sua vez, também começou a realinhar sua jurisprudência para reconhecer a incidência imediata do artigo 62 do Novo Código Florestal nos processos em curso. Neste sentido, é paradigmático o precedente firmado pela 2ª Seção na Ação Rescisória n. 5020192-48.2017.4.03.0000, sob a relatoria do Des. Fed. Antonio Carlos Cedenho. Precedentes.
> [...]
> (TRF3, 3ª Turma, Apelação/Remessa Necessária 0000934-79.2009.4.03.6124, Relator Desembargador Federal Carlos Delgado, j. 24/04/2024, DJe 26/04/2024)

Deveras, esse julgamento apresenta a temática de maneira muito assertiva e detalhada, dispensando maiores considerações.

## 5 Considerações finais

Sendo assim, deve-se responder afirmativamente as questões propostas no início deste texto: os julgamentos do STJ[12], dos tribunais regionais e estaduais, e da justiça de primeira instância devem observar o que restou decidido pelo STF nas ADIs/ADC referentes ao Código Florestal de 2012. Ademais, é cabível reclamação em face de julgamentos contrários aos entendimentos firmados pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, com força de trânsito em julgado, ilustrando-se com mais esta ementa:

> AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. ÍLICITOS AMBIENTAIS PRATICADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI. ADC 42/DF. ADIs 4.901/DF, 4.902/DF, 4.903/DF E 4.937/DF. DESRESPEITO ÀS REFERIDAS DECISÕES DO STF. SÚMULA VINCULANTE 10. VIOLAÇÃO. RECLAMAÇÃO. DESCABIMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> [...]
> II – Esta Suprema Corte, em reiteradas reclamações, tem considerado que o raciocínio adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, fundado nos princípios do *tempus regit actum* e da vedação de retrocesso ambiental, acarreta burla às decisões proferidas pelo Plenário desta Corte na ADC 42/DF e nas ADIs 4.901/DF, 4.902/DF, 4.903/DF e 4.937/DF. […]
> IV - Agravo regimental a que se nega provimento."

[12] "[...] inexplicavelmente o STJ se negou a aplicar dispositivos legais previstos no novo Código Florestal com eficácia retroativa declarados constitucionais pelo STF, a pretexto de impedir o retrocesso ambiental e a redução do patamar de proteção a ecossistemas frágeis a ponto de transgredir o dever de preservação do meio ambiente. Afigura-se inexplicável tal postura porque os eventuais postulados da proibição de retrocesso e o dever de proteção ao meio ambiente não consubstanciam valores constitucionais absolutos, inexistindo discricionariedade aos órgãos jurisdicionais de aplicar, ou não, os precedentes vinculantes emanados do STF. A proteção ambiental se situa no patamar de outros princípios constitucionais conjugados com outros valores constitucionais de igual estatura, como livre iniciativa, função social da propriedade, desenvolvimento sustentável, segurança e estabilidade jurídicas etc." (Oliveira, 2021).

(STF, 2ª Turma, Rcl 44.645 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 24/05/2021, DJe 25/05/2021)

Nesses casos, insistir na tese da vedação ao retrocesso ambiental significa esvaziar a força vinculativa do decidido pelo STF, perpetuando a judicialização da discussão relativa à aplicabilidade do atual Código Florestal, o que enseja grande insegurança jurídica.

Por fim, impende destacar que esse entendimento também deve ser aplicado no âmbito do TRF3 em relação à disciplina das áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais para abastecimento e geração de energia elétrica, como muito bem delineado nos precedentes já indicados neste estudo.

## Referências

ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. *Suprema* - Revista de Estudos Constitucionais, Distrito Federal, v. 1, n. 2, p. 363–393, 2021. Disponível em: https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/73. Acesso em: 19 nov. 2024.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022.

BRASIL. STF. *ADC 42*, Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 28/02/2018, DJe 12/08/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 2.154*, Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, Relatora para o Acórdão Ministra Cármen Lúcia, j. 03/04/2023, DJe 19/06/2023. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768719678. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 2.258*, Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, Relatora para o Acórdão Ministra Cármen Lúcia, j. 03/04/2023, DJe 19/06/2023. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768723232. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 3.540 MC*, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01/09/2005, DJ 03/02/2006. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 4.029*, Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 08/03/2012, DJe 27/06/2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 4.901*, Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 28/02/2018, DJe 12/08/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504532. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 4.902*, Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 28/02/2018, DJe 12/08/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504579. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 4.903*, Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 28/02/2018, DJe 12/08/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504464. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 4.937*, Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 28/02/2018, DJe 12/08/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504017. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 5.107 ED-terceiros*, Pleno, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 12/11/2018, DJe 23/11/2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748710766. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *ADI 6.769 ED*, Pleno, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 23/05/2022, *DJe* 31/05/2022. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761054964. Acesso em: 19 nov. 2024.

BRASIL. STF. *Rcl 44.645 AgR*, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 24/05/2021, DJe 25/05/2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755964517. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. TRF3. *ApelRemNec 0000934-79.2009.4.03.6124*, 3ª Turma, Relator Desembargador Federal Carlos Delgado, j. 24/04/2024, DJe 26/04/2024. Disponível em: https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/288978968. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. TRF3. *AR 5020192-48.2017.4.03.0000*, Segunda Seção, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 06/05/2021, DJEN 10/05/2021. Disponível em: https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/158869692. Acesso em: 20 nov. 2024.

CHAVES, Paulo Henrique da Silva. A modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade e a segurança jurídica em face da Ação Rescisória *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, v. 35, n. 159, p. 175–190, 2024. Disponível em: https://revista.trf3.jus.br/index.php/rtrf3/article/view/500 . Acesso em: 19 nov. 2024.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Com quantos votos se faz uma lei inconstitucional? Conjur, 09 set. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-lei-inconstitucional/. Acesso em: 19 nov. 2024.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

OLIVEIRA, Gleydson K.L. O STF e a aplicação retroativa do novo Código Florestal. *Conjur*, 22 jun. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jun-22/oliveira-stf-aplicacao-retroativa-codigo-florestal/. Acesso em: 18 nov. 2024.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TAKOI, Sérgio M. *Reclamação constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2013.

Data de submissão: 25 nov. 2024
Data de aprovação: 11 fev. 2025

# JURISPRUDÊNCIA



# ÓRGÃO ESPECIAL

## AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL 5004346-66.2019.4.03.6128

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA EM RECURSO REPETITIVO. DESNECESSIDADE DE SE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. RECURSO IMPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo interno contra decisão que negou seguimento ao recurso especial com aplicação da tese firmada no Tema 1079/STJ.

II. Questão em discussão

2. A recorrente busca afastar a imediata incidência do resultado do referido julgamento ao caso concreto sob o argumento de que foram opostos embargos de declaração perante o Superior Tribunal de Justiça, nos quais há questionamentos quanto à aplicação de eventuais efeitos moduladores a serem ainda definidos.

III. Razões de decidir

3. A tese firmada no julgamento do Tema 1079/STJ é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) em que se questiona justamente a modulação de efeitos da decisão plenária da Corte Superior, já que tais eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. De qualquer forma, na sessão de 11/09/2024 o Superior Tribunal de Justiça rejeitou os nove embargos de declaração opostos contra o acórdão que firmou a tese repetitiva.

4. É firme o entendimento jurisprudencial do STF no sentido de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Da mesma forma, no âmbito do STJ entende-se que é desnecessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão proferido em precedente uniformizador para que se possa aplicá-lo.

IV. Dispositivo e tese

5. Agravo interno não provido.

---

Jurisprudência relevante citada: STF, RMS 36382 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/04/2020; STJ, AgInt no AREsp 2.236.428/SP, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/10/2023.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, ApCiv 5004346-66.2019.4.03.6128, Relator Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, j. 14/11/2024, intimação via sistema 21/11/2024)

## SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA
## 5011834-50.2024.4.03.0000

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. INGRESSO DE *AMICUS CURIAE*. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO CONTRA TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANAS OU DEGRADANTES. DECRETO 6.085/2007. LEI 12.847/2013. COMITÊS E MECANISMOS ESTADUAIS E DISTRITAIS DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA (MECPCT). DISCRICIONARIEDADE. PREJUÍZO À AUTONOMIA DE ENTE FEDERATIVO E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES. GRAVE LESÃO À ORDEM OU ECONÔMICA PÚBLICA CONFIGURADA.

1. Não se admite a intervenção *amicus curiae* em pedido de suspensão de decisão judicial, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade e disciplina normativa, conforme jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A função do *amicus curiae* consiste em subsidiar e qualificar o debate em questões controvertidas, admitindo-se ingresso a partir de análise do binômio necessidade-representatividade e de avaliação dos benefícios potencialmente aferíveis de participação no caso concreto para a formação de convencimento do magistrado ou colegiado. No caso, entretanto, a análise do pedido de suspensão não adentra o debate meritório, de modo que o convencimento judicial para decidir prescinde de subsídio especializado "acerca da definição de interpretação de lei federal e de aplicação dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil", sob pena de substituição indevida do juízo cognitivo ordinário do processo de origem. Com efeito, sequer há fase instrutória ou amplo contraditório no rito do incidente processual de suspensão de liminar ou de sentença (STJ, Pet na SLS 3387, Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 08/04/2024), tampouco incursão no mérito da controvérsia, limitando-se a respectiva análise à aferição de flagrante ilegitimidade concomitante ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas no cumprimento da decisão impugnada. Cabe destacar, ainda, que "a admissão de *amicus curiae* no feito é uma prerrogativa do órgão julgador, na pessoa do relator, razão pela qual não há que se falar em direito subjetivo ao ingresso" (AgInt nos EDcl na PET no REsp 1.657.156/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 18/4/2018). Neste contexto é que se indefere o pleito da AMPARAR - Associação de Amigos e Familiares de Presos/as e Internos/as da Fundação Casa; Conectas Direitos Humanos; Grupo Tortura Nunca Mais; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos (IDDD); Instituto Resgata Cidadão; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC); Pastoral Carcerária Nacional – CNBB; e Rede de Proteção e Resistência contra o Genocídio.

2. A suspensão de 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 e 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. No caso, cuida-se, na origem, da ACP 5009616-82.2024.4.03.6100, proposta pelo Ministério Público Federal e Defensoria Pública do Estado de São Paulo em face da União e Estado de São Paulo, objetivando compelir os requeridos a implementar, em cooperação e dentro de suas competências, o Comitê e o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura. Foi inicialmente deferida em parte liminar "para determinar que: no prazo de 120 (cento e vinte) dias, o ESTADO DE SÃO PAULO apresente plano de implementação de Comitê e Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (MEPCT/SP), com a estrutura, os recursos orçamentários e o número de cargos necessários ao adequado funcionamento do órgão e à realização de visitas periódicas (no mínimo, anuais) a todos os locais de privação de liberdade existentes no território paulista, precedido de consulta prévia aos órgãos do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e instituições da sociedade civil, sob pena de multa de R$ 100.000,00 (cem mil reais), em caso de descumprimento de cada etapa prevista no cronograma; [...] no prazo de 10 (dez) dias úteis, o ESTADO DE SÃO PAULO apresente um cronograma com as etapas de cumprimento desta decisão, especialmente informando as datas, horário e local das reuniões com os órgãos da União e com os autores da presente ação".

4. Tal liminar, entretanto, restou suspensa pela decisão ora recorrida, sob o fundamento, em síntese, de que não restou configurada a ilegalidade na não-instituição de Comitê ou Mecanismo de Prevenção à Tortura no âmbito do Estado de São Paulo.

5. Com efeito, restou contextualizado que o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgado pelo Decreto 6.085/2007, estabelece "um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade, com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes" (artigo 1º). Tal documento previu que os Estados-Parte signatários devem "designar ou manter em nível doméstico um ou mais órgãos de visita encarregados da prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou

degradantes (doravante denominados mecanismos preventivos nacionais)" (artigo 3º). Assim, com a edição da Lei 12.847/2013, instituiu-se, no âmbito nacional, o "Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura" (SNPCT), com finalidade de "fortalecer a prevenção e o combate à tortura, por meio de articulação e atuação cooperativa de seus integrantes, dentre outras formas, permitindo as trocas de informações e o intercâmbio de boas práticas", integrado por "órgãos e entidades públicas e privadas com atribuições legais ou estatutárias de realizar o monitoramento, a supervisão e o controle de estabelecimentos e unidades onde se encontrem pessoas privadas de liberdade, ou de promover a defesa dos direitos e interesses dessas pessoas". De acordo ainda com a Lei 12.847/2013, o SNPCT é composto por órgãos centralizadores em âmbito nacional, quais sejam, pelo "Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - CNPCT, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e pelo órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional".

6. A partir deste cenário, apontou a decisão agravada que a hermenêutica sistemática dos artigos 2º, § 2º, da Lei 12.847/2013 e 17 do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes não deixa dúvida quanto à mera possibilidade (faculdade) de criação de unidades descentralizadas de mecanismos de prevenção de tortura pelos Estados da Federação, e de que tal criação configura decisão política do ente federado, e não obrigação decorrente de adesão ao Protocolo Facultativo.

7. Cabe acrescentar, por sua vez, que o artigo 6º da Lei 12.847/2013, ao listar as atribuições do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - CNPCT, ressalta seu papel de "apoiar a criação de comitês ou comissões semelhantes na esfera estadual e distrital para o monitoramento e a avaliação das ações locais" (inciso VII). Vale dizer, tivesse o Protocolo Facultativo, ou a Lei 12.847/2013, determinado obrigação de instituir, de forma vinculada, comitês e mecanismos de combate à tortura no âmbito estadual, seria desnecessária qualquer menção a eventual apoio à criação de órgão estadual pelo CNPCT, bastando simplesmente deixar a cargo da fiscalização dos órgãos competentes o cumprimento das normas cogentes da lei e da convenção internacional. Há ainda menção, no artigo 8º, § 7º, da Lei 12.847/2013, à hipótese de inexistência de Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura – MEPCT, não como estado de ilegalidade/omissão, mas como circunstância determinante para atuação subsidiária do MNPCT.

8. Ademais, como destacado na decisão agravada, não socorre aos recorrentes a invocação do artigo 29 do Protocolo Facultativo, sob o argumento de que, por estabelecer que "as disposições do presente Protocolo deverão abranger todas as partes dos Estados federais sem quaisquer limitações ou exceções", estaria a determinar obrigação de instituir comitês e mecanismos estaduais de prevenção e combate à tortura, pois constata-se, na verdade, que o dispositivo apenas outorga qualidade de lei nacional (e não apenas de lei federal) ao diploma, ao prever eficácia também a Estados e Municípios, sendo aplicável em tal âmbito, v. g., na hipótese de instituição de comitês e mecanismos descentralizados, quando do exercício da discricionariedade prevista no Protocolo Facultativo e na Lei 12.847/2013.

9. Consignou-se, também, que a criação de órgãos da Administração Pública - com utilização de critérios políticos e discricionários -, necessária para a

instituição de comitês e mecanismos em âmbito estadual, exige a edição de lei específica, com observância do devido processo legislativo, de modo que, ainda que eventualmente se concluísse por indevida omissão legislativa por parte do poder público, a utilização da via da ação civil pública revelaria-se inadequada, dada a existência de remédios constitucionais específicos para tanto previstos no ordenamento jurídico (RESP 1.155.590, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe de 07/12/2018). Porém, corroborando conclusão pela inexistência de ilegitimidade e indevida omissão do Estado de São Paulo no caso, verifica-se que houve, inclusive, iniciativa e tramitação de projeto de lei na Assembleia Legislativa Estadual para instituir o Comitê e Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura no Estado de São Paulo (Projeto de Lei 1.257/2014), o qual, embora aprovado pelo Poder Legislativo, foi integralmente vetado pelo Governador do Estado, estando tal veto pendente de análise desde março/2019, revelando que se pretende, em verdade, questionar o veto na via da ação originária.

10. Outrossim, não se sustenta a alegação de que a liminar deferida "limitou-se a determinar que o Estado apresente plano de implementação de Comitê e Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, de modo que não houve determinação de criação de órgãos, remanejamento de servidores, nem geração de despesas públicas", pois constou expressamente da decisão suspensa a determinação para que "se apresente plano de implementação de Comitê e Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (MEPCT/SP), com a estrutura, os recursos orçamentários e o número de cargos necessários ao adequado funcionamento do órgão à realização de visitas periódicas (no mínimo, anuais), a todos os locais de privação de liberdade existentes no território paulista" (grifamos), restando, assim, evidente que, para o cumprimento da decisão, sob pena de "astreintes", inclusive, seriam necessárias despesas públicas e reorganização da estrutura administrativa. Isso sem mencionar que a decisão judicial precária do Juízo *a quo* atenta contra a esfera da autonomia de ente federativo (artigo 18, CF) e afeta a independência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, por adentrar no mérito administrativo e nas escolhas de natureza política da Administração Pública.

11. Configurada, pois, neste contexto, a flagrante ilegitimidade da decisão liminar concomitante ao risco de lesão grave à ordem e economia pública, afigura-se de rigor a manutenção da contracautela deferida nos termos do artigo 4º da Lei 8.437/1992.

12. Agravos internos desprovidos.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, SLS 5011834-50.2024.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, j. 30/09/2024, DJEN 02/10/2024)

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL
## 5021404-60.2024.4.03.0000

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE RELATORES INTEGRANTES DAS 1ª E 2ª SEÇÃO DESTA CORTE REGIONAL - FEITO ORIGINÁRIO NO QUAL SE DISCUTE A REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS - ESPECIALIDADE DA COMPETÊNCIA DA 1ª SEÇÃO.

1- De início, anoto a competência do Órgão Especial desta Corte Regional para julgamento de conflitos de competência entre Relatores de Turmas componentes de Seções distintas nos termos do artigo 11, parágrafo único, alínea "i", do RITRF3.

2- A teor do artigo 10, do Regimento Interno deste E. Tribunal, a atribuição da competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa. O RITRF3 já previa a possibilidade de conexão entre as matérias de competência das Seções, razão pela qual o artigo 10, § 2º, determina, de forma expressa, que a competência da 2ª Seção é subsidiária, aplicável somente quando afastadas a competência das demais Seções.

3- O caso concreto abrange a análise administrativa do instituto da compensação, mas também resvala na verificação da existência de crédito previdenciário compensável. Precedentes das Turmas componentes da 1ª Seção, na qual analisada a regularidade da compensação administrativa de contribuições previdenciárias.

4- Diante da especialidade da matéria em decorrência do fato de se tratar de crédito previdenciário, a competência é da 1ª Seção.

5- Conflito procedente.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, CCCiv 5021404-60.2024.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Giselle França, j. 14/11/2024, DJEN 21/11/2024)

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL
## 5031510-81.2024.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE GARANTIA. EXECUÇÃO FISCAL. DISPENSA DA REUNIÃO DE FEITOS. AUSÊNCIA DE PREVENÇÃO.

- No debate sobre a que juízo federal com especialização na matéria fiscal (sendo da subseção judiciária desta capital ambos os protagonistas do conflito) compete ficar com a causa subjacente, em julgamento recentemente realizado a compreensão a que se chegou no Órgão Especial (reconhecidamente competente, na hipótese dos autos, para apreciação do dissídio, diante da circunstância, quanto à questão sob verificação, de a 1.ª e a 2.ª Seções do TRF3 julgarem feitos envolvendo a temática de fundo e, sobretudo, restar caracterizada divergência de posições a este respeito) foi de não haver conexão a partir da anterior tramitação de ação de antecipação de garantia do correspondente crédito, pelo menos não a ponto de ensejar a prevenção da unidade judiciária para o processamento tanto da execução fiscal quanto dos correspondentes embargos à execução fiscal (TRF 3ª Região, Órgão Especial, CCCiv - CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL - 5028464-55.2022.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 28/04/2023, Intimação via sistema DATA: 03/05/2023).

- Prevalência do entendimento firmado no âmbito deste colegiado, de que não se está a tratar de hipótese em que a dispensa de reunião de feitos resultará em qualquer tipo de prejuízo às partes ou mesmo à prestação jurisdicional propriamente dita – considerando-se, inclusive, a forma como está organizado o sistema judiciário na Justiça Federal da 3.ª Região, que, conforme realçado e exemplificado no precedente citado, já convive com outras situações em que existente, em teoria, risco de decisões conflitantes (ação anulatória processada em vara cível x execução fiscal posteriormente distribuído no juízo especializado).

- Conflito negativo de competência que se julga procedente, nos termos da fundamentação constante do voto.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, CCCiv 5031510-81.2024.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, j. 12/12/2024, intimação via sistema 13/12/2024)

# PRIMEIRA SEÇÃO

## AÇÃO RESCISÓRIA
## 5015518-17.2023.4.03.0000

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, VI, DO CPC. COISA JULGADA FORMADA EM AÇÃO MONITÓRIA. CITAÇÃO RECUSADA PELO SUPOSTO DEVEDOR. ASSINATURA FALSA ATRIBUÍDA A FALECIDO RÉU. EXIGÊNCIA EM FACE DE VIÚVA. DEMONSTRAÇÃO NO CURSO DO FEITO RESCISÓRIO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. *ACTIO NATA*. INOCORRÊNCIA. FALSIDADE COMPROVADA. LAUDO PERICIAL. JULGADO VICIADO.

- Ao tempo da citação certificada pelo oficial de justiça, o autor nada devia para a CEF, pois havia fraude na assinatura do documento que instruiu a inicial da ação monitória. Diante da conclusão da perícia realizada nos autos da presente rescisória, foi constatado que a assinatura posta nos documentos que embasaram a propositura da ação monitória contém identidade gráfica divergente quando considerada a documentação original do falecido. Ou seja, sendo inautêntica essa assinatura do documento da dívida, o falecido réu falava a verdade quando não aceitou o recebimento de citação, recusando a contrafé e a registrar, de próprio punho, seu nome no mandado.

- Claro que o falecido réu da ação monitória poderia ter sido mais cauteloso, adotando postura diversa para aceitar a citação e se defender nos autos da ação monitória. Todavia, movido pela certeza que nada devia à CEF, optou por ignorar a cobrança.

- Contudo, no caso dos autos, a execução do julgado foi feita em face da esposa do falecido réu da ação monitória, ora autora desta rescisória. Vale dizer, a cobrança só foi efetivamente levada ao conhecimento da parte autora, sucessora do falecido, por ocasião de sua intimação para a fase de cumprimento de sentença, em 12/08/2021.

- A situação atrai a incidência da *actio nata*, de modo que o termo inicial do prazo para adoção de providências pelos prejudicados é a ciência da existência deste ou de seus indícios pela parte. Desta forma, entre 12/08/2021 e 08/06/2023, não decorreu o prazo decadencial para o ajuizamento da presente ação.

- Ainda que não se entenda pela existência de irregularidade na citação e se considere como termo inicial para a propositura da ação rescisória a data o trânsito em julgado da decisão que constituiu, de pleno direito, o título executivo judicial (08/07/2016), deve-se ponderar que o réu faleceu em 19/10/2018, aos 48 anos de idade, sendo causas da morte sepse e broncopneumonia. Trata-se de quadro médico que indica não ter ocorrido morte súbita, sendo presumível sua incapacidade já na época do decurso do prazo de dois anos contados do trânsito em julgado. Portanto, também favorece o afastamento do prazo decadencial o fato de o prazo para propositura da ação rescisória estar suspenso por ocasião da

morte do *de cujus*, só devendo ser reiniciado por ocasião da ciência acerca do processado por seus sucessores. A partir daí, por essa linha de argumentação, também se aplica-se a teoria da *actio nata*, na forma acima mencionada.

- Entendimento contrário, autorizando que se perpetue a realização de cobrança antiética pela instituição bancária, implicaria admitir que nosso sistema jurídico, pautado pela racionalidade, permite que sucessores de uma vítima de golpe e fraude sejam penalizados com a cobrança de valores elevados, o que se revelaria consequência inaceitável e antijurídica. Afinal, em sua essência, a aludida coisa julgada (base para o cumprimento de sentença na monitória) é manifestamente viciada.

- No mérito, a parte autora formula pedido com base no art. 966, inciso VI do CPC/2015, que contempla a possibilidade de rescisão de decisão de mérito fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória.

- A sentença rescindenda foi proferida em 07/04/2016, nos autos de origem, constituindo de pleno direito o título executivo judicial, na forma do art. 701, parágrafo 2º do CPC, em razão da ausência de manifestação do réu. Contudo, a perícia realizada nos autos da presente ação rescisória demonstrou, de forma segura, a falsidade dos documentos que embasaram a propositura da ação monitória.

- Juízo rescindendo com pedido procedente para desconstituir o julgado prolatado, e, em juízo rescisório, afirmada a improcedência do pleito na ação monitória de origem.

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, AR 5015518-17.2023.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Carlos Francisco, j. 06/12/2024, DJEN 11/12/2024)

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL
## 5013478-28.2024.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DEMANDA QUE VERSA A RESPEITO DE BEM IMÓVEL OBJETO DE ASSENTAMENTO PELO INCRA. CAUSA EXCLUÍDA DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. CONFLITO PROCEDENTE.

1. Sob a disciplina da Lei nº 10.259, de 12/07/2001, a competência dos Juizados Especiais Federais é absoluta e norteada, primordialmente, pelo valor da causa (art. 3º, *caput*), regra geral que comporta exceções, expressamente elencadas, (art. 3º, § 1º).

2. Dentre as exceções à competência absoluta dos Juizados Especiais Federais encontram-se as causas relativas à anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal.

3. No caso em questão, a ação de origem tem por objeto pretensão de reconhecimento de posse legítima de imóvel de assentamento pelo INCRA, situação jurídica que se define no bojo e ao cabo de um processo administrativo conduzido e decidido pela autarquia fundiária, parte requerida no feito subjacente.

4. Quando a controvérsia originária reside na revisão e controle de ato administrativo que não tem natureza previdenciária, nem de lançamento fiscal, torna-se irrelevante o critério do valor da causa para definir o órgão judicial competente para processar e julgar o feito.

5. 5. Afastada a competência absoluta do Juizado Especial Federal (art. 3º, § 1º, inciso III, da Lei nº 10.259/2001), deve o caso retomar seu curso perante o Juízo Federal comum.

6. Conflito procedente.

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, CCCiv 5013478-28.2024.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Alessandro Diaferia, j. 06/12/2024, intimação via sistema 09/12/2024)

# PRIMEIRA TURMA

## APELAÇÃO CÍVEL
## 0011823-25.2000.4.03.6119

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO POR NÃO LOCALIZAÇÃO DE DEVEDOR OU BENS. FALÊNCIA NÃO INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL. INÉRCIA DA EXEQUENTE.

I. Caso em exame

1. Trata-se de execução fiscal suspensa em razão da não localização de bens penhoráveis e do devedor. Posteriormente, o processo foi arquivado por mais de um ano, sem novas diligências por parte da Fazenda Pública. A falência da executada foi decretada no curso do processo executivo, o qual ficou suspenso desde 2009. Dada vistas do processo em 2023, nada foi requerido. A exequente permaneceu inerte até a decretação da prescrição intercorrente.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em verificar: (i) se a decretação de falência da devedora impede o curso da prescrição intercorrente e (ii) se houve inércia da exequente no prosseguimento da execução fiscal após a suspensão do processo.

III. Razões de decidir

3. Conforme o art. 40, §§ 1º a 4º, da Lei nº 6.830/80, após a suspensão do processo por um ano sem a localização do devedor ou de bens penhoráveis, o prazo da prescrição intercorrente inicia-se automaticamente.

4. A decretação de falência não suspende o prazo prescricional, conforme entendimento consolidado pelo STJ, visto que a cobrança judicial da dívida ativa não se submete à habilitação no concurso de credores (AgInt no REsp 1673861/SP).

5. A inércia da exequente, que não adotou medidas como a penhora no rosto dos autos do processo falimentar, caracteriza-se como fator determinante para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

IV. Dispositivo e tese

6. Reconhecimento da prescrição intercorrente e extinção da execução fiscal. Recurso desprovido.

_____

*Tese de julgamento*: "1. A prescrição intercorrente inicia-se automaticamente após o prazo de um ano de suspensão do processo por ausência de bens penhoráveis ou devedores, conforme o art. 40 da Lei nº 6.830/80. 2. A decretação de falência não interrompe o curso da prescrição na execução fiscal, pois o crédito tributário não se submete à habilitação no processo falimentar."

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv 0011823-25.2000.4.03.6119, Relator Desembargador Federal David Dantas, j. 03/12/2024, DJEN 09/12/2024)

## APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
## 0006422-33.2013.4.03.6105

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. METALAUDO DA CPERCAMP. CARÁTER NÃO VINCULANTE. PERÍCIA JUDICIAL. APTA A ESTABELECER INDENIZAÇÃO. ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA. NÃO COMPROVADA. LUCROS CESSANTES. INCABÍVEIS. SUBSTITUIÇÃO POR JUROS COMPENSATÓRIOS. ADI 2.332. ENTENDIMENTO INAPLICÁVEL. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA POSTERIOR. VERBA HONORÁRIA MAJORADA.

I. Caso em exame

1. Sentença que acolheu o pedido de desapropriação do imóvel em favor da União, fixando como valor da indenização o estabelecido pela perícia judicial realizada

2. Os expropriados sustentam que fazem jus aos lucros cessantes decorrentes dos aluguéis que deixarão de ser auferidos em razão da desapropriação.

3. Os expropriantes sustentam a impossibilidade de adoção do laudo pericial judicial para fixação do valor da indenização, por conter inconsistências que indicam que a avaliação que instrui a inicial ou o relatório da CPERCAMP são mais adequados para fixação do valor da indenização; que houve contaminação das amostras em razão da especulação imobiliária na região do entorno do Aeroporto Internacional de Viracopos devendo se aplicar percentual depreciativo de 30% sobre o valor unitário do metro quadrado; e que a discordância em relação ao número de amostras é a de que, se o Perito pretende respeitar a metodologia aplicada no Metalaudo, deve segui-la em todos os seus aspectos, especialmente no que se refere às amostras.

II. Questão em discussão

4. Desapropriação para fins de ampliação do Aeroporto Internacional de Viracopos. A controvérsia trata sobre a utilização de metalaudo da CPERCAMP para fixação da indenização e lucros cessantes decorrentes da desapropriação.

III. Razões de decidir

5. Por se tratar de obra de grande vulto e com a finalidade de conferir maior uniformidade às diversas indenizações pagas em decorrência das desapropriações, além de estabelecer justo valor a elas, foi elaborado um metalaudo produzido por uma Comissão de Peritos Judiciais nomeada por juízes da Subseção de Campinas, denominada CPERCAMP. Não obstante a importância do referido metalaudo, suas disposições não são vinculantes e devem observar as especificidades do caso concreto, sobretudo em relação à contemporaneidade das indenizações.

6. Apesar de servir de parâmetro (não vinculante) para as indenizações, não há óbice para que o Judiciário, em análise ao caso concreto, designe perícia judicial de modo a estabelecer valor diverso para indenização do imóvel em discussão, desde que devidamente justificado.

7. Faculta-se ao juízo a análise acerca da necessidade de designação de perícia judicial que poderá adotar critérios diversos dos constantes do metalaudo da CPERCAMP ou, ainda, de outra avaliação elaborada administrativamente.

8. Não há indício nos autos de que os proprietários tenham se valido da prática de especulação imobiliária. O que ocorreu, de fato, foi a especulação de terceiros. Essa especulação de mercado deve ser mitigada, mas não pode ser atribuída aos proprietários, que não foram responsáveis pela valorização especulativa.

9. Publicações em jornais locais, sem amparo em índices oficiais não são suficientes para comprovar a ocorrência de especulação imobiliária. Por não terem os expropriantes comprovado a efetiva ocorrência de especulação imobiliária, deve ser afastada a referida alegação.

10. Não há que se falar na utilização do percentual depreciativo mínimo de 30% sobre o valor unitário, visto que o referido percentual não comporta parâmetros objetivos quanto à sua quantificação, tratando-se de pedido sem referencial técnico individualizado ao imóvel em discussão, além de não estar balizado na necessária comprovação da ocorrência de efetiva especulação imobiliária sobre o imóvel em discussão.

11. No cálculo do valor do imóvel há que se levar em consideração a valorização do mercado imobiliário local, o que não se confunde com especulação imobiliária.

12. O perito judicial é profissional técnico de confiança do juízo, equidistante do interesse das partes envolvidas no litígio. Além de atuar de forma imparcial, possui habilidades técnicas necessárias para análise do caso concreto. O laudo confeccionado por perito judicial, apesar de não vincular a decisão do magistrado (artigo 479, do CPC), possui presunção de imparcialidade, o que não ocorre com laudo apresentado pelas partes.

13. O conjunto probatório forneceu ao juízo de 1º grau elementos suficientes para o deslinde da causa. Na falta de qualquer elemento que desacredite o laudo pericial realizado, há de se conferir predominância aos seus apontamentos, visto que o perito judicial é elemento de confiança do magistrado não havendo nada nos autos que possa desabonar o referido trabalho do expert.

14. Os juros compensatórios devem ser regulados pela legislação vigente à época da imissão na posse, ou seja, no percentual de 12% ao ano, considerando redação dada pela Medida Provisória nº 700, de 2015 ao Decreto-lei 3.365/41.

15. A partir da imissão devem incidir os juros compensatórios no lugar dos lucros cessantes. Antes da imissão na posse, os expropriados, em tese, receberam os aluguéis, não havendo que se falar nem em dano emergente e nem em lucro cessante a título de aluguéis a serem suportados pelos expropriantes.

16. Não há que se falar no deferimento de lucros cessantes no caso de desapropriação, pois substituídos pelos juros compensatórios, quando cabíveis. Contudo, em havendo comprovação por parte dos expropriados, quando da execução dos valores arbitrados em sentença, de que o contrato de aluguel estava renovado e vigente até a efetiva imissão na posse, farão jus aos juros compensatórios no percentual de 12% (doze por cento) ao ano sobre o valor da diferença apurada entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, contado da data da efetiva imissão na posse, vedada a aplicação de juros compostos.

IV. Dispositivo

17. Recursos de apelação dos expropriantes não providos. Recurso de apelação dos expropriados parcialmente provido.

_____

Dispositivos relevantes citados: artigo 5º, inciso XXIV da CF; art. 15, do Decreto-lei 3.365/41, com a redação dada pela Medida Provisória nº 700, de 2015; arts. 1.013 e 342, inciso I, do CPC.

Jurisprudências relevantes citadas: ADI 2.332/DF do STF; TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0005764-53.2015.4.03.6100, Rel. Des. Fed. ANTONIO MORIMOTO JUNIOR, julgado em 01/02/2024, DJEN DATA: 06/02/2024; ApCiv nº 0006426-70.2013.4.03.6105. Rel. Des. Fed. HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA – 1º Turma – TRF3. Data do julgamento: 18/08/2022.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApelRemNec 0006422-33.2013.4.03.6105, Relator Desembargador Federal Renato Becho, j. 07/11/2024, DJEN 12/11/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL

## 5001645-76.2020.4.03.6103

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. NEOPLASIA DO MUTUÁRIO. COBERTURA SECURITÁRIA. QUITAÇÃO DO SALDO RESIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO SINISTRO DE INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE.

- Trata-se de ação ordinária objetivando o reconhecimento do direito à quitação integral do contrato de financiamento habitacional desde a data em que o autor foi acometido de incapacidade total e permanente, com a devolução de todo o montante despendido desde essa data, além da condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais.

- O contrato de venda e compra com alienação fiduciária em garantia celebrado pela autora originou a contratação de seguro obrigatório com cobertura para os eventos morte e invalidez total e permanente do segurado em virtude de acidente ou doença (cláusula 5ª).

- No caso, não há indício de incapacidade total e permanente para a realização de atividade laborativa. O laudo pericial realizado em juízo comprova que a parte autora apresentou incapacidade total e temporária durante o período de 16.05.2019 (diagnóstico da neoplasia) até 30.09.2019 (término do tratamento com radioterapia), e que não há sinais de doença oncológica ativa.

- Ainda que o laudo realizado em 29/04/2024 demonstre o reaparecimento da doença, não demonstra haver invalidez total e permanente. Necessária a demonstração da impossibilidade de recuperação ou reabilitação com os recursos terapêuticos disponíveis no momento da sua constatação para ter direito à indenização do seguro, o que não ocorreu nos presentes autos.

- Não se considera implementada a incapacidade total e permanente do mutuário que confira direito à cobertura securitária e ao pagamento do prêmio.

- Mantida a improcedência do pedido principal, resta prejudicado o pedido de repetição do indébito.

- Em razão da sucumbência recursal, desprovido o apelo, os honorários fixados na sentença devem ser majorados em 2%, observada a suspensão prevista no artigo 98, §§2º e 3º, do CPC.

- Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv 5001645-76.2020.4.03.6103, Relator Desembargador Federal Antonio Morimoto, j. 04/12/2024, DJEN 06/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL

## 5002429-49.2022.4.03.6114

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO FRAUDULENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. INSS. DANO MATERIAL E MORAL CARACTERIZADO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A jurisprudência tem entendido que a autarquia é parte legítima para responder por demandas que versem sobre empréstimos consignados descontados no benefício previdenciário do segurado sem a sua anuência, uma vez que, nos termos do art. 6º da Lei 10.820/03, é responsabilidade do Instituto a verificação de efetiva existência de autorização. Afastada a ilegitimidade da autarquia.

2. O INSS não verificou a autenticidade da autorização em nome da segurada, falhando no seu dever de exigir a documentação comprobatória da suposta autorização, regularidade e legitimidade para o desconto do empréstimo consignado, não zelando pela observância da legalidade de eventuais descontos e se abstendo de apurar eventual fraude. Agiu de forma ilícita, a gerar danos de ordem material e moral, privando a segurada de receber verba alimentícia, ocasionando transtornos e constrangimentos. Tal conduta é suficiente para a configuração de sua responsabilidade na esfera patrimonial e extrapatrimonial.

3. A indenização por dano moral deve ser arbitrada de forma razoável e proporcional, levando-se em consideração as condições da parte lesada, a postura do agente do ato ilícito e as peculiaridades do caso concreto, de forma que se evite o enriquecimento ou vantagem indevida. Precedentes do STJ.

4. O incidente extrapolou o limite do mero dissabor. Além do trauma causado pela ação ilícita e o montante do valor subtraído, a postura do requerido em relação ao fato, causou um relevante transtorno à autora, que se viu privada de valores que foram descontados mensalmente de seu benefício previdenciário, de natureza alimentar, em decorrência de golpe na contratação indevida de empréstimos consignados, sendo obrigada a ingressar com a presente ação judicial, o que prolongou os efeitos de seus prejuízos. Mantida a indenização arbitrada.

5. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv 5002429-49.2022.4.03.6114, Relator Desembargador Federal Herbert De Bruyn, j. 04/12/2024, DJEN 09/12/2024)

# SEGUNDA TURMA

## APELAÇÃO CÍVEL
## 0003233-71.2013.4.03.6000

APELAÇÃO. CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. DANOS MATERIAIS DEVIDAMENTE COMPROVADOS. DEPRECIAÇÃO DO BEM. DANOS MORAIS EXISTENTES. *QUANTUM* MANTIDO. RECURSOS DA CEF E DOS AUTORES DESPROVIDOS.

1. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento segundo o qual a questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH: a) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas; e b) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda (REsp 1102539/PE, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. para Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 09/08/2011, DJe 06/02/2012).

2. No caso dos autos é incontroverso os fatos ocorridos ao autor e os prejuízos advindos dos vícios construtivos, comprovados pelo perito judicial, o qual concluiu que existem problemas de umidade, rachaduras e infiltrações que caso não forem devidamente tratados poderão causar um dano à estrutura dos imóveis.

3. O laudo pericial revelou que os imóveis têm vários problemas de origem externa, tais como infiltração por capilaridade e infiltração originada de água acumulada nos telhados, que reverberam nas residências dos autores. Por ser imprescindível a recuperação de áreas externas para sanar os vícios nos imóveis dos autores (áreas internas), tal determinação não se reveste de ilegitimidade e tampouco vai além do pedido, por ser consequência deste. Os reparos mencionados estão relacionados aos vícios constatados no laudo pericial e os valores mostram-se adequados e não destoam da realidade. Mantida a indenização fixada pela sentença. Precedente da 2ª Turma desta E. Corte.

4. De acordo com a jurisprudência pátria, o valor arbitrado a título de danos morais deve guardar dupla função, uma de ressarcir a parte lesada e outra de desestimular o agente lesivo à prática de novos atos ilícitos. Desta forma, o *quantum* não pode ser ínfimo, mas também não pode ser de tal forma alto a implicar o enriquecimento sem causa da parte lesada.

5. No caso dos autos, entendo que o valor arbitrado deve ser mantido em R$ 10.000.00 (dez mil reais), vez que atende aos padrões adotados por essa E. Corte e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se os defeitos

estruturais do imóvel e os transtornos decorrentes, conforme apontou o laudo pericial (ID 152465433 – Págs. 72/91).

5. Apelação da Caixa e recurso adesivo não providos, com majoração honorária.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv 0003233-71.2013.4.03.6000, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, j. 14/06/2024, DJEN 18/06/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5004930-80.2020.4.03.6102

DIREITO CÍVEL. AÇÃO DE COBERTURA SECURITÁRIA E QUITAÇÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO. DOENÇA PREEXISTENTE. EXIGÊNCIA DE EXAMES MÉDICOS PRÉVIOS NÃO REALIZADA. MÁ-FÉ DO SEGURADO NÃO COMPROVADA. APELAÇÕES DESPROVIDAS.

I. CASO EM EXAME

1. Trata-se de ação de cobertura securitária e quitação do contrato de financiamento habitacional em razão do falecimento do mutuário. A Caixa Seguradora negou a cobertura com fundamento na existência de doença preexistente, alegando que o diagnóstico ocorreu antes da assinatura do contrato de seguro.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se a recusa da cobertura securitária por doença preexistente é válida, considerando a ausência de exames médicos prévios, e verificar se o segurado agiu de má-fé ao não informar seu estado de saúde à seguradora.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula nº 609, dispõe que a recusa de cobertura securitária por doença preexistente é ilícita quando não foram exigidos exames médicos prévios, salvo comprovação de má-fé do segurado.

4. A análise das provas dos autos demonstra que o falecimento do segurado decorreu de múltiplas complicações de saúde, não sendo possível concluir de forma inequívoca que a doença alegada como preexistente foi a causa direta do óbito. Além disso, não há evidências que comprovem a má-fé do mutuário ao omitir informações sobre sua condição de saúde no momento da contratação.

5. A conduta da seguradora e da Caixa Econômica Federal foi negligente ao permitir a contratação do seguro sem a devida avaliação médica, recebendo regularmente os prêmios pagos. Nesse cenário, a exclusão da cobertura securitária não pode ser justificada, pois a seguradora assumiu o risco ao formalizar o contrato sem realizar as diligências necessárias para averiguar o estado de saúde do segurado.

IV. DISPOSITIVO E TESE

6. Apelações desprovidas. Reconhecido o direito à cobertura securitária e à quitação do contrato de financiamento.

_____

*Tese de julgamento*: "1. A recusa de cobertura securitária por alegação de doença preexistente é ilícita quando não houver exigência de exames médicos prévios. 2. A ausência de comprovação de má-fé do segurado impede a exclusão da cobertura."

Dispositivos relevantes citados: CC, art. 113.

Jurisprudência relevante citada: STJ, Súmula nº 609; TRF 3ª Região, ApCiv nº 5002448-13.2022.4.03.6128, Rel. Des. Federal Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, julgado em 05.07.2023; TRF 3ª Região, ApCiv nº 5000616-97.2020.4.03.6100, Rel. Des. Federal Wilson Zauhy Filho, julgado em 10.05.2023; TRF 3ª Região, ApCiv nº 5002202-17.2018.4.03.6141, Rel. Des. Federal José Carlos Francisco, julgado em 10.11.2022.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv 5004930-80.2020.4.03.6102, Relatora Desembargadora Federal Renata Lotufo, j. 12/12/2024, DJEN 17/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5155571-29.2020.4.03.9999

EMBARGOS DE TERCEIRO. CÔNJUGE RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. PENHORA DE BENS DO CASAL. SÚMULA 251 DO STJ. REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. ART. 1667 DO CÓDIGO CIVIL. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA EM SUA INTEGRALIDADE. DIVISÃO DO PRODUTO OBTIDO COM A ALIENAÇÃO JUDICIAL.

- No regime da comunhão universal, todos os bens adquiridos pelos cônjuges, antes e durante o matrimônio, bem como, as respectivas dívidas, pertencerão a ambos, nos termos do art. 1667 do Código Civil.

- A meação do cônjuge que não participa da relação processual originária, como no caso, só responde pelos atos praticados pelo marido quando o credor provar que ela foi também beneficiada com a infração, cabendo ao credor o ônus de provar que a dívida reverteu em benefício do cônjuge do sócio executado. Súmula nº 251 do STJ.

- Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem, art. 843 do CPC.

- Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv 5155571-29.2020.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Audrey Gasparini, j. 12/12/2024, DJEN 17/12/2024)

# SEGUNDA SEÇÃO

## AÇÃO RESCISÓRIA
## 5000220-82.2023.4.03.0000

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO. CONFISSÃO IRREVOGÁVEL E IRRETRATÁVEL. DOLO PROCESSUAL DA PARTE VENCEDORA. PROVA NOVA. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA. DECISÃO *EXTRA PETITA*. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA POR APRECIAÇÃO EQUITATIVA.

1 - Ação rescisória ajuizada em face da União Federal (Fazenda Nacional) no intuito de que seja rescindido o v. acórdão proferido pela 6ª Turma deste E. Tribunal que negou provimento à apelação interposta pela autora em embargos à execução fiscal e, em juízo rescisório, o provimento da apelação interposta no processo originário para anular a r. sentença, determinando-se o prosseguimento dos embargos à execução opostos pela autora.

2 - A autora assinalou que teve contra si decisão, em embargos de execução fiscal, calcada na premissa falsa de que os créditos em discussão estariam parcelados, alegando a existência de dolo processual da União Federal (art. 966, III, do CPC) e prova nova (art. 966, VII do CPC), vez que afirmou em contrarrazões de apelação fato sabidamente falso, consistente da existência de pedido de parcelamento do débito exequendo; e de violação manifesta de norma jurídica (art. 966, V, do CPC), ante a ocorrência de julgamento *extra petita* (arts. 141 e 492 do CPC).

3 – Conforme asseverado no v. acórdão rescindendo, a extinção do feito sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, foi motivada pela adesão da autora a programa de parcelamento, a qual, ainda que indeferida, implicou em confissão de dívida. Assim, requerido o parcelamento, o contribuinte não poderia continuar discutindo em juízo aspectos fáticos do crédito tributário que se pretendia parcelar.

4 - Resta assentado no C. Superior Tribunal de Justiça que adesão a programa de parcelamento é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e interrompe do prazo prescricional, por constituir reconhecimento inequívoco do débito, nos termos do artigo 174, IV do CTN.

5 - A decisão rescindenda ancorou-se na legislação vigente e nos dados e provas trazidas pela própria autora, fato que afasta o alegado dolo da União Federal (Fazenda Nacional). Também não foi demonstrada manobra processual por parte da Fazenda Pública que tivesse o objetivo de prejudicar a percepção do magistrado. Para a caracterização do dolo, há necessidade de existência de nexo de causalidade entre o dolo e a decisão, de que o dolo decorra de atos da parte

vencedora e ter sido o dolo praticado em detrimento da parte vencida, requisitos inocorrentes na hipótese.

6 - Afastada também a alegação de existência de prova nova, que seria a confissão da União Federal (Fazenda Nacional) de que os débitos não se encontram parcelados, porquanto evidente está que parcelamento não houve, na medida em que restou indeferido.

7 - Não configura decisão *extra petita* ou *reformatio in pejus* quando o magistrado, ao analisar questão de ordem pública, vem a decretar a extinção do processo pelo reconhecimento da falta de interesse processual, a despeito da ausência de recurso da parte adversa.

8 - O contido no inciso V do artigo 966 do CPC, "violar manifestamente norma jurídica", não se confunde com interpretação de dispositivo legal, não se prestando a ação rescisória para corrigir interpretação conferida pela parte relativamente à situação posta.

9 - A ação rescisória não pode ser aceita quando revelar nítida intenção de ver reapreciada a matéria coberta pelo manto da coisa julgada, sem que haja demonstração da ocorrência de quaisquer das hipóteses elencadas no taxativo rol do artigo 966 do Código de Processo Civil.

10 - Quanto à fixação dos honorários sucumbenciais, a Suprema Corte já se manifestou pela possibilidade de utilização do critério de equidade, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, nas causas em que se afigure alto o valor da causa em razão do proveito econômico pretendido pelo requerente.

11 - No caso dos autos, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC, e com fulcro nos princípios da equidade, causalidade e razoabilidade, os honorários foram arbitrados em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), atendidos o empenho profissional do advogado, grau de zelo, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o tempo exigido.

12 - Ação rescisória julgada improcedente, nos termos do artigo 487, inciso II, do CPC.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, AR 5000220-82.2023.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 12/08/2024, intimação via sistema 21/08/2024)

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL
## 5021185-47.2024.4.03.0000

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. ARTIGO 47 DO CPC. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. LOCAL DO IMÓVEL. PRECEDENTES.

- Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 5ª Vara Cível de São Paulo/SP em face do Juízo Federal da 1ª Vara de Guarulhos/SP, nos autos do procedimento comum cível nº 5008010-93.2023.4.03.6119.

- O CPC/2015 manteve a regra já existente no art. 95 do CPC/1973, de competência absoluta do foro do local da coisa para as ações que tratam do direito real sobre os imóveis.

- A razão de ser da regra é permitir que o juiz da causa possa realizar com maior celeridade e eficácia as diligências necessárias em relação aos imóveis em litígio.

- Tratando-se de demanda que tem como objeto a decretação de nulidade de diversos registros imobiliários, o que resulta em discussão acerca do próprio direito de propriedade, incide a regra geral do *caput* do art. 47.

- A maior parte dos imóveis está localizada em Guarulhos/SP. O ingresso da União na lide, a ensejar a competência da Justiça Federal (art. 109, I, CF), tem relação com o fato de que determinada área controvertida abriga o Aeroporto Internacional de Guarulhos, sob responsabilidade da GRU Airport, controlada pela INFRAERO, empresa pública federal, e pela iniciativa privada.

- Conflito de competência que se julga procedente. Competência do Juízo Federal da 1ª Vara Guarulhos/SP.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, CCCiv 5021185-47.2024.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 02/10/2024, intimação via sistema 02/10/2024)

# TERCEIRA TURMA

## APELAÇÃO CÍVEL
## 0004375-24.2015.4.03.6103

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. JUSTIÇA GRATUITA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CONFIGURADA. DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIA DE IMÓVEL DIVERSO DAQUELE PENHORADO E A SER LEILOADO. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter o recebimento de indenização por dano moral e material, em razão da divulgação de fotografias de imóveis de propriedade das autoras em leilão que seria realizado no processo trabalhista nº 0082200-20.2004.5.15.0119, com o qual não tinham qualquer relação.

2. No que tange à impugnação da gratuidade de justiça concedida às autoras, deixo de apreciar tal pedido, pois não foi veiculado em sede adequada, mas somente em contrarrazões de apelação.

3. No mérito, cabe destacar que, no direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, ou seja, prescinde da comprovação de culpa do agente, sendo suficiente a comprovação do nexo causal entre a conduta lesiva do Estado e o dano, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

4. No caso em apreço, porém, não há dano a ser indenizado, pois, em nenhum momento, os imóveis das autoras correram risco de ser leiloados, visto que nem ao menos foram penhorados.

5. O que aconteceu foi que o leiloeiro divulgou as fotos dos imóveis das autoras em sua "home page", por equívoco, no lugar dos imóveis que efetivamente estavam sendo leiloados, o que ensejou a oposição de Embargos de Terceiro (feito nº 0000422-81.2011.5.15.0119) e a suspensão do leilão, tendo sido constatado pelo Oficial de Justiça que os imóveis da publicidade não correspondiam aos imóveis penhorados.

6. O juízo *a quo* não julgou improcedente o pedido porquanto não houvesse ocorrido a falha na divulgação do leilão, mas, atento ao princípio da congruência, no sentido de que as autoras buscavam a indenização por terem receado perder o imóvel, o magistrado consignou que não havia a menor possibilidade de perda do bem, visto que as autoras não eram as proprietárias dos imóveis penhorados, tanto que os embargos de terceiro foram julgados improcedentes.

7. Além disso, remanescendo apenas a possibilidade de que a publicidade do leilão tivesse indicado a possível alienação do imóvel das autoras, o fato não restou devidamente comprovado nos autos, faltando elementos que autorizem firmar tal conclusão, tendo sido apontado pelo leiloeiro, inclusive, várias inconsistências nos documentos trazidos pelas autoras quanto ao erro de publicidade, tais como, a faixa de "vendo" fixada em frente ao imóvel, que não apresentava qualquer semelhança com o logotipo do leilão, e o modelo de publicidade adotado,

consistente em um cartaz supostamente fixado pelo leiloeiro em uma Casa Lotérica, que se tratava, na verdade, apenas de uma cópia ampliada de uma folha do processo trabalhista, constando a numeração dos autos.

8. Assim, não comprovada lesão que caracterize dano moral ou material, é improcedente o pedido de condenação dos réus ao pagamento de indenização.

9. Não há se falar em litigância de má-fé quando ausente a configuração de conduta dolosa e de dano à parte ré, tampouco restaram evidenciadas as hipóteses elencadas no artigo 80 do CPC, atentando-se para o fato de que a má-fé não se presume, ou seja, tem que ser provada.

10. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv 0004375-24.2015.4.03.6103, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, j. 24/09/2024, DJEN 26/09/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL

## 5006857-30.2020.4.03.6119

DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADICIONAL DE COFINS-IMPORTAÇÃO. TEMA 1.047/STF. RE Nº 1.178.310 EM REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONALIDADE. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. GATT. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE NÃO DISCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 774/2017 E Nº 794/2017. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL NÃO APLICÁVEL.

1. A controvérsia em apreço envolve, em síntese, afastar a cobrança do adicional de 1% (um por cento) à alíquota da Cofins-Importação, prevista no § 21 do artigo 8º da Lei nº 10.865/2004.

2. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 1178310/PR, submetido à sistemática da repercussão geral, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, apreciando o Tema 1.047, firmou o entendimento quanto à constitucionalidade da majoração da alíquota da Cofins-Importação prevista no § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865/2004, bem como a inexistência de violação ao princípio da não cumulatividade, em razão da vedação à dedução do crédito proveniente do referido adicional, prevista no art. 15, § 1º-A, da Lei nº 10.865/2004. Na ocasião foram afastadas as alegações de violação aos princípios da isonomia e do tratamento nacional, por suposta inobservância ao Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), bem como assentada a desnecessidade de lei complementar para instituição do referido adicional, por se tratar de acréscimo de alíquota já existente, em conformidade com o decidido no Recurso Extraordinário nº 559.937, em sede de repercussão geral (Tema 001).

3. No que se refere à indevida repristinação da Medida Provisória nº 794/17, acrescento o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: "[...] Medida provisória não revoga lei anterior, mas apenas suspende seus efeitos no ordenamento jurídico, em face do seu caráter transitório e precário. Assim, aprovada a medida provisória pela Câmara e pelo Senado, surge nova lei, a qual terá o efeito de revogar lei antecedente. Todavia, caso a medida provisória seja rejeitada (expressa ou tacitamente), a lei primeira vigente no ordenamento, e que estava suspensa, volta a ter eficácia. [...]" (ADI 5709, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 28/6/2019)

4. No tocante à tese de ofensa à anterioridade nonagesimal tem prevalecido nessa E. Terceira Turma o entendimento de que a MP nº 794/2017 não criou e nem majorou tributo, mas apenas restabeleceu dispositivo legal que estava suspenso e que previa a cobrança.

5. A Medida Provisória nº 774/2017, que afastou a exigência do adicional de 1% (um por cento) da Cofins-Importação, vigorou de 01/07/2017 a 08/08/2017, até ser revogada pela MP nº 794/2017, o que ocasionou a suspensão de sua vigência e tramitação. Ulteriormente, diante do encerramento da vigência da MP nº 794/2017, em 06/12/2017, por perda de eficácia sem apreciação pelas Casas do Congresso Nacional, a MP nº 774/2017 voltou a viger pelo prazo que lhe restava, qual seja, 07/12/2017 a 08/12/2017. Por conseguinte, o adicional de 1% (um por cento) da COFINS-Importação somente não é exigível no período de

01/07/2017 a 08/08/2017 e 07/12/2017 a 08/12/2017, época em que vigorou a MP nº 774/2017.

6. O direito do contribuinte restringe-se aos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação, por meio de compensação administrativa, podendo também optar pela repetição do indébito via precatório, nos termos da Súmula nº 461 do Superior Tribunal de Justiça. Registre-se que não é cabível a restituição do indébito na esfera administrativa, em razão da regra inserta no artigo 100 da Constituição Federal (Tema 1262 STF).

7. Sendo a autuação do feito datada de 11/09/2020, não há que se aplicar a majoração da alíquota prevista no § 21 do artigo 8º da Lei nº 10.865/2004 aos fatos geradores ocorridos nos períodos de 01/07/2017 a 08/08/2017 e de 07/12/2017 a 08/12/2017.

8. Recurso parcialmente provido. Segurança parcialmente concedida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv 5006857-30.2020.4.03.6119, Relatora Desembargadora Federal Adriana Pileggi, j. 10/12/2024, DJEN 13/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5026789-90.2022.4.03.6100

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. LEI 14.148/21. PROGRAMA EMERGENCIAL DE RETOMADA DO SETOR DE EVENTOS (PERSE). EXIGÊNCIA, POR MEIO DE PORTARIA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, DE REGULAR PRÉVIA INSCRIÇÃO NO CADASTRO DO MINISTÉRIO DO TURISMO (CADASTUR), EM 18/03/2022, PARA QUE AS PESSOAS JURÍDICAS ELENCADAS NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 21 DA LEI 11.771/08 POSSAM GOZAR DO BENEFÍCIO. ILEGALIDADE. A LEI 14.592/2023, AO ESTABELECER POSTERIORMENTE TAL EXIGÊNCIA, REVOGOU O BENEFÍCIO DO PERSE PARA OS CONTRIBUINTES QUE NÃO POSSUIAM INSCRIÇÃO DO CADASTUR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO (30/05/23). NÃO HÁ IMPEDIMENTO PARA TAL REVOGAÇÃO, UMA VEZ QUE O BENEFÍCIO DO PERSE NÃO SE TRATA DE MODALIDADE DE ISENÇÃO CONDICIONAL. LEI 14.859/24 POSTERIORMENTE PERMITIU A FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO ÀS PESSOAS JURÍDICAS QUE EXERÇAM, DENTRE OUTROS, A ATIVIDADE DO IMPETRANTE (RESTAURANTES E SIMILARES) DESDE QUE POSSUAM A INSCRIÇÃO NO CADASTUR ATÉ 30/05/23. RECORRENTE NÃO POSSUI INSCRIÇÃO NO REFERIDO CADASTRO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA PERMITIR A SUA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ 30/05/23, APLICANDO-SE, A PARTIR DESSA DATA, O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ANUAL EM RELAÇÃO AO IRPJ E O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL EM RELAÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES AO PIS, COFINS E CSLL.

- Cinge-se a controvérsia em definir se o apelante, que atua preponderantemente no ramo de restaurantes e similares (CNAE 5611-2/01), tem o direito de usufruir o benefício referente ao Programa Emergencial de Retomada do Setor de Eventos (PERSE), criado pela Lei 14.148/21, considerando que não possui inscrição no Cadastro de Prestadores de Serviços Turísticos (CADASTUR), do Ministério do Turismo.

- A Lei 14.148/21 criou o Programa Emergencial de Retomada do Setor de Eventos (PERSE), com o objetivo de compensar os efeitos decorrentes das medidas de combate à pandemia da Covid-19.

- Dentre os benefícios previstos na referida Lei, está a redução à alíquota zero, pelo prazo de 60 meses, do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), bem como das contribuições ao Programa de Integração Social (PIS) e Financiamento da Seguridade Social (COFINS) às pessoas jurídicas que exercem atividades elencadas em seu art. 4º.

- Dentre os contribuintes contemplados pelo benefício estão as pessoas jurídicas que exerçam atividades de prestação de serviços turísticos, conforme o art. 21 da Lei 11.771/08.

- O § 2º do art. 1º da Portaria ME 7.163/22 estabeleceu que as pessoas jurídicas que exercem as atividades relacionadas no parágrafo único do art. 21 da referida Lei 11.771/08 – dentre elas as atividades do apelante (restaurantes e similares), detêm o direito de usufruir os benefícios do PERSE desde que, na data da publicação da Lei 11.418/21, estivessem regularmente inscritas no cadastro do Ministério do Turismo (CADASTUR).

- O estabelecimento de tal obrigação por meio de Portaria do Ministério da Economia viola o princípio da legalidade tributária, conforme entendimento já esposado pelo STJ.

- O apelante é um restaurante localizado no município de São Paulo e exercia suas atividades durante o período da pandemia da COVID-19.

- O apelante tem o direito de usufruir o benefício fiscal concedido pelo art. 4º da Lei 14.148/21 sem a exigência de prévia inscrição no CADASTUR em 18/03/2022.

- No entanto, posteriormente foi publicada a Lei 14.592, de 30/05/23, que acrescentou o §5º ao art. 4º da Lei 14.148/21, estabelecendo a obrigatoriedade de inscrição no CADASTUR, em 18/03/2022, como condição para o gozo do benefício.

- Assim, a exigência que anteriormente era feita por ato infralegal (Portaria do ME), passou a ser feita por meio de lei em sentido estrito. E, no presente caso, verifico que o apelante não possuía inscrição no CADASTUR no momento da Lei 14.592/23 (30/05/2023).

- Embora a Lei 14.592/23 tenha exigido a inscrição no CADASTUR – como requisito para fruição do benefício – em 18.03.22, posteriormente foi publicada a Lei 14.859, de 23/05/2024, que trouxe uma nova redação ao referido § 5º do art. 4º da Lei 14.148/21, para permitir que as pessoas jurídicas que exercem, dentre outros, a atividade econômica de restaurantes e similares (5611-2/01) – como é o caso do apelante – teriam direito à fruição do benefício do PERSE caso tenham adquirido sua regular inscrição no CADASTUR até 30/05/23 (data de publicação da Lei 14.592/23).

- O apelante, todavia, não efetuou sua inscrição no CADASTUR no período posteriormente permitido pela Lei (entre 18/03/22 e 30/05/23), de modo que, a partir da data da publicação da 14.592/23 (30/05/23) não preenche os requisitos para a fruição do benefício, ficando a partir de tal data revogado tal benefício para si, observando-se, contudo, a aplicação do princípio da anterioridade anual em relação ao IRPJ e o princípio da anterioridade nonagesimal em relação às contribuições ao PIS, COFINS e CSLL.

- Note-se, ainda, que o benefício do PERSE não é modalidade de isenção onerosa, a teor do art. 178 do CTN, pois a lei não estabeleceu qualquer contraprestação por parte do contribuinte para fruição do benefício de modo que não há impedimento algum do legislador revoga-lo, desde que observe os princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal, nos termos do entendimento já fixado por essa Turma.

- Recurso de apelação parcialmente provido para reconhecer o direito do apelante de usufruir o benefício fiscal concedido pelo art. 4º da Lei 14.148/21, sem a exigência da prévia inscrição no CADASTUR até 30/05/23, observando-se, a partir dessa data, o princípio da anterioridade anual em relação ao IRPJ e o princípio da anterioridade nonagesimal em relação às contribuições ao PIS, COFINS e CSLL.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv 5026789-90.2022.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Rubens Calixto, j. 06/12/2024, DJEN 11/12/2024)

## AGRAVO DE INSTRUMENTO
## 5004403-96.2023.4.03.0000

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CARTA DE FIANÇA. SEGURO GARANTIA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo de instrumento interposto em face de decisão, em execução fiscal, indeferiu pedido de substituição da garantia formulada pela executada.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Discute-se a possibilidade de substituição da carta fiança pelo seguro garantia.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Com o advento da Lei nº 13.043/14, o seguro garantia foi incluído no rol das garantias elencadas no art. 9º, da Lei de Execuções Fiscais. Também alterado pela Lei nº 13.043/14, o art. 15 da Lei nº 6.8030/80 recebeu a seguinte redação que deu, ao executado, a possiblidade de pleitear a substituição da penhora por dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

4. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, houve a equiparação, para fins de substituição da penhora, entre o dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial da execução, acrescido de 30% (art. 835, § 2º).

5. No caso, não há penhora de dinheiro. Aceitaram-se, nos autos subjacentes, cartas fiança para a garantia do juízo, que, agora, pede a executada para substituir por seguro garantia. Neste ponto, importante reconhecer que não houve preclusão da substituição da primeira garantia pela segunda. Discute-se a substituição da penhora e não o oferecimento da garantia, sob pena de tornar inútil o disposto no art. 15 da LEF.

6. A exequente recusou a substituição afirmando que as garantias não são equiparáveis e que a substituição da garantia depende necessariamente de anuência da credora, além da preclusão da matéria (id. 269282091). Não há, portanto, impugnação à apólice propriamente dita.

7. Não se tratando de constrição de dinheiro, a jurisprudência tem aceitado a substituição das garantias (carta fiança e seguro garantia), sendo que à credora não há fundamentos razoáveis para a não aceitação.

8. A substituição ora requerida observa ao princípio menor onerosidade (art. 805, CPC), sem que haja ofensa ao interesse do credor (art. 797, CPC).

IV. DISPOSITIVO

9. Agravo de instrumento provido.

_____

Dispositivos relevantes citados: CPC, arts. 797 e 805; Lei 6.830/80, art. 9º e 15.

Jurisprudência relevante citada: TRF 3ª Região, 5019667-61.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, Terceira Turma, DJEN DATA: 08/02/2023.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI 5004403-96.2023.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, j. 10/12/2024, DJEN 13/12/2024)

## AGRAVO DE INSTRUMENTO
## 5020177-35.2024.4.03.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO POR MORTE DE ANISTIADO POLÍTICO. AFASTAMENTO DO TETO CONSTITUCIONAL. NATUREZA INDENIZATÓRIA EXCLUSÃO DE PARCELAS INDENIZATÓRIAS DO TETO CONSTITUCIONAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ACUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA POR IDADE DA VIÚVA. BENEFÍCIOS COM NATUREZA E ORIGEM DIVERSAS. RECURSO IMPROVIDO.

1. A tutela provisória de urgência, em sua modalidade antecipada, objetiva adiantar a satisfação da medida pleiteada, garantindo a efetividade do direito material discutido. Para tanto, nos termos do art. 300 do atual Código de Processo Civil, exige-se, cumulativamente, a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

2. No caso dos autos, há perigo de dano consistente no desconto indevido em verba de natureza alimentar. No mesmo sentido, está suficientemente demonstrada a verossimilhança das alegações acerca do direito pretendido.

3. Correta a decisão agravada ao afastar a aplicação do teto constitucional ao benefício de pensão por morte de anistiado político. Sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no sentido de que a prestação mensal, permanente e continuada, decorrente da condição de anistiado político, tem natureza indenizatória e, portanto, a aplicação do teto constitucional a esse benefício não é adequada.

4. A aplicação da regra prevista no art. 24 da EC 103/2019 também deve ser afastada, pois não há identidade entre as naturezas das prestações em debate. A natureza jurídica indenizatória da pensão por morte de anistiado não impede o acúmulo com a aposentadoria por idade da autora, que é um benefício de natureza previdenciária. Ademais, a cumulação somente é vedada nos casos em que os benefícios tenham o mesmo suporte fático e, no caso em voga, os dois benefícios possuem fatos geradores distintos.

5. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI 5020177-35.2024.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 07/12/2024, DJEN 12/12/2024)

## AGRAVO DE INSTRUMENTO
## 5021089-32.2024.4.03.0000

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE AS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO (TEMA 1.067/STF). LEGITIMIDADE. TRIBUTAÇÃO POR DENTRO. NÃO-CUMULATIVIDADE. OPERACIONALIZAÇÃO PELO MÉTODO BASE CONTRA BASE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Discute-se a inclusão, em suas próprias bases de cálculo, da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social – COFINS. Ressalta-se que o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral à controvérsia relativa à "inclusão da COFINS e da contribuição ao PIS em suas próprias bases de cálculo" (Tema de Repercussão Geral nº 1.067 – RE nº 1.233.096), ainda pendente de julgamento.

2. A despeito de eventuais discrepâncias com conceitos empresariais e contábeis, é fato que até a EC nº 20/98, para fins tributários, fixou-se uma sinomínia entre "faturamento" e a "receita bruta" oriunda das atividades empresariais. Com a inclusão no texto constitucional da hipótese de incidência "receita" ou "faturamento", revela-se importante a distinção dos conceitos. Enquanto receita é gênero, que abrange todos os valores recebidos pela pessoa jurídica, que incorporam sua esfera patrimonial, independentemente de sua natureza (operacional ou não operacional); faturamento é espécie, que comporta tão somente as receitas operacionais, isto é, provenientes das atividades empresariais da pessoa jurídica. Se, de fato, sempre houve uma imprecisão técnica na redação legislativa sobre o que é "faturamento", agora repetida quanto ao que é "receita", tal jamais foi empecilho para ser considerada a exigibilidade das exações cujos fatos geradores ou bases de cálculo fossem fundadas nesses elementos, desde que respeitados os princípios constitucionais e tributários, mormente o da legalidade. À medida que a EC nº 20/98 permite a incidência de contribuições sociais para financiamento da seguridade social sobre "receita ou faturamento", basta à legislação infraconstitucional definir o fato gerador do tributo e respectiva base de cálculo como "receita" ou "faturamento", tomados em sua conceituação obtida do direito privado.

3. As empresas tributadas pelo regime da Lei nº 9.718/98 têm como fato gerador e base de cálculo do PIS e COFINS seu faturamento, entendido na qualidade de espécie de receita, cuja ordem é operacional. Já as empresas tributadas pelo regime das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 têm como fato gerador e base de cálculo a totalidade de suas receitas e não apenas aquelas consideradas "faturamento"; independentemente de constar no texto destas normas que o fato gerador "é o faturamento mensal" e a base de cálculo "é o valor do faturamento", a definição apresentada para faturamento (o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, compreendida a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela empresa) é incontestavelmente a do gênero "receita", que é absolutamente compatível com a EC nº 20/98.

4. Independentemente da tributação se dar com base na receita ou no faturamento, haja vista que ambas abarcam as receitas operacionais, a questão

controvertida recai justamente sobre a técnica de tributação adotada que se dá "por dentro", isto é, o tributo incide sobre sua própria base de cálculo, posto que, inexoravelmente, encontra-se incluso na formação do preço.

5. Verifica-se que não há novidade na matéria e há muito se vê sedimentado entendimento das Cortes superiores quanto à constitucionalidade da previsão legal da tributação "por dentro". Quando inexistente vedação constitucional à sistemática de tributação "por dentro", a sua previsão legal se revela legítima, porquanto oriunda da competência própria do Poder Legislativo, não cabendo o Judiciário se arvorar na posição de legislador positivo para modificar o sistema tributário adotado, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes. A própria Corte Suprema reafirmou tal entendimento no julgamento dos Temas de Repercussão Geral nº 75 (RE nº 582.525) e 214 (RE nº 582.461).

6. A questão não traz similitude com aquela decidida no Tema de Repercussão Geral nº 69 (RE nº 574.706), em que fixada tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins", uma vez que se trata de situações jurídicas distintas.

7. Diversamente da não-cumulatividade prevista constitucionalmente em relação ao ICMS e ao IPI, aquela aplicável às contribuições ao PIS e COFINS depende de previsão legal e pode beneficiar distintos setores da atividade econômica, conforme disposto no § 12 do artigo 195 da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 42/03. Não se trata, portanto, de um direito individual do contribuinte de somente pagar o tributo se observada a não-cumulatividade, na medida em que o dispositivo constitucional apenas conferiu ao legislador a faculdade de instituir a não-cumulatividade, podendo, inclusive, adotar como critério diferenciador o setor da atividade econômica atingido, sem que isso implique em ofensa à isonomia. Nesse sentido, o e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 756 (RE nº 841.979), firmou tese no sentido de que "o legislador ordinário possui autonomia para disciplinar a não cumulatividade a que se refere o art. 195, § 12, da Constituição, respeitados os demais preceitos constitucionais, como a matriz constitucional das contribuições ao PIS e COFINS e os princípios da razoabilidade, da isonomia, da livre concorrência e da proteção à confiança".

8. A não-cumulatividade visa ao controle da tributação que ocorre de forma sucessiva ("em cascata") na cadeia econômica, a fim de desonerá-la. Dentre os métodos de operacionalização da não-cumulatividade destaco para a solução do caso concreto: (i) "imposto contra imposto" (tax on tax), em que se subtrai o tributo suportado na entrada, cujo valor do crédito vem destacado no próprio documento fiscal, do montante devido na saída; e, (ii) "base contra base" (basis on basis), em que os custos ou despesas são contrapostos ao valor de receitas, sendo deduzido da base de cálculo aquilo que autorizado por lei, de sorte que não há, necessariamente, uma subtração do que incidiu efetivamente na operação anterior.

9. O regime não-cumulativo previsto na Carta para o ICMS se manifesta por meio de compensação "do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal" (artigo 155, § 2º, I), isto é, o ICMS adota a técnica "imposto contra imposto". Quando submetidas ao regime não-cumulativo, a apuração das contribuições ao PIS e COFINS adotam a técnica "base contra base", pois, na forma dos artigos 3º das Leis nºs 10.637/2002 e

10.833/2003, sobre o valor de determinados custos ou despesas é aplicada uma alíquota e este crédito financeiro é descontando do valor calculado pela aplicação de uma alíquota sobre a base de cálculo. Ao determinar a não incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre os valores de ICMS destacados em nota fiscal, a Corte Suprema observou, justamente, que a operacionalização da não-cumulatividade do ICMS se dá "imposto contra imposto", de sorte que o valor do tributo devido em cada elo da cadeia econômica é perfeitamente identificável e integralmente transferido ao Estado tributante, de sorte que tal receita, na verdade, representa ônus fiscal.

10. Inexistentes óbices constitucionais à incidência das contribuições ao PIS e COFINS sobre suas próprias bases de cálculo, tem-se legítima a tributação na forma legalmente prevista. Precedentes.

11. Não demonstrado qualquer equívoco, abuso ou ilegalidade na decisão recorrida, de rigor sua manutenção.

12. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI 5021089-32.2024.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Carlos Delgado, j. 09/12/2024, intimação via sistema 12/12/2024)

# QUARTA TURMA

## APELAÇÃO CÍVEL
## 0002967-41.2014.4.03.6100

ADUANEIRO. APELAÇÃO. BAGAGEM DESACOMPANHADA. DESCARACTERIZAÇÃO. FRAUDE. PENA DE PERDIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

- O Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/09) prevê a outorga isenção de impostos à bagagem desacompanhada de brasileiros que permaneceram no exterior por período superior a um ano e regressem ao país para aqui residir, em relação aos bens móveis e outros de uso doméstico.

- O conceito de bagagem, de acordo com o Regulamento Aduaneiro, abrange bens novos ou usados trazidos do exterior, em compatibilidade com a viagem realizada, para uso ou consumo pessoal, sempre que pela sua quantidade, natureza ou qualidade não presumam importação com fins comerciais ou materiais.

- A documentação acostada aos autos demonstra que grande parte dos bens internalizados sob a rubrica de bagagem desacompanhada não foi declarado, em contrariedade ao artigo 156 do Regulamento Aduaneiro, o que evidencia tentativa de internalização de grande quantidade e variedade de mercadorias de alto valor agregado sem o recolhimento de tributos e contribuições federais.

- A autuação por falsa declaração de conteúdo e falsificação de documento necessário ao desembaraço é apenado com perdimento dos bens, na forma dos artigos 105, inciso XII, do Decreto-Lei nº 37/66 e 689, inciso XII e § 4º, do Decreto nº 6.759/2009.

- Verba honorária majorada em mais 1% sobre o valor da causa atualizado, nos termos do artigo 85, §11, do CPC.

- Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv 0002967-41.2014.4.03.6100, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, j. 13/12/2024, DJEN 17/12/2024)

## APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
## 0014833-46.2014.4.03.6100

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. REMESSA OFICIAL. CREA/SP. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. NÃO CONFIGURAÇÃO. ADSTRIÇÃO DA SENTENÇA À CAUSA DE PEDIR. ÔNUS DA PROVA DO RÉU. POSSIBILIDADE DO SUPERINTENDENTE JURÍDICO EM DESEMPENHAR ATIVIDADES TÍPICAS DE ADVOGADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 29 E 70 DO EOAB. CONFIGURAÇÃO DE LIDE TEMERÁRIA.

1. Segundo entendimento consolidado do E. Superior Tribunal de Justiça, não há julgamento *extra petita* quando o provimento jurisdicional está circunscrito aos limites processuais da postulação veiculada na petição inicial.

2. Cinge-se a questão discutida nos autos com relação à possibilidade de pessoas nomeadas para os cargos em comissão exercerem atividades próprias da advocacia pública.

3. O Superintendente Jurídico é cargo comissionado, já que suas competências ostentam natureza de "direção, chefia e assessoramento" (CF, art. 37, V).

4. O art. 70 do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994) estabelece que a titularidade das funções de chefia jurídica de entidades paraestatais fique a cargo de advogados regularmente inscritos na OAB. Além disso, o art. 29 do mesmo Diploma assevera a legitimidade dos dirigentes dos órgãos jurídicos da Administração Pública indireta para o desempenho das atividades inerentes à advocacia.

5. De forma subsidiária, o Apelante requereu a reforma da r. sentença para afastar o pagamento do décuplo das custas, bem como de honorários advocatícios em 10% do valor da causa, por ausência de comprovação de dolo e má-fé necessários para determinação da lide como temerária.

6. O art. 5º, inciso LXXIII, da CF/1988, dispensa o autor popular do pagamento das custas processuais e dos ônus da sucumbência "salvo comprovada má-fé".

7. A imunidade é justificada pela importância dos interesses que a ação popular busca resguardar: patrimônio público, patrimônio histórico e cultural, meio ambiente e moralidade administrativa.

8. A lide é temerária, tendo em vista as disposições dos arts. 29 e 70 do Estatuto da OAB, que, numa interpretação conjunta, autorizam o Chefe do Departamento Jurídico de uma entidade pública a desempenhar atividades inerentes de advogado.

9. Além disso, foge à razoabilidade imaginar que as suas atribuições estariam limitadas a questões gerenciais, estando impedido da prática de atos próprios da advocacia, quando ele é o responsável jurídico pelo setor.

10. Por se tratar de recurso de apelação, aplica-se o disposto no § 11, do art. 85, do CPC.

11. A fixação da verba honorária deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, remunerando adequadamente o trabalho do

advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto, tais como, o valor da causa e o grau de complexidade da demanda.

12. Tendo em vista a baixa complexidade da causa, o apelante deve ser condenado ao pagamento de honorários recursais, fixados em 1% sobre o valor da causa, atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, tendo em conta que o trabalho adicional do advogado consistiu basicamente na apresentação de contrarrazões.

13. Apelação e remessa oficial não providas.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec 0014833-46.2014.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva, j. 09/12/2024, intimação via sistema 16/12/2024)

## APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
## 0002106-25.2015.4.03.6131

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ACESSIBILIDADE. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU MOBILIDADE REDUZIDA. FECHAMENTO NO CURSO DA DEMANDA. PERDA DO OBJETO. AFASTAMENTO DA MULTA ASTREINTE.

1. O Ministério Público Federal objetiva a condenação do INSS na obrigação de fazer consistente em readaptar as instalações da agência de Itatinga/SP, para fins de acessibilidade.

2. A Constituição da República contempla o direito à acessibilidade dos prédios públicos, no artigo 227, § 2º: "A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência".

3. Desde 1989 a Lei nº 7.853, de 24/10/1989, já assegurava o acesso aos prédios públicos consoante as normas de seu artigo 2º, V, "a", prevendo para a área das edificações que o Poder Público e seus órgãos assegurem às pessoas com deficiência o acesso "aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados".

4. A Lei nº 13.146, de 06/07/2015, que foi denominada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), prevê em seu artigo 3º, inciso I, a acessibilidade.

5. Uma vez instalada a referida Agência do INSS, é indiscutível que as suas dependências do prédio observem a acessibilidade das pessoas com deficiência, conforme o pleito inicial do Ministério Público Federal.

6. Durante a tramitação da presente lide, a referida Agência do INSS de Itatinga-SP foi fechada.

7. A ausência de atendimento com o fechamento da Agência INSS de Itatinga-SP conduz à perda do objeto da lide, acarretando a carência superveniente, a ensejar a extinção do feito, na forma do artigo 485, inciso VI, do CPC.

8. Afastamento da multa astreinte aplicada, porque a multa imposta era exatamente com o fito de forçar o início e finalização das obras. Todavia, dado o risco para a saúde e a vida da população (COVID-19) as obrigações de fazer estabelecidas a cargo do INSS, em especial as obras de adaptação do prédio, não poderiam ser realizadas.

9. Não obstante as instalações do INSS submetam-se ao rigor das normas que asseguram os direitos das pessoas com deficiência, a esfera da decisão a respeito da manutenção ou não do atendimento presencial em determinada localidade ingressa no âmbito da discricionariedade administrativa, e tampouco é objeto da presente lide, adstrita à adaptação do prédio que deixou de abrigar a Agência da Previdência.

10. Agravo interno e recurso de apelação prejudicados. Extinção do feito sem julgamento do mérito.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec 0002106-25.2015.4.03.6131, Relatora Desembargadora Federal Leila Paiva, j. 06/12/2024, intimação via sistema 16/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL

## 5005364-11.2021.4.03.6110

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. IRPF. VETERINÁRIO AUTÔNOMO. REMUNERAÇÃO PAGA A TERCEIROS. PROFISSIONAIS DO MESMO RAMO, DE OUTRAS ESPECIALIDADES. DESPESAS DEDUTÍVEIS. RECURSO DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

- Nos termos do artigo 6º, inciso I e III da Lei nº 8.134/1.990, são despesas dedutíveis da base de cálculo do Imposto de Renda, a remuneração paga a terceiros, desde que com vínculo empregatício, e os encargos trabalhistas e previdenciários, e as despesas de custeio pagas, necessárias à percepção da receita e à manutenção da fonte produtora.

- Consoante o art. 299 do RIR/1999, as despesas operacionais da pessoa jurídica são aquelas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, desde que não computadas nos custos.

- Ainda, o Parecer Normativo CST nº 32/1981, dispõe que "o gasto é necessário quando é essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos".

- O atendimento veterinário constantemente necessita de conhecimentos específicos de outras especialidades da área, o que demanda a utilização dos serviços de outros profissionais parceiros, para o efetivo desempenho da atividade econômica do contribuinte.

- Os valores pagos aos profissionais veterinários em análise constituem despesas de custeio necessárias à percepção da receita e à manutenção da fonte produtora, de modo que são dedutíveis da base de cálculo do imposto de renda do autor, ora apelado.

- Apelação desprovida. Agravo interno prejudicado.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv 5005364-11.2021.4.03.6110, Relatora Desembargadora Federal Mônica Nobre, j. 06/12/2024, DJEN 12/12/2024)

## AGRAVO DE INSTRUMENTO
## 5019437-77.2024.4.03.0000

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA DE ORIGEM. DECADÊNCIA NÃO OCORRIDA. TCFA. ART. 13, II, "B" DA PORTARIA IBAMA Nº 260/2023. CRITÉRIO CONTRÁRIO AO PREVISTO NO ART. 17-D DA LEI Nº 6.938/81: ILEGALIDADE.

1. Rejeitada a alegação de não cabimento do mandado de segurança porque a impetrante não pretende impugnar ato normativo em tese, mas sim ver garantido o direito que entende ter à não majoração de determinado tributo.

2. Não cabe falar em decadência do direito de impetrar o *writ*, já que os possíveis efeitos jurídicos da Portaria IBAMA nº 260/2023 renovam-se dia a dia.

3. O art. 17-D da Lei nº 6.938/81, com a redação dada pela Lei nº 10.165, de 2000, é expresso ao prever que a TCFA é devida por estabelecimento.

4. Desta forma, ao estipular como critério de enquadramento do contribuinte o "somatório da renda bruta anual de todos os seus estabelecimentos (matriz e filiais)", o art. 13, inciso II, alínea "b" da Portaria IBAMA nº 260/2023 viola frontalmente o dispositivo legal.

5. O art. 146 do CTN não autoriza a adoção de critérios de enquadramento contrários aos previstos em lei.

6. Agravo de instrumento não provido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI 5019437-77.2024.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 08/11/2024, intimação via sistema 11/11/2024)

# SEXTA TURMA

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5012207-04.2020.4.03.6182

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE RESÍDUOS SÓLIDOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE – TRSS Lei 13.478/2002. BASE DE CÁLCULO. POTENCIAL DE GERAÇÃO DE RESÍDUO SÓLIDO. FAIXAS DE CLASSIFICAÇÃO. UNIFESP. ABUSIVIDADE NA COBRANÇA. HONORÁRIOS FIXADOS POR APRECIAÇÃO EQUITATIVA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde - TRSS, foi instituída para custear o serviço público de gestão de resíduos sólidos produzidos na área da saúde, os quais, por trazerem risco diferenciado à população e ao meio ambiente, demandam tratamento especial.

2. A base de cálculo da TRSS corresponde ao custo total do serviço rateado entre os contribuintes do tributo, na proporção do uso, potencial ou efetivo, de cada estabelecimento, para a apuração do valor devido.

3. Tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação (art. 100 da Lei 13.478/02), verifica-se que a Unifesp procedeu à declaração e pagamento da taxa municipal conforme seu enquadramento na condição de pequeno gerador de resíduos sólidos de serviços de saúde.

4. Entretanto, o Município de São Paulo reclassificou o imóvel em questão, atribuindo-lhe a condição de grande gerador de resíduos sólidos de serviços de saúde. Efetuou lançamento de ofício de forma retroativa, pretendendo, inclusive, cobrança de valores em momento em que o imóvel se encontrava desocupado, pendente análise de pedido de cancelamento de inscrição.

5. Processos administrativos colacionados demonstram que o Município não realizou inspeção, vistoria ou fiscalização que atestasse que no período o volume de resíduos sólidos gerado pela embargante era superior ao enquadramento declarado, o que demonstrou a abusividade da cobrança realizada com base no enquadramento anterior.

6. Ao contrário, a embargada baseou-se em ilações do tipo "não é crível" ou "notoriamente gerador de elevado volume de lixo hospitalar infectante" para invalidar a tributação no código 45000, conforme reenquadramento solicitado, sem motivar de modo concreto, suficiente e adequado, a manutenção da taxa no código tributário 45002, resultando, assim, em cobrança indevida.

7. Desconstituída, portanto, a presunção de liquidez e veracidade da Certidão de Dívida Ativa.

8. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv 5012207-04.2020.4.03.6182, Relator Desembargador Federal Souza Ribeiro, j. 02/12/2024, intimação via sistema 15/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5032121-72.2021.4.03.6100

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. ROL DO ARTIGO 932 DO CPC MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ARTIGO 18-A DA LEI PELÉ. CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE DESPORTOS PARA DEFICIENTES INTELECTUAIS - CBDI. MANDATO DE PRESIDENTE EM CURSO EM ABRIL DE 2014. PERMITIDA UMA ÚNICA RECONDUÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Conforme já firmado na orientação deste Colegiado (ApCiv nº 0013620-05.2014.403.6100, Rel. Des. Fed. SOUZA RIBEIRO, decisão de 23/03/2023), o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o rol do artigo 932, IV e V, do CPC é meramente exemplificativo. Desta feita, à Súmula nº 568 do C. Superior Tribunal de Justiça – STJ ("O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema") une-se a posição da doutrina majoritária que entende pela exemplificatividade do listado do artigo 932 do CPC.

2. Impende consignar que o princípio da colegialidade não resta ferido, prejudicado ou tolhido, vez que as decisões singulares são recorríveis pela via do Agravo Interno (art. 1.021, *caput*, CPC).

3. No mérito, o 18-A da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), introduzido pela Lei 12.868/2013, dispõe: "Art. 18-A. Sem prejuízo do disposto no art. 18, as entidades sem fins lucrativos componentes do Sistema Nacional do Desporto, referidas no parágrafo único do art. 13, somente poderão receber recursos da administração pública federal direta e indireta caso: I - seu presidente ou dirigente máximo tenham o mandato de até 4 (quatro) anos, permitida 1 (uma) única recondução; (...)". Ademais, por força do §3º, I, do mesmo artigo, "será respeitado o período de mandato do presidente ou dirigente máximo eleitos antes da vigência desta Lei".

4. No tocante à verificação do cumprimento de tais exigências, a Portaria nº 115/2018 do Ministério do Esporte estabelece que a entidade deverá demonstrar que seu estatuto contém dispositivo explicitando a alternância no exercício dos cargos de presidente ou dirigente máximo a, no máximo, 4 anos, permitida uma única recondução, além de encaminhar as duas últimas atas das Assembleias Gerais para eleição e posse desses cargos.

5. Nessa senda, a partir da vigência do artigo 18-A (abril de 2014), as regras por ele estipuladas devem constar no estatuto das entidades, sendo válidas para a eleição seguinte.

6. Tais questões foram enfrentadas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Cidadania, em dois pareceres elaborados em resposta a questionamentos da Secretaria Especial do Esporte. No primeiro, PARECER nº 00155/2020/CONJUR-MC/CGU/AGU, a Consultoria assinalou que "presidentes ou dirigentes máximos que já se encontravam eleitos em abril de 2014 poderão concorrer a reeleição e exercer apenas mais um mandato consecutivo de até 4 anos".

7. Posteriormente, no segundo parecer - PARECER nº 00052/2021/CONJUR-MC/CGU/AGU - a Consultoria reiterou esse entendimento: "33. Cabe ressaltar que

a previsão de reeleição no estatuto é mera expectativa de direito não se trata de situação jurídica consolidada que deve ser preservada; (...) Portanto, quem já se encontrava no exercício de mandato quando da entrada em vigor da lei deverá ter seu mandato computado como primeiro mandato, bem como o estatuto deve cumprir com as exigências do art. 18 - A da Lei nº 9.615, de 1998, para receber recursos públicos; não havendo que se falar em desrespeito ao ato jurídico perfeito ou direito adquirido. (...) 38. Da mesma forma, a previsão do inciso I, do § 3º, do art. 18-A, da Lei nº 9.615, de 1998, logicamente ao mencionar que "será respeitado o período de mandato" teve a intenção de preservar a eleição anteriormente realizada, mesmo aquela com PERÍODO DE MANDATO superior a 4 anos. Respeitar o período não é o mesmo de entender que o mandato deve ser desconsiderado (...)".

8. No caso, a autora, ora agravante, é entidade integrante do Sistema Nacional de Desporto e, como tal, recebe verbas oriundas do Comitê Paralímpico Brasileiro, que, por sua vez, as recebe da União. Relata que o seu atual presidente, o sr. Adilson Pereira Ramos, eleito para o mandato de 01/12/2021 a 30/11/2025, já havia exercido tal cargo no período de 01/12/2013 a 30/11/2017 e de 01/12/2017 a 30/11/2021.

9. Portanto, o mandato de 2013 a 2017, que estava em curso quando entrou em vigor o artigo 18-A, deve ser considerado como o primeiro, sendo o mandato subsequente (2017 a 2021) a única recondução permitida.

10. Apelação provida, julgando-se improcedente a demanda e condenando-se a autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, acrescidos de 1% em sede recursal, nos termos do artigo 85, §11, do CPC.

11. A matéria em síntese mereceu nova apreciação deste MM. Órgão Judiciário, em face da permissão contida no artigo 371 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional, e que impõe ao julgador o poder-dever. O poder no que concerne à liberdade de que dispõe para valorar a prova e o dever de fundamentar a sua decisão, ou seja, a razão de seu conhecimento.

12. Sob outro aspecto, o juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

13. Quanto à regra contida no § 3º do artigo 1.021 do CPC, a vedação só se justifica na hipótese de o agravo interno não se limitar à mera reiteração das razões/contrarrazões de apelação. Conclui-se, das linhas antes destacadas, que a decisão monocrática observou os limites objetivamente definidos no referido dispositivo processual.

14. Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv 5032121-72.2021.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Valdeci Dos Santos, j. 23/08/2024, DJEN 09/09/2024)

# TERCEIRA SEÇÃO

## AÇÃO RESCISÓRIA
## 5017084-69.2021.4.03.0000

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, III e VI DO CPC. DOLO PROCESSUAL, COAÇÃO E PROVA FALSA. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DA AUTORA DE COMPANHEIRA DO SEGURADO FALECIDO. SENTENÇA QUE CONCEDE O BENEFÍCIO INTEGRALMENTE À EX-CÔNJUGE DO *DE CUJUS*. IMPEDIMENTO AO EXERCÍCIO DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PELA AUTORA NA AÇÃO DE ORIGEM NÃO DEMONSTRADO. PRETENSÃO DE VER SUPERADA A PRECLUSÃO PROBATÓRIA. PROVA FALSA. INTEIRO TEOR DA CERTIDÃO DE ÓBITO JUNTADO AOS AUTOS ORIGINÁRIOS. SUPRESSÃO DA MENÇÃO À EXISTÊNCIA DA COMPANHEIRA NÃO VERIFICADA. FALSIDADE DOS DEPOIMENTOS. REANÁLISE E COTEJO COM A PROVA DOS AUTOS. AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA AFASTADA. PRETENSÃO RESCINDENTE IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. JUSTIÇA GRATUITA

1 – Não transcorrido o prazo decadencial de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, previsto no artigo 975, *caput* do Código de Processo Civil, contado a partir do trânsito em julgado da última de decisão proferida na ação originária, 26/07/2019, e o ajuizamento do feito, ocorrido em 26/07/2021. Orientação jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual " O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial. (SÚMULA 401, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/10/2009, DJe 13/10/2009). Prejudicial arguida na contestação afastada.

2 – Na configuração da hipótese de rescindibilidade prevista no artigo 966, III do Código de Processo Civil, o dolo consiste na má-fé processual da parte vencedora em detrimento da parte vencida, situação em que a parte vencedora "obstaculiza a adequada participação da parte vencida no processo, impedindo suas alegações e produção de provas, ou mesmo, e sempre de forma dolosa, leva o juiz a interpretar a situação litigiosa de forma contrária a ela (parte vencida)" (in "Manual do Processo de Conhecimento", Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, 3ª ed., RT).

3 – Hipótese em que a autora da ação rescisória busca a rescisão da sentença de mérito proferida na ação originária aforada pela ex-cônjuge do segurado falecido, que julgou procedente o pedido inicial e lhe concedeu o benefício de pensão por morte de forma integral, cessando o benefício concedido à autora, por reconhecer como não comprovada sua condição de companheira.

4 – Ausentes nos autos elementos permitindo o reconhecimento da existência de nexo entre a atuação probatória deficiente da autora da ação rescisória no processo de origem e as alegadas ameaças de coação contra sua vida e a alegação de dolo processual dos requeridos.

5 – A alegação de dolo processual não pode ter por fundamento prova que poderia ter sido produzida oportunamente nos autos da ação originária e que a parte vencida deixou de fazê-lo por omissão ou negligência, violando a preclusão consumativa da prova não produzida no momento adequado, sob pena da utilização da via da ação rescisória como sucedâneo recursal, visando corrigir eventual injustiça da decisão rescindenda.

6 – A hipótese de rescindibilidade prevista no art. 966, VI do Código de Processo Civil pressupõe que o pronunciamento judicial tenha sido induzido em erro por se basear em prova falsa, sem que remanesça outro fundamento independente que permita sua manutenção, cuja produção tenha observado o contraditório em relação à parte prejudicada pela rescisão do julgamento.

7 – Hipótese em que a autora invoca como prova falsa os testemunhos colhidos na audiência de instrução e julgamento realizada na ação originária, nos quais foi afirmada a manutenção do convívio conjugal entre a ex-cônjuge e o segurado falecido até a data do óbito e que embasaram o julgamento pela procedência do pedido e o cancelamento do seu benefício de pensão por morte, afastando sua condição de companheira do *de cujus*. Afirma ainda que a certidão de óbito juntada pela ex-cônjuge na ação de origem suprimiu o conteúdo do quadro "observações/averbações", do qual constava originalmente a informação de que o falecido mantinha união estável com a autora.

8 – Constatado que houve a juntada na ação de origem da certidão de inteiro teor do atestado de óbito, contendo a menção à condição de autora de companheira do segurado à época do seu óbito, sem que se possa acoimar de falsidade material ou ideológica a certidão de óbito apresentada nos autos de origem, em que omitida tal informação, ante a ausência de informação que permita concluir se a omissão alegada decorreu de pedido de retificação do registro formulado pela ex-cônjuge ou descendentes do falecido, ou de ato da própria serventia do Cartório de Registro Civil e Pessoas Naturais ao expedir a certidão de óbito sem a menção à existência da companheira.

9 - O reconhecimento da falsidade dos testemunhos colhidos na audiência de instrução realizada pelo Juízo de origem pressupõe seu cotejo com a versão dos fatos conforme a defesa produzida pela autora na contestação apresentada na ação de origem e com os fundamentos da sentença de mérito rescindenda, assim como o pronunciamento acerca da prova documental produzida na presente ação, situação que importa na rediscussão e revisão da justiça da decisão rescindenda por eventual equívoco na apreciação da prova produzida no processo originário.

10 - Tal intento é manifestamente incabível na via da ação rescisória, que não se presta à rediscussão da causa e não constitui sucedâneo recursal. Precedentes no C. Superior Tribunal de Justiça.

11 – Ação rescisória improcedente. Prejudicial de decadência afastada.

12 – Condenação da parte autora ao pagamento de verba honorária arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil, com a observação de se tratar de parte beneficiária da justiça gratuita.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR 5017084-69.2021.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Marcelo Vieira, j. 29/11/2024, DJEN 04/12/2024)

## AÇÃO RESCISÓRIA

## 5023622-95.2023.4.03.0000

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA NOVA. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. ENFERMEIRA HOSPITALAR. AGENTES BIOLÓGICOS. AUSÊNCIA DE PEDIDO PARA O PERÍODO DOS AUTOS SUBJACENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Ação rescisória proposta pela parte autora, sob alegação de obtenção de prova nova, com o objetivo de desconstituir acórdão que deu provimento ao seu recurso de apelação, mas deixou de reconhecer o período trabalhado sob condições especiais, exposta a agentes biológicos. A parte autora busca a conversão do tempo comum em especial, com a finalidade de obter aposentadoria especial (espécie 46) em substituição à aposentadoria por tempo de contribuição (espécie 42) já concedida.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) determinar se o documento apresentado caracteriza prova nova apta a fundamentar a ação rescisória, nos termos do artigo 966, inciso VII, do Código de Processo Civil; e (ii) estabelecer se a inovação do pedido de reconhecimento de atividade especial para o período de 6.2.2017 a 13.11.2019 é admissível em sede de ação rescisória.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Considera-se prova nova, para fins de ação rescisória, o documento existente à época do julgamento rescindendo, mas cuja existência era ignorada pelo autor ou que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável. No presente caso, a documentação apresentada não se enquadra como prova nova apta a modificar as conclusões do feito subjacente, porque a prova diz respeito a intervalo não discutido no feito subjacente e tampouco postulado como especial.

4. A parte autora inova em sua pretensão rescisória, com base em pedido não formulado na ação de conhecimento, o que não é permitido nos estritos limites para admissão dessa ação autônoma. A ação rescisória não admite inovação quanto à causa de pedir ou ao pedido que não foram objeto da ação de origem. A parte autora não pleiteou o reconhecimento da especialidade do período em discussão no feito subjacente, restringindo seu pedido administrativo a intervalos anteriores, o que foi replicado na ação judicial.

5. Como consequência, o aludido período não foi julgado em seu mérito, de tal sorte que não fez coisa julgada material. No caso concreto, também por esse ângulo, não se pode admitir que o documento seja capaz de rescindir o julgado, uma vez que isso pressupõe decisão que se submeta à coisa julgada material.

6. Remanesce à parte autora o direito de propor nova ação, com a prova nova obtida posteriormente, não sendo o caso de rescindibilidade.

7. Condenação da parte autora ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos

termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, cuja execução fica suspensa, nos termos do artigo 98, § 3º do mesmo código.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Pedido improcedente.

_____

*Tese de julgamento*: Ação rescisória não admite inovação na causa de pedir ou no pedido em relação ao julgado rescindendo.

Dispositivos relevantes citados: CPC/2015, arts. 966, VII, e 968, I; art. 85, §§ 2º e 3º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, Tema 629; TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR nº 0012752-91.2014.4.03.0000 - Desembargador Federal Baptista Pereira; AR nº 5013312-30.2023.4.03.0000 - Desembargador Federal Nelson de Freitas Porfírio Júnior ; STJ, REsp 1665514 PR; STJ, REsp 1840369/RS.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR 5023622-95.2023.4.03.0000, Relator Desembargador Federal João Consolim, j. 29/11/2024, DJEN 03/12/2024)

## AÇÃO RESCISÓRIA

## 5000223-03.2024.4.03.0000

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA E COISA JULGADA QUANTO AO TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL DO JULGADO. REJULGAMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Ação rescisória aforada pelo INSS contra Vanderli de Souza Nakaoka, com fundamento nos incisos IV e V, do artigo 966, do Código de Processo Civil, objetivando rescindir a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Presidente Epitácio-SP, nos autos da ação previdenciária nº 1004161-19.2021.8.26.0481, na parte em que fixou o termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez desde a data do início da incapacidade fixada no laudo pericial, em 04/2016.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber (i) se estão presentes os pressupostos para a rescisão do julgado e (ii) se há direito à alteração do termo inicial do benefício em juízo rescisório em ação para concessão do benefício por incapacidade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Diante do requerimento de restabelecimento de benefício desde a cessação em 04/10/21, a sentença proferida na ação subjacente extrapolou os limites do pedido ao conceder benefício desde 04/2016 (DII), contemplando período maior que o requerido pela parte autora, pelo que, à toda evidência, violou o princípio da congruência, sendo *ultra petita* quanto ao termo inicial do benefício, com violação manifesta das normas insculpidas nos artigos 492 e 1013, do Código de Processo Civil de 2015.

4. Houve ofensa à coisa julgada em relação à concessão de aposentadoria por invalidez em período anterior a outubro de 2021, porque não poderia a sentença proferida na ação matriz conceder aposentadoria por invalidez retroativamente a período em que o acórdão transitado em julgado em ação antecedente reconheceu a incapacidade temporária e determinou a concessão de auxílio-doença com reabilitação profissional, o que também impõe a rescisão parcial do julgado rescindendo quanto ao termo inicial, nos termos do art. 966, IV, do CPC.

5. Nos limites do quanto rescindido, no caso da ação subjacente, o termo inicial do benefício deve ser fixado no dia imediatamente posterior ao da cessação, compensando-se os valores eventualmente pagos a título de auxílio-doença ou outro benefício cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei nº 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei nº 8.742/1993) após a data de início do benefício concedido nesta ação.

6. Condenada a parte ré em honorários advocatícios fixados R$ 1.000,00.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Pedido rescindente julgado procedente para desconstituir em parte a sentença proferida na ação nº 1004161-19.2021.8.26.0481 no capítulo que fixou a data inicial do benefício e, em juízo rescisório, fixado o termo inicial do benefício em 05/10/2021.

_____

*Tese de julgamento*: 1. Vedada a fixação de termo inicial de benefício previdenciário em data mais remota que aquela constante do pedido na matriz, sob pena de julgamento *ultra petita* e violação da coisa julgada operada em ação anterior.

Dispositivos relevantes citados: CPC arts. 966, V e VIII, 492, 1.013; Lei 8.213/1991, art. 124.

Jurisprudência relevante citada: TRF/3ªR, AR 5008483-06.2023.4.03.0000, rel. Des. Fed. Nelson Porfírio, Terceira Seção, j. 08.08.24.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR 5000223-03.2024.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Gilberto Jordan, j. 29/11/2024, DJEN 04/12/2024)

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL
## 5010461-81.2024.4.03.0000

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VALOR DA CAUSA. PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. DANO MORAL. FIXAÇÃO COM RAZOABILIDADE. VALOR QUE NÃO DEVE SUPERAR O "*QUANTUM*" APURADO À TÍTULO DE DANOS MATERIAIS. CONFLITO PROCEDENTE.

I. CASO EM EXAME.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MMº Juízo do Juizado Especial Federal de Guarulhos/SP em face do MMº Juízo da 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP, que, de ofício, declinou de sua competência ao Juizado, sob o argumento de que o valor da causa fixado pela autora não corresponde aos critérios de razoabilidade aplicáveis aos danos morais.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Definir se o valor fixado à causa à título de danos morais observou os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

Por primeiro, é cediço que o valor do dano moral pode ser estimado pelo autor de acordo com critérios de razoabilidade, já que, como visto, a lei dispõe apenas sobre o "valor pretendido" (inciso V), sem especificar expressamente qualquer critério à sua fixação. Contudo, havendo propósito claro de burlar regra de competência, o juiz pode alterá-lo de ofício, devendo, fundamentadamente, fixar valor razoável.

Consoante sedimentado entendimento jurisprudencial, o valor deve ser compatível com o dano material apurado, não devendo, em regra, ultrapassá-lo, salvo casos de situações excepcionais justificadas pela parte autora na inicial.

No caso subjacente, o valor do dano material apurado corresponde a R$ 49.105,41 - conforme planilha de cálculo juntada pela parte autora à ação subjacente (ID 289223233, fl. 105) -, de maneira que os R$ 42.126,25 atribuídos por ela à titulo de danos morais não são destituídos de razoabilidade e proporcionalidade, porquanto não superam o valor fixado pelos danos materiais.

Ademais, verifico que à época do ajuizamento da ação, em outubro de 2023, o salário mínimo nacional era de R$ 1.320,00 (conforme Medida Provisória nº 1172/2023), de sorte que 60 salários mínimos equivaliam a R$ 79.200,00, a se concluir que o valor da causa atribuído pelo autor, de R$ 98.210,82, não superou de modo excessivo ou teratológico o limite para o ajuizamento da ação no Juizado Especial Federal, não se podendo concluir, assim, que nitidamente visou a parte autora burlar normas de competência, já que no caso de opção pelo JEF poderia atribuir à causa, à título de danos morais, pouco mais de R$ 30.000,00 - considerando os R$ 49.105,41 de danos materiais -, não sendo, pois, tal valor consideravelmente discrepante ao quanto fixado por ela pelos danos morais - R$ 42.126,25.

Por fim, relativamente ao mérito do valor atribuído como danos morais, importante ressaltar que não se confundem o valor pedido pelo autor, e por ele entendido devido, certo da procedência de seus fundamentos, com aquele que

será objeto da condenação. Estando devidamente fundamentado o pedido inicial, e observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade já acima destacados, deve prevalecer o valor posto na inicial para fins de fixação da competência, integrando parcelas vencidas e vincendas.

IV. DISPOSITIVO E TESE

*Tese de julgamento*: É possível a fixação à causa, à título de danos morais, de valor que não ultrapasse aquele fixado para os danos materiais causados, observando tal critério os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Conflito de competência procedente.

_____

Dispositivos relevantes citados: CPC/2015, artigo 292, §§ 1º e 2º do CPC/2015.

Jurisprudências relevantes citadas: TRF3, 8ª Turma, AI 344936, Proc. 200803000313321, Rel: Des. Fed. Therezinha Cazerta, DJe 07.07.2009, p. 541; e 2ª Turma, AGRESP 1096573, Proc. 200802342300, Rel. Min. Castro Meira, DJe: 02.03.2009.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, CCCiv 5010461-81.2024.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Louise Filgueiras, j. 02/12/2024, intimação via sistema 04/12/2024)

# SÉTIMA TURMA

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5001072-27.2018.4.03.6000

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. TRABALHO COMUM URBANO. ANOTAÇÃO NA CTPS. RECOLHIMENTO EXTEMPORÂNEO. RECONHECIMENTO. BENEFÍCIO RESTABELECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

- Recurso conhecido, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

- Sopesando o disposto no art. 932, II, IV e V, do CPC, e aplicando analogicamente a Súmula nº 568, do C.STJ, entendo cabível o julgamento monocrático no presente caso, já que este atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais.

- A interposição do agravo interno (artigo 1.021 do CPC) possibilita a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado, inclusive com possibilidade de sustentação oral pela parte interessada (art. 7º, § 2º-B da Lei 8.3906/94), pelo que restam resguardados os princípios da colegialidade e da ampla defesa. Precedentes desta Corte.

- Conforme ressaltado na decisão monocrática, o reconhecimento da especialidade dos interstícios em questão se deu em virtude do conjunto probatório carreado aos autos, em especial a prova documental apresentada.

- Enfatiza-se que os períodos laborados com registro em CTPS possuem presunção de veracidade e legitimidade, não tendo o INSS comprovado qualquer irregularidade ou eventual fraude. Neste sentido, a mera ausência da anotação na base de dados do CNIS, ou ainda, sua inserção extemporânea das respectivas contribuições não bastam à sua desconsideração. De igual sorte, salienta-se que a ausência dos respectivos recolhimentos não afastam, igualmente, o direito do segurado em ver seu labor urbano reconhecido, por tratar-se de dever do empregador, devendo o INSS fiscalizar o cumprimento da norma.

- Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv 5001072-27.2018.4.03.6000, Relator Desembargador Federal Erik Gramstrup, j. 17/12/2024, intimação via sistema 19/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5001651-94.2019.4.03.6143

PREVIDENCIÁRIO – PROCESSO CIVIL – REVISÃO DE BENEFÍCIO – ART. 29, II, DA LEI Nº 8.213/91 – ACP Nº 0002320-59.2012.4.03.6183 – DECADÊNCIA – INCAPAZ – SENTENÇA *EXTRA PETITA* – NULIDADE.

1) O INSS efetuou a revisão do benefício de pensão por morte das autoras de acordo com o previsto no art. 29, II, da Lei nº 8.213/91, nos termos do acordo homologado na ACP nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, com alteração da renda mensal de R$ 2.434,58 para R$ 2.777,85, gerando uma diferença no valor de R$ 24.250,20, referente ao período de 17.04.2007 a 31.01.2013.

2) A Autarquia comunicou à parte autora, em 24.08.2016, a necessidade de efetuar o estorno da referida revisão, ao argumento de que, após avaliação, verificou-se que a Data de Despacho do Benefício – DDB, é anterior a 17.04.2002, e, portanto, anterior à 10 anos da citação do INSS, ocorrida em 17.04.2012, na referida ACP, razão pela qual o benefício foi alcançado pela decadência prevista no art. 103, da Lei nº 8.213/91.

3) A sentença recorrida julgou improcedente o pedido de reversão da revisão administrativa efetuada pela Autarquia, sob o fundamento de que a presente ação de cobrança foi proposta após decorridos mais de 5 (cinco) anos da publicação do Memorando-Circular 21/2010, ou mesmo da data em que deveria ter sido paga a última parcela da revisão pretendida nestes autos (31/01/2013), estando sua pretensão nestes autos fulminada pela prescrição.

4) Desta forma, é de rigor o reconhecimento da nulidade da aludida sentença, em razão do seu caráter *extra petita*, haja vista que decidiu de forma diversa do pedido inicial, pois entendeu se tratar de pedido de revisão do benefício na forma do art. 29, II, da Lei nº 8.213/91, reconhecendo a prescrição, quando em verdade pretende a parte autora o cancelamento do ato administrativo que estornou a revisão administrativa efetuada com base no decidido na ACP nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP.

5) Realizada a análise do mérito, com base no disposto no art. 1.013, §3º, II, do CPC, considerando que o processo se encontra em condições de imediato julgamento.

6) No caso em apreço, constata-se que o benefício de pensão por morte, com DIB em 26.06.2000, era recebido pelas autoras Vilmar Venturini Helaehil (esposa), Luiza Helaehil (filha) e Julia Helaehil (filha), sendo que estas duas últimas nasceram respectivamente em 23.03.1998 e 12.12.1996 (Id 270481071), e, portanto, na data da citação da mencionada ACP 0002320-59.2012.4.03.6183/SP eram menores de idade, não correndo contra elas a prescrição, conforme previsto no art. 198, Inciso I, do Código Civil.

7) Assim, é de rigor reconhecer a procedência do pedido, para o fim de restabelecer a revisão do benefício efetuada pela Autarquia em cumprimento dos termos do acordo homologado na ACP 0002320-59.2012.4.03.6183/SP.

8) As parcelas em atraso, devidas desde a data do estorno da revisão administrativa efetuada pelo réu, deverão ser apuradas em liquidação de sentença.

Considerando a data do ajuizamento da ação não há se falar em prescrição quinquenal.

9) Os juros de mora e a correção monetária serão calculados de acordo com as disposições do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 784/2022-CJF, de 08/08/22, e suas alterações posteriores.

10) Os honorários advocatícios em favor da parte vencedora devem ser apurados em liquidação de sentença, com base nos parágrafos 2º, 3º e 4º, inciso II, do art. 85, do CPC, incidindo sobre o valor das parcelas vencidas até a presente data, quando reconhecido o direito da parte autora (Súmula 111, do E. STJ).

11) As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo, no entanto, reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

12) Declaração da nulidade da sentença, ofício. Pedido da parte autora procedente. Apelação prejudicada.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv 5001651-94.2019.4.03.6143, Relator Desembargador Federal Marcus Orione, j. 30/09/2024, DJEN 02/10/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL

## 5002543-09.2022.4.03.6107

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PROVADA. CÁLCULO DA RMI: REGRA DA EC 103/2019 AFASTADA. OBERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS.

1. A questão controvertida nos autos cinge-se a aplicação da EC 103/2019 ao caso dos autos. A parte autora alega que a incapacidade foi fixada em data anterior à entrada em vigor desta EC, motivo pelo qual é impositiva a aplicação das regras vigentes ao tempo do fato gerador, que teria ocorrido em 2014.

2. Embora a ADI mencionada trate sobre o tema, não foi determinado pelo Supremo Tribunal Federal, o sobrestamento dos feitos que tratem do tema. Tampouco foi aplicado a repercussão geral ao RE 1.400.392/SC mencionado no recurso da parte ré. Assim, rejeito o pedido de retorno dos autos à vara de origem até julgamento das ADIs que tratam sobre o tema e nego o sobrestamento do feito, cabendo o julgamento imediato.

3. É certo que a legislação de regência das regras para a concessão e cálculo de benefício previdenciário deve ser aquela do fato gerador, que, no caso, é a data de início de incapacidade. Inteligência do Enunciado 213 do 17º FONAJEF.

4. Em contrapartida, esta Turma firmou entendimento de que, sendo o benefício de aposentadoria por invalidez precedido de auxílio-doença de longo gozo, no caso em tela desde 07/10/2014, a sistemática de cálculo a ser aplicada deve ser a vigente na Lei 8.213/91 e não a prevista no artigo 26, da EC 103/2019, sob pena de ofensa ao princípio da irredutibilidade dos benefícios previdenciários.

5. Apelação da parte autora provida.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv 5002543-09.2022.4.03.6107, Relator Desembargador Federal Jean Marcos, j. 16/12/2024, DJEN 19/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL

## 5002069-31.2024.4.03.9999

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CIVEL – SALÁRIO-MATERNIDADE. ARTIGOS 71 A 73 DA LEI 8.213/1991 E ARTIGOS 93 A 103 DO DECRETO 3.048/1999. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RECURSO DESPROVIDO.

- De acordo com a decisão das ADI 2110 e ADI 2111 (21/03/2024) do Supremo Tribunal Federal, ambas de relatoria do Min. Nunes Marques foi declarado inconstitucional a exigência de carência para concessão do salário-maternidade, sendo necessário somente uma contribuição ao INSS e para a segurada especial deve comprovar 1 (um) mês de exercício de atividade rural anterior ao parto, ampliando o direito da licença-maternidade para as trabalhadoras autônomas, produtoras rurais e mulheres que não realizam atividades remunerada, mas que contribuem ao Instituto Nacional do Seguro Nacional.

- A exigência de prova testemunhal se dará somente quando houver início razoável de prova documental. Caso contrário, quando a prova documental apresentada for, por si só, suficiente à comprovação do trabalho rural na condição de segurado especial, dispensa-se a exigibilidade de testemunhas.

- A exigência da Súmula 149 do STJ é no sentido de que não se admite prova "exclusivamente testemunhal".

- A percepção do salário-maternidade está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício (artigo 71-C da Lei 8.213/1991.

- Não se pode presumir o exercício de atividade laboral pelo simples fato de haver auto declaração de atividade rural em determinado período contínuo, mesmo porque a exigência de comprovação do afastamento esbarra na impossibilidade de produção de prova negativa pelo autor.

- Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv 5002069-31.2024.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Inês Virgínia, j. 23/10/2024, intimação via sistema 25/10/2024)

# OITAVA TURMA

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5000222-11.2022.4.03.6136

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. SERVIDOR FILIADO A REGIME PRÓPRIO NA DER. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO IMPROCEDENTE. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA.

1. A parte autora possui vínculos de trabalho junto à Prefeitura Municipal de Catanduva, na função de guarda, desde 27/04/2000 até os dias atuais, estando vinculado ao Regime Próprio da Previdência Social, apresentando certidão de tempo de serviço (ID 306687140), para fins de recebimento de aposentadoria por tempo de contribuição junto ao Regime Geral da Previdência Social.

2. Desse modo, estando a parte autora vinculada a Regime Próprio de Previdência desde 27/04/2000 e não tendo regressado ao Regime Geral da Previdência Social, não possui direito à percepção do benefício por este regime, visto que a compensação financeira será feita ao sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício.

3. Portanto, não tendo a parte autora reingressado ao Regime Geral de Previdência, nos termos da legislação vigente, não pode trazer a Certidão de Tempo de Contribuição para obter benefício junto ao INSS.

4. Ademais, restou consignado que os vínculos empregatícios no período de 01/11/1991 e 17/02/2000 não foram considerados na contagem de tempo de contribuição por já terem sido aproveitados em CTC emitida pelo INSS, sendo que o vínculo com a Prefeitura Municipal de Catanduva/SP, iniciado em 27/04/2000, ainda se encontra ativo.

5. Por conseguinte, até a DER (21/12/2018), o autor possuía tempo de contribuição de 10 anos, 8 meses e 3 dias, insuficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição pelo RGPS.

6. Apelação da parte autora desprovida. Sentença mantida.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv 5000222-11.2022.4.03.6136, Relator Desembargador Federal Toru Yamamoto, j. 10/12/2024, DJEN 16/12/2024)

## AGRAVO DE INSTRUMENTO
## 5015361-78.2022.4.03.0000

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA E SEGURO DESEMPREGO.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu suficiente, para o atendimento da regra do art. 124, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, a simples compensação dos valores recebidos a título de seguro-desemprego das parcelas da aposentadoria a ser paga.

Não estando a decisão em sintonia com o posicionamento do STJ, entendo que merece reforma a decisão impugnada não estando a decisão em sintonia com o posicionamento do STJ, entendo que merece reforma a decisão impugnada.

A interposição do presente recurso revela apenas sua irresignação em relação ao julgado, não tendo o recorrente trazido novas alegações.

Agravo interno a que se dá provimento, para dar provimento ao agravo de instrumento.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, AI 5015361-78.2022.4.03.0000, Relatora Juíza Federal Convocada Raecler Baldresca, j. 10/12/2024, DJEN 16/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5068456-62.2023.4.03.9999

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE LABORAL. LAUDO PERICIAL JUDICIAL. PRESTÍGIO DA PROVA PERICIAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

Agravo interno interposto pela parte autora contra decisão monocrática que negou provimento à apelação por ausência de comprovação de incapacidade laboral para fins de concessão de benefício por incapacidade. A agravante sustenta a existência de incapacidade laboral comprovada por documentos médicos e solicita a reconsideração da decisão ou julgamento do recurso pela 8ª Turma.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

A questão em discussão consiste em verificar se os documentos médicos apresentados pela autora são suficientes para afastar as conclusões do laudo pericial judicial, o qual concluiu pela ausência de incapacidade laboral que justificasse a concessão de benefício pleiteado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A concessão de benefício por incapacidade requer a comprovação de qualidade de segurado, carência e incapacidade laborativa, sendo esta última comprovada por laudo pericial judicial, nos termos dos arts. 42 e 59 da Lei nº 8.213/91.

O laudo pericial judicial é realizado de forma detalhada, abrangendo exame psíquico e físico do segurado e análise dos documentos médicos e históricos de saúde do periciado, conforme metodologia baseada em Medicina Baseada em Evidências, não havendo subjetividade nas avaliações e conclusões do perito.

Nos termos do art. 479 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, contudo, para afastá-lo, é necessária a existência de elementos robustos contrários, que o desqualifiquem de forma clara, o que não ocorreu no presente caso.

Exames e documentos médicos unilaterais, apresentados pela parte, não afastam o laudo pericial judicial, salvo se demonstrada sua insuficiência ou teratologia, o que não restou caracterizado nos autos.

A jurisprudência reconhece que o inconformismo isolado da parte não configura fundamento apto a desprestigiar a perícia judicial, sendo o juiz o destinatário das provas e responsável pela sua valoração.

IV. DISPOSITIVO

Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv 5068456-62.2023.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Silvia Rocha, j. 25/11/2024, DJEN 28/11/2024)

# NONA TURMA

## APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
## 0009096-12.2011.4.03.6183

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC. TEMA Nº 503 DA REPERCUSSÃO GERAL (RE nº 381.367 e 661.256). DESAPOSENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO.

- O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 661.256/SC (Tema 503), em que se discutiu, à luz dos arts. 5º, *caput* e XXXVI, 40, 194, 195, *caput* e §5º, e 201, §1º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecer validade jurídica ao instituto da desaposentação, por meio do qual seria permitida a conversão da aposentadoria proporcional em aposentadoria integral, pela renúncia ao primeiro benefício e cômputo das contribuições recolhidas posteriormente à primeira jubilação, fixou a seguinte tese, com trânsito em julgado em 08/02/2020: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação' ou à 'reaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91"

- Ao proferir decisão em recurso de apelação da parte autora e do INSS, o colegiado, por maioria, contrariou o referido entendimento, de forma que a ação movida pela autora, ainda sem trânsito em julgado é improcedente.

- De se salientar que eventuais valores recebidos pela parte autora de boa-fé por força de decisão judicial não são passíveis de devolução, conforme decidiu a C. Corte Suprema em sede de embargos de declaração, em 06/02/2020, até a proclamação do resultado do julgamento, restando preservadas também até esta dada as hipóteses relativas às decisões transitadas em julgado.

- A parte autora fica condenada ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil, observando-se a suspensão de exigibilidade prevista no § 3º do art. 98 do mesmo diploma legal.

- Juízo de retratação positivo.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApelRemNec 0009096-12.2011.4.03.6183, Relatora Desembargadora Federal Ana Iucker, j. 12/12/2024, DJEN 18/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL
## 0001270-02.2013.4.03.6138

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO COMUM. ALUNO APRENDIZ. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO DESDE A DER. CONSECTÁRIOS.

- No trato da aposentadoria por tempo de contribuição, a Emenda Constitucional nº 20/98 estabeleceu regra de transição, traçando os seguintes requisitos: (i) idade mínima de 53 anos (homens) e de 48 anos (mulheres) e (ii) adicional de 20% (vinte por cento) do tempo de contribuição faltante quando da publicação da emenda, no caso de aposentadoria integral, e de 40% (quarenta por cento), em hipótese de aposentadoria proporcional.

- Regulando a matéria, o Decreto nº 3.048/99, em seu artigo 188, estabeleceu que ao o segurado homem bastava completar 35 (trinta e cinco) anos de contribuição e à segurada mulher, 30 (trinta) anos de contribuição, bem como preencher, um e outro, a carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, na forma do artigo 25, II, da Lei nº 8.213/1991.

- A Emenda Constitucional nº 103/2019, em seus artigos 15, 16, 17 e 20 lançou regras de transição, a abranger diferentes situações.

- Sobre o tempo urbano desenvolvido na qualidade de aluno aprendiz, a Instrução Normativa INSS/PRES Nº 27, de 30 de abril de 2008, publicada no Diário Oficial da União de 2/5/2008, alterou a redação do artigo 113 da Instrução Normativa nº 20/INSS/PRES, de modo a readmitir-se o cômputo como tempo de serviço/contribuição dos períodos de aprendizado profissional realizados na condição de aluno aprendiz até a publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998.

- Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o tempo laborado na condição de aluno aprendiz em escola industrial ou técnica federal, em escolas equiparadas (industrial/técnica mantida e administrada pelos Estados ou Distrito Federal) ou em escolas reconhecidas (industrial/técnica mantida e administrada pelos Municípios ou pela iniciativa privada), visando à concessão de benefícios previdenciários, pode ser computado para os respectivos fins, nos mesmos moldes preconizados pelo Decreto-Lei nº 4.072/42, inclusive em época posterior ao seu período de vigência (9/2/1942 a 16/2/1959), desde que seja possível a contagem recíproca, que haja retribuição pecuniária à conta dos cofres públicos, ainda que de forma indireta, e que o exercício da atividade seja voltado à formação profissional dos estudantes (AgRg no REsp 931.763/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 16/03/2011).

- Nos termos da Súmula nº 96, do Tribunal de Contas da União: "Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado, na qualidade de aluno aprendiz, em Escola Pública Profissional, desde que comprovada a retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros".

- A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) editou a Súmula nº 18, com o seguinte enunciado: "Provado que o aluno aprendiz de Escola Técnica Federal recebia remuneração, mesmo que indireta, à conta do orçamento da União, o respectivo tempo de serviço pode ser computado para fins de aposentadoria previdenciária".

- A Certidão trazida à guisa de prova comprova que o requerente desenvolveu a atividade de aluno aprendiz. O documento também indica que a parte autora recebia como remuneração indireta alimentação, assistência médica e odontológica, uniforme, material escolar gratuito, entre outros.

- Conjunto probatório apto ao reconhecimento dos períodos controvertidos.

- Satisfeitos os requisitos (carência e tempo de serviço) para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral requerida, nos termos do regramento anterior à EC nº 103/2019 (artigos 52 da Lei nº 8.213/1991 e 201, § 7º, I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998).

- O termo inicial da concessão do benefício deve recair na data do requerimento administrativo, porquanto os elementos apresentados naquele momento já permitiam o cômputo dos períodos reconhecidos nestes autos.

- Ao autor serão pagas, de uma única vez, as prestações ou diferenças vencidas desde a data de início do benefício fixada neste julgado, descontando-se o período em que tenha comprovadamente recebido benefício inacumulável, acrescidas de correção monetária, calculada na forma da Lei nº 6.899/81 e legislação superveniente, aplicadas as diretrizes do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

- Juros de mora correm da citação, no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002 e, a partir de então, à razão de 1% (um por cento) ao mês (artigo 406 do Código Civil). Desde julho de 2009, incide a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança (Repercussão Geral no RE nº 870.947), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE nº 579.431.

- A contar do mês de promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 8/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela Taxa SELIC, mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da Taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.

- Invertida a sucumbência, condeno o INSS a pagar honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre a condenação, computando-se o valor das parcelas vencidas até a data deste acórdão, na forma do artigo 20, § 3º, do CPC/1973 e observados os ditames da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

- Indene de custas a autarquia previdenciária, na forma do artigo 4º, I, da Lei nº 9.289/96.

- Ausência de contrariedade à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

- Apelação da parte autora provida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv 0001270-02.2013.4.03.6138, Relator Desembargador Federal Fonseca Gonçalves, j. 14/11/2024, DJEN 21/11/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5040909-23.2018.4.03.9999

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIVUIÇÃO. HIDROCARBONETOS. EPI EFICAZ. CORTE DE CANA. ESPECIALIDADE COMPROVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

- Razões ventiladas no presente recurso que não têm o condão de infirmar a decisão impugnada, fundada em conformidade com a legislação e entendimento jurisprudencial assente na 9ª Turma sobre a matéria.

- Caso dos autos em que o PPP juntado demonstra de forma contundente a exposição ao agente hidrocarboneto, sendo devido o reconhecimento da especialidade dos períodos controvertidos.

- A eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído. Quanto aos demais agentes, necessária a comprovação da efetiva eliminação da insalubridade do ambiente de trabalho do segurado pelo EPI. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida pelo STF (ARE 664.335/SC, Relator Ministro Luiz Fux, j 04/12/2014, DJe 12/02/2015).

- Dada suas peculiaridades, a atividade braçal no corte de cana-de-açúcar é considerada extremamente penosa pela jurisprudência desta 9ª Turma, caracterizável, portanto, como de labor especial. Precedentes.

- Agravo interno desprovido.

_____

*Tese 1*: A eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI não descaracteriza o tempo de serviço especial, sendo necessária a comprovação da efetiva eliminação da insalubridade do ambiente de trabalho do segurado pelo EPI.

*Tese 2*: Dada suas peculiaridades, a atividade braçal no corte de cana-de-açúcar é passível de reconhecimento da especialidade por excessiva penosidade.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv 5040909-23.2018.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Cristina Melo, j. 12/12/2024, DJEN 18/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL

## 5000296-94.2023.4.03.6115

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO APRESENTADO APÓS A SOLTURA DO SEGURADO. DEPENDENTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSECTÁRIOS.

- Afastada a aplicação do quanto disposto no artigo 119 do Decreto-Lei nº 3.048/1999, ante a existência de menores impúberes no polo ativo da demanda, em face dos quais não correm os prazos decadenciais e/ou prescricionais, sendo possível, portanto, a concessão do beneplácito, ainda que o pedido administrativo tenha sido formulado em momento posterior à saída do segurado da prisão. Precedentes.

- Sobre atualização do débito e compensação da mora, até o mês anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 8/12/2021, há de ser adotado o seguinte: (i) a correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal; (ii) os juros moratórios devem ser contados da citação, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, utilizando-se, a partir de julho de 2009, a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança (Repercussão Geral no RE nº 870.947), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE nº 579.431.

- Desde o mês de promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 8/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela Taxa SELIC, mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da Taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.]

- Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv 5000296-94.2023.4.03.6115, Relatora Desembargadora Federal Daldice Santana, j. 18/07/2024, intimação via sistema 23/07/2024)

# DÉCIMA TURMA

## APELAÇÃO CÍVEL
## 5289197-47.2020.4.03.9999

PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DEFICIÊNCIA. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA.

1. Afastada a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. A prova produzida foi suficientemente elucidativa, não merecendo qualquer complementação ou reparos a fim de reabrir questionamentos, os quais foram oportunizados e realizados em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. O laudo médico produzido nestes autos foi elaborado por médico perito de confiança do juízo, tratando-se, antes de qualquer especialização, de médico apto à realização de perícia médica judicial, não sendo cabível a nomeação de médico especialista para cada doença apresentada pela parte. Ademais, o laudo colacionado aos autos foi bem fundamentado, não tendo o perito sugerido a realização de nova perícia com médico de outra especialidade.

3. O benefício assistencial de prestação continuada ou amparo social encontra assento no art. 203, V, da Constituição Federal, tendo por objetivo primordial a garantia de renda à pessoa deficiente e ao idoso com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco anos) em estado de carência dos recursos indispensáveis à satisfação de suas necessidades elementares, bem assim de condições de tê-las providas pela família.

4. Segundo a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) "para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, 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". De acordo com a referida lei, entende-se por longo prazo o impedimento cujos efeitos perduram pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos.

5. Consoante perícia médica produzida é possível concluir que o estado clínico da parte autora não sugere a existência de qualquer impedimento de longo prazo, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, poderia obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, não devendo, portanto, ser considerada pessoa com deficiência para os efeitos legais.

6. Preliminar rejeitada. No mérito, apelação da parte autora desprovida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv 5289197-47.2020.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Nelson Porfírio, j. 18/12/2024, intimação 19/12/2024)

## AGRAVO DE INSTRUMENTO
## 5004717-13.2021.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CUMULAÇÃO DE SEGURO DESEMPREGO E BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. CONTA DE LIQUIDAÇÃO. ADEQUAÇÃO.

1. Aplicação do disposto no Parágrafo Único do Art. 124 da Lei 8.123/91, que veda o recebimento concomitante de seguro desemprego e proventos de aposentadoria.

2. É suficiente o desconto do valor recebido a título de seguro desemprego da parcela do benefício previdenciário, e não a exclusão integral das respectivas competências do cálculo dos atrasados, sendo possível ao segurado executar eventual saldo positivo.

3. O e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da possibilidade de utilização de perícia contábil para adequação da execução ao título judicial, sem que seja caracterizada sentença *ultra petita*.

4. A execução deve prosseguir conforme apuração da contadoria judicial desta Corte.

5. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI 5004717-13.2021.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 25/09/2024, DJEN 01/10/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL

## 5006797-67.2023.4.03.6114

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. LOAS. ALTERAÇÃO DA RENDA FAMILIAR. DEVOLUÇÃO DE VALORES. TEMA 979. BOA-FÉ CONFIGURADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal no julgamento do REsp 1.381.734/RN, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, sedimentou o seguinte entendimento referente ao Tema 979/STJ: "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 os valores, sendo legítimo o seu desconto no percentual de até 30% (trinta por cento) do valor do benefício mensal, ressalvada a hipótese em que o segurado, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido".

2. Além disso, houve modulação dos efeitos da decisão para que a aplicação do referido Tema 979 se dê somente aos processos distribuídos, na primeira instância, a partir da publicação do v. acórdão, ocorrida em 23/04/2021.

3. No caso, a presente demanda foi distribuída em primeira instância em outubro de 2023, sendo aplicável o Tema 979.

4. Demonstrada nos autos a boa-fé objetiva do segurado, no sentido de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido. Não há falar em má-fé da parte autora somente pelo fato de não ter comunicado o recebimento de nova renda familiar.

5. À autarquia impõe-se o poder-dever de fiscalização e controle na concessão e no pagamento dos benefícios, dispondo de recursos para constatar eventuais irregularidades que causem prejuízo ao Erário Público.

6. Assim, eventual demora na revisão periódica, prevista no artigo 21 da Lei 8.742/93, não pode ser imputada ao segurado de boa-fé.

7. Deve aplicar-se, também, a majoração dos honorários advocatícios, prevista no art. 85, § 11, do CPC, observados os critérios e percentuais estabelecidos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

8. Apelação do INSS não provida. De ofício, explicitados os consectários e verba honorária.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv 5006797-67.2023.4.03.6114, Relator Desembargador Federal Marcos Moreira, j. 18/12/2024, intimação via sistema 19/12/2024)

## APELAÇÃO CÍVEL

## 5002898-12.2024.4.03.9999

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE. INDÍGENA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. NECESSIDADE. SENTENÇA ANULADA.

- Em se tratando de indígena, obrigatória a intervenção do Ministério Público Federal, nos termos do artigo 232 da Constituição Federal.

- A manifestação do Ministério Público Federal nesta Corte não supre a ausência de intervenção do Parquet em primeira instância, uma vez que a sentença foi desfavorável à parte autora.

- Parecer do Ministério Público Federal acolhido. Sentença anulada, de ofício, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem. Apelação da parte autora prejudicada.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv 5002898-12.2024.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Gabriela Araujo, j. 18/12/2024, intimação via sistema 19/12/2024)

# QUARTA SEÇÃO

## REVISÃO CRIMINAL

## 5015526-57.2024.4.03.0000

PENAL. PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 621, INCISO I, DO CPP. PECULATO-FURTO. PRELIMINAR AFASTADA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PROVAS SUFICIENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL.

1. Consoante reiteradas decisões deste Tribunal, a efetiva ocorrência de cada uma das hipóteses de cabimento do pedido revisional, taxativamente elencadas no art. 621, incisos I, II, e III, do Código de Processo Penal, implica, necessariamente, o exame do mérito da ação.

2. Nulidade da sentença condenatória afastada, em razão da adequada aplicação da *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal.

3. Impossibilidade da desclassificação da conduta. No caso, é indiscutível que o delito praticado amolda-se ao descrito no art. 312, § 1º, do Código Penal, motivo pelo qual não há falar em desclassificação da conduta para o crime de estelionato majorado. Como bem mencionou o Magistrado *a quo*, *in v*erbis: "... o núcleo do crime de peculato é duplo: apropriar-se (peculato apropriação) e desviar (peculato desvio). No § 1º o núcleo do tipo é subtrair (peculato furto). Enquanto no *caput* o funcionário público tem a posse do dinheiro, valor ou bem em razão do cargo, no § 1º o funcionário público, embora não tenha a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou de terceiro, valendo-se de sua condição de funcionário público. O crime, no *caput* e seu § 1º exige o dolo, não sendo possível, por óbvio, a punição a título de culpa, salvo hipótese do § 2º (peculato culposo). Trata-se de crime próprio, ou seja, o sujeito ativo só pode ser o funcionário público, admitindo-se, todavia, a coautoria, comunicando-se ao coautor a condição pessoal do agente público. É crime material, cujo objeto é constituído de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. Assim, a condição de funcionário público de CIRO AFONSO DE ALCÂNTARA ao tempo dos fatos chama a incidência dos crimes praticados contra a Administração Pública (arts. 312 a 327 do CP), a afastar, ante a especialidade, a aplicação do art. 171 do Código Penal. E a condição de funcionário público de CIRO AFONSO DE ALCÂNTARA é indiscutível, porque Técnico da Receita Federal do Brasil, exercendo, ao tempo dos fatos, cargo de chefia na Agência da Receita Federal do Brasil de Osvaldo Cruz. E, embora não tivesse a posse do valor, atuou para que fosse subtraído em proveito próprio (como referido pelo vigilante Maurício Ferreira, que passou a Ciro cerca de cinco mil reais da restituição indevida recebida) e dos demais corréus, inclusive em maior valor à sua esposa, valendo-se de facilidade que lhe proporcionava a qualidade de funcionário público, assim tida o conhecimento da fragilidade dos sistemas de controle da Receita Federal do Brasil."

4. Diversamente do alegado pela defesa, restou comprovado, na ação penal nº 0001381-44.2007.4.03.6122, a tipicidade da conduta, assim como a materialidade, a autoria e o dolo do requerente em relação ao crime de peculato-furto.

5. A revisão criminal não é meio apto para reapreciação do conjunto probatório ou rejulgamento de teses já afastadas pelo Juízo da condenação, de modo que não seria lícita a substituição do livre convencimento motivado de um órgão julgador por outro sem que houvesse a demonstração de que o julgamento ocorreu em desacordo com texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos. Precedentes. Portanto, seja porque não se pode conceber a via revisional como sucedâneo de recurso de apelação, seja porque a cognição exarada no édito penal condenatório foi exauriente e ampla, de rigor a improcedência das pretensões.

6. Agravo Regimental interposto em face da decisão de ID 292592452 que, considerando não configurados os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, indeferiu o pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela. Recurso prejudicado, em razão da análise do mérito da revisão criminal.

7. Revisão Criminal improcedente.

(TRF 3ª Região, 4ª Seção, RevCrim 5015526-57.2024.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Paulo Fontes, j. 26/11/2024, intimação via sistema 27/11/2024)

## CONFLITO DE JURISDIÇÃO
## 5023440-75.2024.4.03.0000

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL EM TRAMITAÇÃO. ENCERRAMENTO DA INVESTIGAÇÃO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. REGULAMENTAÇÃO DO INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS. REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS. ADEQUAÇÃO. INTELECÇÃO DA RESOLUÇÃO CJF3R 117/24. CONFLITO PROCEDENTE.

1. Conflito Negativo de Jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP em face do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, nos autos do Inquérito Policial nº 5004211-50.2023.4.03.6181.

2. Com o oferecimento da denúncia, o Juízo da 2ª Vara Criminal de São Paulo entendeu encerrada sua atuação na figura de Juiz de Garantias, promovendo a remessa dos autos ao Juízo da 9ª Vara Criminal de São Paulo, pautando-se na Resolução CJF3R nº 117, de 31.01.2024.

3. A Lei 13.964/2019, instituidora do juiz das garantias, estabeleceu a divisão de tarefas na atuação jurisdicional penal – um juízo atua até o oferecimento da denúncia (juiz das garantias) e o outro juízo imediatamente após (juiz da instrução e julgamento). A alteração legislativa objetivou dar preponderância ao princípio da imparcialidade do julgador.

4. A Resolução CJF3R nº 117, de 31.01.2024, regulamentadora do Código de Processo Penal no concernente ao instituto do Juiz das Garantias, passou a produzir efeitos em 04.03.2024, disciplinando a redistribuição dos autos de investigação penal no momento do oferecimento da denúncia.

5. Denúncia ofertada sob a vigência da resolução.

6. Ato normativo regulamentador de lei não poderia contrariar o espírito desta, de divisão de tarefas jurisdicionais, para o fim de impedir a redistribuição dos autos

7. Conflito procedente.

(TRF 3ª Região, 4ª Seção, CJ 5023440-75.2024.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Hélio Nogueira, j. 27/11/2024, DJEN 02/12/2024)

# QUINTA TURMA

## APELAÇÃO CRIMINAL
## 5000511-06.2020.4.03.6138

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DE DORMENTES DE TRILHO. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ADOÇÃO DE QUALIFICADORA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. PENA-BASE REFORMADA DE OFÍCIO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Recursos de apelação interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela defesa do acusado em face da sentença que o condenou à pena 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 7 (sete) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, §4º, I e IV, c/c art. 14, II, do Código Penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. O Ministério Público Federal requer a exasperação da pena imposta, reconhecendo-se uma das qualificadoras como circunstância negativa do crime na fixação da pena-base e a existência da agravante do estado de calamidade (Covid-19).

3. A defesa requer, em síntese: (i) a absolvição por falta de provas da autoria delitiva; (ii) subsidiariamente, o afastamento da qualificadora prevista no art. 155, §4º, I, do Código Penal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A autoria delitiva é incontroversa. A versão apresentada pelo acusado destoa do restante dos autos. Além das testemunhas terem apresentado relatos uníssonos que lastreiam a imputação ao acusado, o local onde ele foi surpreendido corresponde a propriedade cercada, o que torna inverossímil a versão de que estaria no local de passagem, apenas para cortar caminho.

4. É possível a utilização de qualificadora para exasperar a pena-base no crime de furto quando presentes duas ou mais das circunstâncias previstas pelo §4º do artigo 155 do Código Penal, como ocorre no caso em análise.

5. O pleito de incidência da agravante do estado de calamidade, em função da pandemia de Covid-19, não merece guarida, na medida em que não comprovada situação concreta que demonstre que o apelante tenha se beneficiado do estado de calamidade decretado pelo governo estadual durante a pandemia na prática do crime.

IV. DISPOSITIVO E TESE

6. Pena-base reformada de ofício. Recurso da acusação provido em parte. Recurso da defesa não provido.

_____

*Tese de julgamento*: As provas produzidas, notadamente as imagens acostadas aos autos, bem como toda prova testemunhal, sinalizam que o réu rompeu a cerca que protegia o local com um alicate, conseguindo, assim, ingressar na propriedade.

Dispositivos relevantes citados: artigo 155, §4º, I e IV, c/c art. 14, II, do Código Penal; art. 14, II, do CP.

Jurisprudência relevante citada: TRF 3ª Região, 11ª Turma, AgExPe nº 5007846-92.2022.4.03.6110, Rel. Des. Fed. JOSE LUNARDELLI, j. em 18/04/2023, Int. via sistema DATA: 19/04/2023.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, ApCrim 5000511-06.2020.4.03.6138, Relator Desembargador Federal Ali Mazloum, j. 10/12/2024, DJEN 17/12/2024)

## AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL
## 5007013-84.2020.4.03.6000

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DECRETO 6.049/2007. HOMOLOGAÇÃO DA FALTA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR. ARTIGO 109, VI, CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO POR ANALOGIA.

1. A prescrição da falta disciplinar acarreta a perda do direito do Estado de impor ao seu autor as sanções correspondentes previstas em lei.

2. Em razão da ausência de legislação específica, a prescrição da pretensão para apuração e homologação de falta disciplinar grave cometida durante a execução penal, regula-se, por analogia, pelo menor prazo prescricional previsto no artigo 109 do Código Penal, que é de 03 (três) anos (inciso VI).

3. Agravo em execução penal provido. Extinção da punibilidade declarada.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, AgExPe 5007013-84.2020.4.03.6000, Relator Desembargador Federal Maurício Kato, j. 11/12/2024, DJEN 17/12/2024)

## APELAÇÃO CRIMINAL
## 5000946-95.2024.4.03.6119

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (LEI Nº 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*, C. C. § 4º E ART. 40, I. JOSUÉ). DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE (15.032 G E 15.089 G DE METANFETAMINA). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 (1/2). PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES.

1. Materialidade e autoria delitiva devidamente comprovadas para a prática do crime previsto pelo art. 33, *caput* c. c. art. 33, § 4º, e art. 40, I, todos da Lei nº 11.343/06.

2. Dosimetria (Josué). Na primeira fase, a natureza e a quantidade da droga apreendida (15.032 g de metanfetamina) são circunstâncias preponderantes ao crime de tráfico, de modo que, diante da elevada quantidade e grave natureza, majorada a pena-base em 1/5 (um quinto) e a fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Na segunda fase, não há agravantes. Incide a atenuante de confissão espontânea para minorar a pena em 1/6 (um sexto) e fixada a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Consideradas as circunstâncias do caso concreto e preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, é cabível a causa de diminuição de pena em ½ (metade), quando demonstrada que a conduta do réu como transportador eventual de drogas foi isolada, sendo necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime. (TRF da 3ª Região, ACr nº 5000096-46.2021.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Maurício Kato, j. 08.11.21). No caso, o réu aceitou realizar o transporte de entorpecentes como forma de pagamento da sua dívida e não receberia valor a mais, de modo que desempenharia papel relevante ao tráfico de drogas sem que, no entanto, integre organização criminosa ou se dedique às atividades criminosas, tratando-se de conduta isolada. Desse modo, fixada a pena definitiva em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.

3. Dosimetria (Alan). Na primeira fase, a natureza e a quantidade da droga apreendida (15.089 g de metanfetamina) são circunstâncias preponderantes ao crime de tráfico, de modo que, diante da elevada quantidade e grave natureza, majorada a pena-base em 1/5 (um quinto) e a fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Na segunda fase, não há agravantes. Incide a atenuante de confissão espontânea para minorar a pena em 1/6 (um sexto) e fixada a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na terceira fase, incide a causa de aumento do art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, em seu grau mínimo de 1/6 (um sexto), uma vez que o réu chegou ao Brasil em voo vindo do México, comprovando a transnacionalidade do crime. Assim, fixada a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Consideradas as circunstâncias do caso concreto e preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, é cabível a causa de diminuição de pena em ½ (metade), quando demonstrada que a conduta do réu como transportador eventual de drogas foi isolada, sendo necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime. (TRF da 3ª Região, ACr nº 5000096-46.2021.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Maurício Kato, j.

08.11.21). No caso, o réu aceitou realizar o transporte de entorpecentes como forma de pagamento da sua dívida e não receberia valor a mais, de modo que desempenharia papel relevante ao tráfico de drogas sem que, no entanto, integre organização criminosa ou se dedique às atividades criminosas, tratando-se de conduta isolada. Desse modo, fixada a pena definitiva em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.

4. Regime inicial. Fixado o regime inicial aberto.

5. Substituição. Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo em favor de entidade beneficente (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46), pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços, observando as aptidões do réu.

6. Prisão preventiva. Tendo em vista a quantidade de pena privativa de liberdade que resta a cumprir, a ausência de reincidência dos réus e em observância à Resolução nº 474/22 do Conselho Nacional de Justiça, de ofício, substituída a prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão, conforme segue: a) comprovação, em 30 (trinta) dias, do local em que pode ser encontrado para intimação; b) comparecimento a todos os atos do processo; c) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga se tiver residência e trabalhos lícitos; d) proibição de mudar de endereço sem informar a Justiça Federal, assim como de ausentar-se de seu respectivo domicílio, por mais de uma semana, sem prévia expressa autorização do Juízo; e) proibição de ausentar-se do País sem prévia e expressa autorização judicial.

7. Apelação criminal interposta pela defesa parcialmente provida. Substituída, de ofício, a prisão preventiva por outras medidas cautelares.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, ApCrim 5000946-95.2024.4.03.6119, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, j. 10/12/2024, DJEN 16/12/2024)

# DÉCIMA PRIMEIRA TURMA

## APELAÇÃO CRIMINAL

## 5003720-77.2022.4.03.6181

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS. ARTS. 118 a 120 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVESTIGAÇÕES RELACIONADAS À SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. APELANTE INVESTIGADO NA OPERAÇÃO VOO BAIXO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE AERONAVES. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NÃO APRECIADO PELO JUÍZO DE ORIGEM. APELAÇÃO DESPROVIDA.

- Em razões recursais o Apelante formula pedido de restituição das aeronaves, sob o argumento de que seria o legítimo proprietário, tendo-as adquirido com recursos próprios e auferidos de forma lícita, bem como não teria qualquer envolvimento com os fatos descritos na peça acusatória ofertada no processo principal (associação para o tráfico internacional de entorpecentes), tanto que não figurou como denunciado.

- A apreensão de objetos que guardem relação com o fato criminoso, sejam estes de origem lícita ou ilícita, consiste em uma das várias diligências que podem ser realizadas no curso de uma investigação. É medida empregada, sobretudo, para preservar provas, mas também para garantir o futuro retorno da coisa ao legítimo dono e/ou sua eventual perda em favor da União (confisco).

- A teor do art. 118 do Código de Processo Penal, antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Em outras palavras, a coisa apreendida deverá, necessariamente, permanecer sob a custódia do Estado durante todo o período em que se mostrar útil à persecução penal, independentemente de se tratar de coisa de posse lícita e/ou de pertencer a terceiro de boa-fé.

- Embora os documentos juntados aos autos indiquem que o Apelante seria o proprietário desses bens, não há evidências suficientes acerca da aquisição lícita, considerando as investigações que pairam sobre sua pessoa.

- Ressalta-se o apontamento realizado pelo Parquet Federal quanto ao crime de lavagem no processo em apreço: "apesar do alegado pelo apelante, ele foi indiciado pela possível prática de ato de lavagem de dinheiro, razão pela qual não deve haver a restituição das aeronaves, de forma a se garantir o resultado de eventual sentença condenatória, nos termos do art. 91, II, do Código Penal". O referido argumento corrobora, ainda mais, pela necessidade de manutenção da restrição dos bens, considerando a existência de indiciamento do apelante em autos referentes à Operação Voo Baixo.

- Salienta-se que o § 2 º do artigo 4º, da Lei nº 9613/1998, referente aos crimes de lavagem de dinheiro, um dos delitos no qual o apelante está sendo investigado, permite que a constrição recaia sobre bens, direitos e valores de origem lícita nos limites necessários e suficientes à reparação dos danos e ao

pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. Ou seja, ainda que alegada a licitude dos bens, tal fato não é suficiente para a liberação dos mesmos. É necessária a devida mensuração do eventual prejuízo ocorrido para, então, manter a devida constrição correspondente ao dano causado.

- As investigações e andamentos processuais da Operação Voo Baixo continuam em trâmite, motivo pelo qual pode ser temerária a retirada das restrições das aeronaves, neste momento, haja vista eventual possibilidade de constatação de materialidade delitiva e autoria ao final do processo principal, podendo afetar os imóveis em debate.

- Em adição, registre-se que o ordenamento jurídico pátrio determina a inversão do ônus da prova pelo apontado autor de uma infração com respeito à origem lícita do produto ou outros bens sujeitos a confisco nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, crime organizado transnacional e corrupção, conforme estabelece o artigo 5, item 7, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991; o artigo 12, item 7, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004; e o artigo 54, item 1, letra "c", da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

-Ademais, é importante frisar que a interpretação conferida ao artigo 11, item 6, da Convenção de Palermo, é no sentido de que o direito interno de cada país não pode retratar diferentemente as disposições da Convenção, caso o Estado a tenha recepcionado sem ressalvas. Esse é o caso do Brasil, o qual, quando da promulgação do Decreto que aprovou o texto da referida Convenção (Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004) consignou, ainda, em seu artigo 2º, que quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção estão sujeitos à aprovação do Congresso Nacional.

- Não custa, outrossim, rememorar, a esse respeito, o disposto no art. 120 do Código de Processo Penal: "a restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante".

- Quanto ao pedido subsidiário de alteração da nomeação de fiel depositário, além de não restar comprovado no feito a ausência de manutenção necessária nas referidas aeronaves, verifica-se que a questão não foi julgada pelo juízo de origem, não sendo, portanto, possível esta Corte conhecer do tema, sob pena de supressão de instância.

- Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 11ª Turma, ApCrim 5003720-77.2022.4.03.6181, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, j. 18/11/2024, DJEN 25/11/2024)

## AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL
## 5004418-73.2024.4.03.6000

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ART. 83 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO SUBJETIVO NÃO ATENDIDO.

1. O art. 83 do Código Penal autoriza ao juízo da execução penal a concessão de livramento condicional desde que cumpridos os requisitos objetivos (fração de cumprimento da pena) e subjetivos (comprovação de bom comportamento carcerário, aptidão para prover o próprio sustento de maneira lícita). No entanto, o parágrafo único do art. 83 do Código Penal dispõe que a concessão do livramento condicional depende da constatação das condições pessoais do apenado que permita concluir que ele não voltará a delinquir.

2. No caso, o agravante preencheu o requisito objetivo em 26.5.2023 e demonstrou ter bom comportamento carcerário, sem o cometimento de falta de grave nos 12 (doze) meses anteriores. Também apresentou proposta de trabalho, o que demonstraria aptidão para prover o próprio sustento, conforme reconheceu a decisão agravada. Ocorre, porém, que as suas condições pessoais não levam à presunção de que não voltará a delinquir. Isso porque ele cumpre pena pela prática dos crimes de organização criminosa armada (art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013), tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006) e posse de arma de fogo (art. 12, *caput*, da Lei nº 10.826/2003), crimes por si só de gravidade concreta. Foi transferido de presídio estadual em Fortaleza para o presídio federal de Campo Grande porque é considerado preso de alta periculosidade, integrante de organização criminosa, o que é suficiente para trazer dúvida razoável quanto ao preenchimento da condição prevista no parágrafo único do art. 83 do Código Penal.

3. A progressão de regime, ainda que não seja requisito obrigatório para o livramento condicional, depende da anuência do juízo de origem que solicitou a inclusão do apenado no sistema penitenciário federal. Sobre isso, esta Décima Primeira Turma, ao julgar (e dar provimento a) agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público Federal, reformou a decisão do juízo ora agravado que concedera regime semiaberto ao agravante porque o retorno dele ao seu Estado de origem poderia trazer risco à segurança pública.

4. Os fundamentos que impediram a concessão do regime semiaberto ao agravante para que retornasse ao seu estado de origem justificam mais ainda a concessão de livramento condicional, pois se trata de custodiado de grande influência em organização criminosa, sendo apontado como um dos lideres da célula destinada a realizar ataques contra prédios públicos, atentados a profissionais da área de segurança pública e execução de rivais, como ressaltado pela Procuradoria Regional da República em seu parecer.

5. Agravo em execução penal não provido.

(TRF 3ª Região, 11ª Turma, AgExPe 5004418-73.2024.4.03.6000, Relator Desembargador Federal Nino Toldo, j. 29/11/2024, DJEN 09/12/2024)

## *HABEAS CORPUS* CRIMINAL

## 5031212-89.2024.4.03.0000

*HABEAS CORPUS*. ART. 4º DA LEI 7.492/86. ANPP. RECUSA MOTIVADA POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ART. 28-A, §14 DO CPP. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. ORDEM DENEGADA.

O Parquet Federal manifestou-se de forma fundamentada pela impossibilidade de celebração de ANPP, em síntese, em razão do alto potencial ofensivo das condutas descritas na denúncia, que, embora configurem delito único (art. 4º da Lei 7.492/86), teriam sido praticadas ao longo de dois anos.

Não cabe a esta E. Corte pronunciar-se sobre o assunto. O oferecimento de ANPP não é direito público subjetivo do investigado. Ao revés, tal instituto constitui poder-dever do titular da ação penal, a quem cabe analisar a possibilidade de sua aplicação.

O Ministério Público não é obrigado a ofertar o acordo, pois a ele compete avaliar a aptidão e suficiência do mesmo para reprovação e prevenção do crime, observado que, na hipótese de não oferecimento, o órgão fundamente a razão pela qual está deixando de fazê-lo.

O Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo possibilitou aos réus a interposição de recurso junto à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF na forma do art. 28-A, §14 c/c art. 28, parágrafo único do CPP, através de requerimento eletrônico.

O recurso previsto no art. 28-A, §14 do CPP não é dotado de efeito suspensivo. Assim, caso as partes provoquem o órgão de revisão do Ministério Público Federal, a ação penal deverá prosseguir regularmente, inclusive com a realização de audiências de instrução já designadas.

Ordem denegada.

(TRF 3ª Região, 11ª Turma, HCCrim 5031212-89.2024.4.03.0000, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, j. 16/12/2024, intimação via sistema 17/12/2024)

# TURMAS RECURSAIS DO JEF

## RECURSO INOMINADO CÍVEL
## 0005271-64.2020.4.03.6306

EMENTA

Recurso contra decisão em fase de execução. Revisão de aposentadoria por tempo contribuição para inclusão de períodos especiais. Decisão transitada em julgado. Devida aposentadoria especial por atingimento de tempo mínimo. Mitigação da fidelidade ao título executivo. Correção de grave injustiça. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a 5Âª Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra decisão que, na fase de execução, não acolheu sua alegação de erro material.

VOTO

Observo que a sentença de 01/07/21, mantida pelo acórdão, reconheceu a especialidade de dois períodos laborais, como carência dois períodos de gozo de benefício por incapacidade e determinou a revisão da aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora, com pagamento de diferenças desde 31/08/16. Houve o trânsito em julgado.

A contadoria judicial, em primeira instância, apurou uma nova renda mensal inicial de R$ 4.604,44 e R$ 224.903,03 de atrasados.

Por outro lado, o INSS assevera que há erro material no cálculo da RMI apurada, pois a correta é R$ 2.997,49, o que resulta em R$ 8.544,38, a título de atrasados.

Em virtude disto, determinei que a CECALC apurasse nova renda mensal inicial, observando o julgado e a legislação previdenciária vigente à época da

concessão, apontando eventuais erros nos cálculos das RMIs apuradas pelas partes, com posterior vista às partes.

A CECALC apresentou informação e cálculos. Em síntese, esclareceu que com o cômputo dos períodos reconhecidos judicialmente, a parte autora atingiu mais de 25 anos de tempo especial e, por isso, faria jus à aposentadoria especial, apurando a RMI desta em R$ 4.608,85. Também apurou uma RMI de R$ 2.997,49 para a aposentadoria por tempo de contribuição revisada com os mesmos períodos reconhecidos judicialmente.

Da análise dos autos, em especial dos cálculos e informação da CECALC, bem como da divergência entre as partes, concluo que a disparidade de valores entre as RMIs apuradas não se refere a cálculo propriamente dito, mas sim a matéria de direito.

Explico.

O pedido da petição inicial foi de revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento da especialidade das atividades desenvolvidas de 01/10/86 a 08/03/88 e de 01/01/04 a 30/09/04 e do cômputo, como tempo e carência, dos períodos de auxílio doença (22/10/11 a 05/0412) e de auxílio acidente (13/05/15 a 25/05/15).

Tal pedido foi julgado integralmente procedente, com determinação de pagamento de diferenças desde 31/08/16, pela sentença de 01/07/21, posteriormente mantida pelo acórdão exarado por esta Turma, seguido do trânsito em julgado.

Formalmente em ordem o julgado, uma vez que formado em exata consonância com o pedido e com respeito ao devido processo legal.

Por outro lado, correto o INSS ao insistir no valor da RMI revisada em R$ 2.997,49, pois é o mesmo valor agora apurado pela CECALC e o que está observando estritamente o que ficou decidido na fase cognitiva, haja vista que na fase de execução de título executivo judicial deve prevalecer a fidelidade ao título (§ 4º do art. 509 do atual CPC e art. 475-G do revogado CPC).

Assim, seria o caso de dar total razão ao INSS, provendo integralmente seu recurso, pois cabe ao juiz corrigir quaisquer atitudes que possam ser tendentes a inobservar o que do título consta.

Não obstante isto, ouso, no caso, trilhar caminho diverso.

E assim o faço de forma convicta e com a consciência tranquila considerando que é para não perpetuar uma enorme e grave injustiça com a parte autora.

Ora, se com os cômputos dos períodos especiais reconhecidos judicialmente atingiu ela o tempo especial necessário para a aposentadoria especial, o correto e justo é que haja a revisão para transformar a aposentadoria por tempo de contribuição que usufrui desde 31/08/2016 em aposentadoria por especial, que lhe é mais favorável considerando que, ao contrário da aposentadoria por tempo de contribuição, não incide o fator previdenciário – vide art. 29, I e II, da Lei 8.213/91.

Vale a pena lembrar, ainda, que cabe ao magistrado conceder o benefício correto, não violando a decisão o disposto no art. 492 do CPC, pois não é *extra petita*, uma vez que, administrativamente, deve sempre o INSS conceder o benefício mais favorável ao segurado e pelo cunho social das prestações

previdenciárias (art. 6º da CF/88). Com mais razão no caso, pois a ação tramita no JEF, onde vige vários princípios, dentre os quais destaco os da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Consigne-se, por arremate, o seguinte trecho esclarecedor da sentença, da lavra da Juíza Federal Ana Claudia Caurel de Alencar, que decidiu os embargos de declaração nos autos nº 0000657-41.2019.4.03.6309: "(...) como é de conhecimento, em demandas previdenciárias é autorizada a flexibilização do exame dos pedidos formulados, admitindo-se, inclusive, a concessão de benefício diverso do solicitado na peça de ingresso, desde que preenchidos os requisitos legais para tanto."

Veja-se que a CECALC também consignou: "(...) Diante do exposto, apresentamos os cálculos de liquidação dos atrasados atinentes ao período de 31/08/2016 a 31/01/2024, totalizando R$ 156.532,04, já descontado o valor excedente da alçada e os valores recebidos na aposentadoria por tempo de serviço (NB 42/ 178.249.002-4), atualizados até fev./2024 (...)" e, ainda, que só a parte autora, recorrida, se manifestou, concordando com esses cálculos.

Posto isso, conheço e dou parcial provimento ao recurso da parte ré, para reconhecer que a parte autora tem direito a receber aposentadoria especial desde 31/08/16, com 27 anos, 01 mês e 17 dias de tempo especial, fixando a RMI em R$ 4.608,85 e atrasados de R$ 156.532,04, conforme cálculos e informação da CECALC, que ficam fazendo parte deste voto.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 55 da Lei nº 9.099/95.

É como voto.

(5ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo, RecInoCiv 0005271-64.2020.4.03.6306, Relator Juiz Federal José Renato Rodrigues, j. 17/05/2024, DJEN 24/05/2024)

# RECURSO INOMINADO CÍVEL
# 5002588-10.2022.4.03.6302

EMENTA

Previdenciário. Concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento de vínculo sem registro em CTPS. Ausência de prova material. Extinção do processo sem resolução do mérito por insuficiência probatória. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quinta Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação proposta por ANTONIO AUGUSTO ROSA NETO em face do INSS, por meio da qual pretende a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, com o reconhecimento de vínculos empregatícios sem registro em CTPS.

O juízo singular julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar o INSS a averbar em favor da parte autora o período de 01/09/1982 a 30/09/1982.

O autor recorreu.

É o breve relatório.

VOTO

O autor pretende sejam reconhecidos dois vínculos empregatícios, sem registro em CTPS, para a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. São eles:

De 10/09/1978 a 28/02/1983, como balconista, na empresa Mercado da Leda (proprietária Leda Maria Nogueira Misuraca); e

De 01/01/1988 a 30/01/2002, como vendedor, na empresa Choque Doces (proprietário A. Arantes).

Para tanto, o autor juntou aos autos: a) declaração subscrita pela empregadora Leda Maria Nogueira Misuraca, datada de 1982; b) Certidão de casamento do autor emitida em 1996 informando a profissão de representante

comercial; c) Certidão de nascimento dos filhos, de 12/05/1998 e 14/02/2001, nas quais o autor foi qualificado como representante comercial.

Embora as testemunhas indicadas pelo autor tenham confirmado a existência dos dois vínculos, não há início de prova material suficiente para o reconhecimento de todo o período pleiteado.

Da declaração subscrita pela empregadora Leda Maria, datada de 27/09/1982, é possível extrair apenas que o autor trabalhava desde 01/09/1982 como balconista, em jornada de trabalho de 8h.

Para o segundo período, não há documento algum. O fato de o autor ter sido qualificado como representante comercial nas certidões juntadas não é suficiente para presumir a existência do vínculo empregatício.

A ora recorrente, a título de pedido subsidiário, requer a extinção do processo sem resolução do mérito.

Passo a apreciar o pedido subsidiário.

O objeto do presente recurso se resume em saber se há coisa julgada material, no processo previdenciário e de forma especial, nas ações que tramitam perante o microssistema processual dos Juizados Especiais Federais.

O instituto da coisa julgada possui matriz constitucional:

> CF/88 Artigo 5º (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

É regulamentada por inúmeros dispositivos do Código de Processo Civil. O artigo 337 estipula que resta caracterizada a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. Por outro lado, uma ação pode ser considerada idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Por derradeiro, a norma esclarece que não há que se falar em coisa julgada, antes do transito em julgado da sentença. Por fim, os artigos 504 a 506 trazem o rol das exceções à ocorrência da coisa julgada material. De início, não fazem coisa julgada os motivos e a verdade dos fatos que fundamentam o mérito e, da mesma forma, a coisa julgada não atinge aqueles que não participaram da relação processual.

Conclui-se que faz coisa julgada material, apenas, a parte dispositiva da sentença e, mesmo ela, no seu conteúdo decisório. Em face de improcedência do pedido, haverá necessária correlação entre o pedido e a causa de pedir, possibilitando saber os limites objetivos da coisa julgada, no caso concreto.

Passamos a analisar a controvertida questão da correta aplicação desse instituto no direito previdenciário.

De início, importa frisar que nos últimos vinte anos houve maior elasticidade no conceito de coisa julgada material, mormente em face do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Mais recentemente, esse olhar dinâmico sobre o instituto se concretizou nos TEMAS 881 e 885, que afastaram a coisa julgada em face de novo entendimento de nossa Corte Constitucional, em matéria tributária.

O argumento utilizado pelos Ministros nos Recursos Extraordinários (Temas 881 e 885) foi a aplicação do artigo 505 do Código de Processo Civil, que autoriza

o juiz a decidir novamente questões já decididas relativas à mesma lide quando se tratar de relação jurídica de trato continuado diante de modificação de estado de fato ou de direito.

Parecem-me que esse entendimento, de forma adaptada, pode ser aplicado ao direito previdenciário, tendo em vista que há nova causa de pedir, em face de novo requerimento administrativo e da juntada de novas provas. Já a relação jurídica se torna de trato continuado em face da possibilidade, sem limites, de apresentação de novos requerimentos administrativos, objetivando a concessão de benefícios.

A título de exemplo, uma ação na qual um segurado pleiteou a concessão de pensão por morte de cônjuge, com DER em 15/12/2019 e com a juntada de 5 documentos que possam ser admitidos como início de prova material, não se confunde com outra ação na qual o mesmo segurado pleiteia, perante o INSS, a concessão de pensão por morte de cônjuge, em 10/06/2021, com a juntada de novos documentos e oitiva de testemunhas. Nessa hipótese, as partes seriam as mesmas, mas a causa de pedir, que engloba as provas juntadas e o pedido, não é a mesma.

O tema deve ser analisado, de igual forma, sob a ótica do Livre Acesso ao Poder Judiciário. Esse princípio estipula que não haverá lesão à direito que não seja objeto de apreciação judicial. Observa-se que o INSS, em sede administrativa, aceita – sem nenhum tipo de questionamento – novos requerimentos administrativos com a juntada de novas provas e, muitas vezes, concede o benefício, mesmo porque não há coisa julgada administrativa, em nosso ordenamento jurídico. Caso fechemos as portas para apreciação do Poder Judiciário, em razão da coisa julgada material, teremos que admitir que existem situações nas quais os atos administrativos não são passíveis de fiscalização judicial, o que não parece estar de acordo com o nosso sistema constitucional.

Da mesma forma, a matéria merece um olhar diferenciado para as ações que tramitam perante os Juizados Especiais Federais. Nesse rito, não há obrigatoriedade de defesa técnica por profissional habilitado, ou seja, advogado, em sede de primeira instância.

Lamentavelmente, o sistema dos JEFs tratou as ações previdenciárias como se fosse uma ação de pequenas causas, como era conhecido o sistema, em suas origens (1984). Equiparou uma indenização decorrente de uma colisão de veículos com uma pensão por morte, por exemplo. Porém, as consequências decorrentes da concessão, ou não, de uma aposentadoria equivalem, para a maioria das pessoas, a ter ou não dignidade, nos últimos anos de sua vida. O mesmo não ocorre, naturalmente, com o insucesso de uma ação indenizatória, de baixo valor.

As pessoas se sentem atraídas pelo ajuizamento de ações, sem o patrocínio de um advogado, pois não fazem a menor ideia da complexidade – cada dia maior – do direito previdenciário. Muitas são semianalfabetas e não compreendem, minimamente, as regras processuais e a necessidade de trazer prova robusta para provar o direito que pleiteiam.

Acreditam, apenas, que economizarão dinheiro ajuizando ações sem o apoio técnico de um profissional habilitado. Na verdade, o sistema as engana, pois não possuem discernimento suficiente para optar ou não pela defesa técnica.

A exigência de um advogado, em segundo grau, é menos relevante que em primeira instância, tendo em vista que se ganha ou perde um processo, sob a ótica probatória, em primeira instância e não em sede recursal.

Ademais, não existe ação rescisória, em sede de JEF, o que fere a isonomia processual em relação a ações que tramitam de acordo com o rito comum.

Por fim, ainda em relação ao microssistema dos JEFs, vale lembrar que suas regras processuais, muitas vezes, prejudicam os segurados, na comparação com as diretrizes do rito comum. No sistema dos JEFs há restrições recursais, restrições para o deferimento de perícias e não há ação rescisória. É justo, pois, para equilibrar a situação com o rito comum, que se flexibilize algumas regras processuais, tais como o instituto da coisa julgada material.

Não se pode esquecer, também, a regra do artigo 6º da Lei 9099/95, que não possui previsão no CPC e que pode evitar a concretização de injustiças:

> " Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum".

Ademais, seguimentos importantes da doutrina e da jurisprudência tem acolhido a referida tese.

> TRF 5ª Região - PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. COMPANHEIRA E FILHOS. PROVA MATERIAL. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL. CABIMENTO DA PENSÃO POR MORTE. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ. I. Alegação de existência de coisa julgada material superada (processo nº 0503035-62.2008.4.05.8500). Há nova causa de pedir quando a parte realiza novo requerimento administrativo e produz novos documentos, especialmente quando a decisão transitada em julgado se limita a não reconhecer o direito pleiteado em razão de insuficiência probatória. Precedentes. (TRF 5 Região - AC 564056/SE, Segunda Turma, Rel. Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, DJe 22/06/2015)

> STJ TEMA 629 - A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

Não observo racionalidade em restringir a aplicação do TEMA 629 apenas às aposentadorias rurais. É verdade que o trabalhador do campo, em regra, é uma pessoa simples e com baixo de grau de escolaridade, mas essas características, também em regra, não são encontradas no trabalhador urbano?

Interessante ler, com atenção, os julgados que embasaram o TEMA 629:

> STJ RECURSO ESPECIAL Nº 1.352.721. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus

procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários. 2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado. 3. Assim como ocorre no Direito Penal, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas.4. A concessão de benefício devido configura direito subjetivo Documento: 34020567 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 3de 8 Superior Tribunal de Justiça individual, que em nada desestrutura o sistema previdenciário, na medida em que não perturba o equilíbrio financeiro e atuarial dele. 5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa. 6. Recurso Especial do INSS desprovido.

Vale também citar as considerações de magistrado federal e José Antônio Savaris sobre o tema:

"Enquanto o processo civil se mostra exuberante no que conquista de mais elevada segurança com o instituto da coisa julgada, o direito processual previdenciário é guiado por um princípio fundamental de que o o indivíduo não pode ser separado de seu direito de sobreviver pela solidariedade social por uma questão formal. Não é adequado que se sepulte, de uma vez por todas, o direito de receber proteção social em função da certeza assegurada pela coisa julgada, quando a pessoa, na realidade, faz jus à prestação previdenciária que lhe foi negada judicialmente. Tal como no direito penal, se admite a revisão criminal para beneficiar o réu quando, por exemplo, são descobertas novas provas que o favoreçam, o processo previdenciário pauta-se pelo comprometimento, a todo tempo, com o valor que se encontra em seu fundamento: a proteção social do indivíduo vulnerável, essa essencial dimensão de liberdade real e dignidade humana. Em relação a este valor, é de se reconhecer, a segurança contraposta deve ser superada como um interesse menor. A coisa julgada não deve significar uma técnica formidável de se ocultar a fome e a insegurança social para debaixo do tapete da forma processual, em nome da segurança jurídica. Tudo o que acontece, afinal, seria apenas processual, mesmo que seus efeitos sejam desastrosos para a vida real. A fundamentação para a aceitação do que acima foi proposto não se dá apenas pelas três primeiras características da singularidade previdenciária. Também o caráter público do instituto de previdência que assume o polo passivo da demanda é relevante, pois não haverá o sentimento de eterna ameaça de renovação de um litígio ou de revisão de uma sentença. Não há insegurança

> em se discutir novamente uma questão previdenciária à luz de novas provas, como inexiste segurança na possibilidade de se rever uma sentença criminal em benefício do réu. O que justifica esta possibilidade é justamente o valor que se encontra em jogo, a fundamentalidade do bem para o indivíduo e sua relevância para a sociedade. Mais ainda, não se pode esquecer que o indivíduo agravado com a sentença de não proteção se presume hipossuficiente (em termos econômicos e informacionais) e sofrendo ameaça de subsistência pela ausência de recursos sociais. Seria minimamente adequada a sentença que impõe ao indivíduo a privação perpétua de cobertura previdenciária a que, na realidade, faz jus? Em nome do quê, exatamente? De outro lado, a entidade pública chamada a conceder a prestação previdenciária tão somente operará na melhor aplicação do princípio da legalidade, entregando ao indivíduo o que, ao fim e ao cabo, lhe era mesmo devido por lei (Direito Processual Previdenciário. Curitiba, Juruá, 2012, p. 89/91).

Claramente, estamos diante de um conflito de direitos fundamentais.

Por um lado, a segurança jurídica que fundamenta o instituto da coisa julgada material e do outro um direito social, de segunda geração, o direito de obter – geralmente após muitos anos de contribuição – um benefício previdenciário.

O mínimo existencial, in casu, concretizado na concessão de um benefício previdenciário não deve ser negado, sob a alegação de impedimentos de ordem meramente procedimental. Com certeza, ninguém afastaria o direito a um medicamento ou procedimento médico de cura, em face de ausência de documento médico. A título de exemplo, uma pessoa pleiteia judicialmente a concessão de um medicamento não ofertado pelo SUS e a o pedido resta julgado improcedente, tendo em vista que ela não juntou documentação médica que o Juízo entendeu necessária. Não terá direito de obter o medicamento por meio do ajuizamento de nova ação, com a juntada de novos documentos médicos? Provavelmente, se afastaria a coisa julgada, mesmo que se tratasse, a título de exemplo, de uma doença crônica sem agravamentos. Não observo substancial diferença entre o caso narrado e a concessão de uma aposentadoria. Ambos são direitos humanos de segunda geração, consubstanciados em uma prestação material por parte do Estado e que visa garantir a dignidade da pessoa humana.

Vale frisar que os benefícios previdenciários, como direitos de segunda geração, garantem o mínimo existencial correlacionado à dignidade da pessoa humana, em regra, no momento em que mais necessita de apoio financeiro e menos tem, ou seja, na velhice.

Hodiernamente, o olhar da sociedade e a hermenêutica jurídica se concentram em combater a intolerância e o preconceito contra grupos historicamente fragilizados e perseguidos, porém causa espécie que os idosos permaneçam sem políticas públicas específicas, com enorme invisibilidade e, ainda por cima, sem uma aposentadoria ou uma pensão por morte para as quais ele, ou um familiar, contribuiu por décadas.

Sob uma ótica consequencialista, exigida pelo artigo 20 da LINDB, importa salientar que o segurado terá significativo prejuízo financeiro, pois perderá valores atrasados. Por essa razão, não há que se falar em banalização do instituto, o que poderia gerar dificuldades para a atividade jurisdicional célere. Sempre se tratará de exceção, mesmo porque exigirá juntada de novos documentos que demonstrem, de forma robusta, os fatos narrados na exordial.

Portanto, entendo possível a flexibilização da coisa julgada material, no caso em foco ou ainda considerar que a sentença do processo original consistiu em extinção sem resolução do mérito, em face da ausência de documento essencial.

Pelo exposto, *dou parcial provimento ao recurso* para extinguir o processo sem resolução do mérito, em razão de falta de documento essencial para o trâmite da ação, declarando inepta a exordial (CPC – artigo 320 c/c o artigo 485,I, c/c o artigo ).

Deixo de condenar as partes em verba honorária (Lei 9099/95 – artigo 55).

É o voto.

(5ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo, RecInoCiv 5002588-10.2022.4.03.6302, Relator Juiz Federal Omar Chamon, j. 09/03/2024, DJEN 20/03/2024)

# SENTENÇAS

## PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
## 5000933-13.2021.4.03.6116

### SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta pela parte autora em face da Caixa Econômica Federal - CEF e da ETC - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos , por meio da qual pretende a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, em virtude de extravio de cartão de crédito através de sua entrega a terceiro pelos Correios, utilizado para realização de transações de transferências bancárias perante a CEF mediante fraude. Juntou procuração e documentos.

Conforme sustenta o autor: "o requerente possuía um cartão com validade para o mês 10/24.... recebeu uma mensagem via SMS em seu celular (mensagem anexa), informando um código de rastreio referente a um novo cartão emitido e enviado pela Caixa Econômica... o cartão do Autor, não estava vencido e, portanto, não havia motivos para que o Autor solicitasse um novo cartão... No dia 30 de setembro de 2021, às 10:15h da manhã, o Autor foi surpreendido com uma nova mensagem por SMS (mensagem anexa), referente a uma transação de PIX concluída no valor de R$ 29.999,99... no mesmo dia, porém dessa vez às 10:18h (mensagem anexa), o Requerente recebeu outra mensagem referente a uma Transferência Eletrônica de Valores (TEV) concluída no valor de R$ 18.299,99... o objeto [cartão] havia sido retirado no dia 28/09/21 ás 09:16h na agência de Maracaí/SP".

Segundo ainda consta da petição inicial "o cartão chegou na predita agência às 09:14h sendo retirado dois minutos depois, ou seja, às 09:16h. Esse fato demonstra que o criminoso (estelionatário) tinha pleno conhecimento da chegada do cartão na agência de Maracaí, o que facilitou a conduta criminosa para invasão na conta bancária do Autor, facilitação essa que se tornou ainda maior com a entrega do cartão para pessoa desconhecida por parte dos Correios".

Após o devido processamento do feito, realizou-se audiência em que foi colhido o depoimento pessoal da parte autora e ouvidas testemunhas da CEF e ECT.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1 – MÉRITO

II.2.1 – DANO MORAL – REQUISITOS LEGAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A doutrina não é unívoca em definir o dano moral, encontrando-se variadas definições. Prefere-se, pela simplicidade e, principalmente, pela operacionalidade no processo, o conceito trazido por Maria Helena Diniz: "Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo" (Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1998, p.81).

Tem-se que toda lesão que repercuta nos direitos da personalidade do indivíduo - dentre os quais se pode citar, exemplificativamente, o direito à incolumidade física, à preservação da imagem e da reputação, aos sentimentos, às relações afetivas, aos hábitos e convicções -, pode vir a caracterizar um dano moral e, a depender do caso, ser passível de indenização.

Tal indenização, diversamente do que ocorre em relação ao dano patrimonial, não visa a recompor o que se perdeu ou o que se deixou de ganhar, eis que, em se tratando de direito da personalidade, normalmente não é possível a recomposição do *statu quo ante*. A indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos sofridos pelo ofendido em seus interesses extrapatrimoniais, os quais não são, por sua natureza, ressarcíveis.

Atualmente, a indenização por dano moral encontra previsão normativa na Constituição Federal, art. 5º, inc. V e X, e no Código Civil, arts. 186 e 927, parágrafo único.

Mesmo sendo de natureza extrapatrimonial, o dano moral exige, para sua caracterização, a presença dos mesmos requisitos necessários à configuração do dano patrimonial: a) uma ação ou omissão; b) um dano; c) o nexo de causalidade; f) a culpa (exceto nos casos mencionados no CC, art. 927, parágrafo único).

Sendo um fenômeno psíquico, de natureza interna do indivíduo, a dificuldade maior daqueles que o pleiteiam consiste justamente em provar a ocorrência desse dano, desse abalo interno sofrido pelo peticionário, pois, ao contrário do que se dá quando se trata de reparação de danos materiais, em que se dispõe de contratos, perícias, demonstrativos ou outros documentos que, por si sós, comprovam a extensão efetiva do dano sofrido, a aferição do dano moral somente pode ser feita por meios indiretos, muitas vezes insuficientes.

Por essa razão, vem encontrando amparo no Superior Tribunal de Justiça corrente que defende a tese de que se deve provar apenas a violação do direito extrapatrimonial, e não o efetivo prejuízo moral sofrido, pois este estaria compreendido em sua própria causa (damnum in re ipsa).

Verifica-se que essa tese, válida, deve ser tomada com um certo temperamento, para não se chegar a extremos. Assim, apenas a análise do caso concreto poderá levar o julgador a decidir se é suficiente a prova da violação, ou se são necessários elementos indiretos indiciários da ocorrência de uma lesão interna, baseado na observação do que de ordinário acontece na vida cotidiana (CPC, art. 335).

As regras da experiência induzem à conclusão de que a realização de transferência bancária pela CEF mediante a retirada de cartão por terceiro estranho a partir do Correios, ordinariamente, gera uma lesão psíquica interna, capaz de configurar o dano moral, de modo que o dano moral se configura in re ipsa (da própria coisa), prescindindo de prova do abalo sofrido.

O Código de Defesa do Consumidor, ao cuidar da responsabilidade do prestador de serviços, estabelece que ela é objetiva, ou seja, prescinde de culpa, bastando que se demonstre o defeito ou a falta de adequação na presteza e na segurança dos serviços, para que possa se falar em atribuição do dever de reparar. Transcreve-se o texto normativo constante da lei mencionada:

> "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;
> III – a época em que foi fornecido.
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
> § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
> I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
> II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.".

Nesse sentido assentou-se o entendimento no Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CARTA REGISTRADA. EXTRAVIO DE CORRESPONDÊNCIA. DANO MORAL IN RE IPSA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O extravio de correspondência registrada acarreta dano moral in re ipsa. 2. Tendo o consumidor optado por enviar carta registrada, é dever dos Correios comprovar a entrega da correspondência, ou a impossibilidade de fazê-lo, por meio da apresentação do aviso de recebimento ao remetente. Afinal, quem faz essa espécie de postagem possui provável interesse no rastreamento e no efetivo conhecimento do recebimento da carta pelo destinatário, por isso paga mais. 3. Constatada a falha na prestação do serviço postal, é devida a reparação por dano moral. 4. Recurso especial desprovido". (RESP 200802221664, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:23/08/2013 - Grifou-se).

Registrados os delineamentos acerca dos fundamentos do dano moral e da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, situação à qual se enquadram a CEF e os Correios, passa-se à análise do caso concreto.

Ocorre que, no presente caso, após produção de prova documental e inclusive oral em audiência, a partir do depoimento pessoal da parte autora e de testemunhas da parte ré, verifica-se ter sido demonstrada evidente defeito na prestação dos serviços por ambas as rés, tanto Correios quanto CEF.

Isto porque, apesar das circunstâncias de tempo em que ocorreram os fatos, em período subsequente ao da pandemia da COVID-19, a ECT agiu mal e manifestamente de forma negligente, imprudente e por imperícia, ao permitir a retirada de cartão de crédito por terceiro, sem efetiva comprovação da identidade do autor quando dos procedimentos de retirada.

Tanto que, a partir dos relatos em audiência e vídeo reproduzido na presença das partes, faz-se possível aferir que o próprio Gerente da Agência dos Correios Sr. Ézio Alves De Andrade à ocasião recebe o terceiro estranho sem que seja exigida a assinatura de qualquer recibo, tampouco registro de imagem ou documento recebido da instituição bancária, para retirada do cartão de crédito, que certamente contava com informação privilegiada acerca da chegada de referido cartão na agência dos Correios.

Outrossim, apesar de os Correios sustentarem que cumpriram com todos os atos de protocolo, evidencia-se a grave falha dos atos de segurança, na medida em que:

(i) pelos Correios não se exige qualquer apresentação de documento com identificação de alguma notificação da instituição bancária para retirada do cartão de crédito, dando margem a qualquer pessoa poder comparecer, ainda que com documentação falsa;

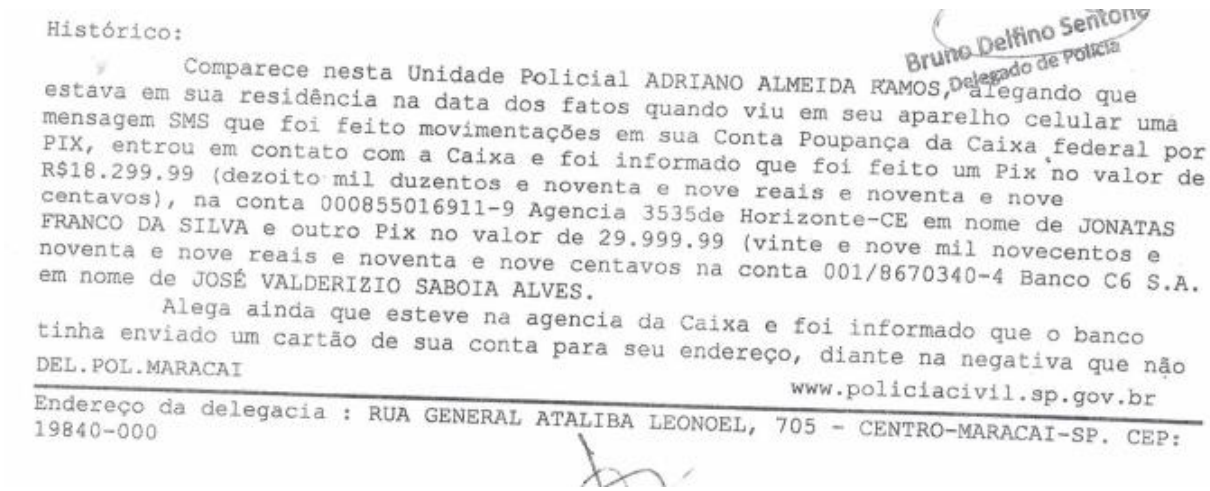
(ii) o Gerente dos CorreiosSr. Ézio Alves De Andrade não solicitou sequer que o terceiro estranho baixasse a máscara de higiene, para devida conferência da pessoa que se apresentava para retirada do cartão de crédito;

(iii) não foi exigida ou solicitada qualquer aposição de assinatura ou digital pelo terceiro estranho, o que fragiliza sobremaneira a conferência dos dados de segurança pelos Correios para se certificar que o próprio titular do cartão de crédito que está comparecendo para sua retirada, tendo incorrido os Correios em grave defeito na segurança e na prestação de seus serviços ao consumidor autor.

Por sua vez, a CEF operou com defeito na prestação dos serviços, na medida em que se permitiu a habilitação do cartão de crédito retirado por terceiro estranho, sem a devida exigência de dados suficientes para segurança de que os atos estavam sendo operados pelo próprio autor correntista, vindo a dar causa a sério prejuízo a partir da transferência de valores de conta bancária do autor, sem sua participação.

Com efeito, infere-se que pelo autor foram promovidos todos os atos de cautela e segurança que estavam a sua disposição, tendo lavrado Boletim de Ocorrência, formalizado Contestação de Operação Bancária perante a CEF, bem como solicitado as medidas cabíveis e necessárias a ambas as rés, para as devidas providências no sentido de estornar o prejuízo sofrido pelo uso de cartão de crédito de sua titularidade por terceiro estranho.

Conforme conjunto probatório dos autos, o Autor se dirigiu até a Delegacia de Maracaí e perante a Autoridade Policial registrou o Boletim de Ocorrência de nº 434/2021, diante dos indícios de fraude e invasão da conta bancária. Ainda, o Autor deslocou-se até o PROCON da cidade de Maracaí, tendo também formalizado contestação de operação perante a CEF:



Histórico:

Bruno Delfino Sentone
Delegado de Polícia

Comparece nesta Unidade Policial ADRIANO ALMEIDA RAMOS, alegando que estava em sua residência na data dos fatos quando viu em seu aparelho celular uma mensagem SMS que foi feito movimentações em sua Conta Poupança da Caixa federal por PIX, entrou em contato com a Caixa e foi informado que foi feito um Pix no valor de R$18.299.99 (dezoito mil duzentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos), na conta 000855016911-9 Agencia 3535de Horizonte-CE em nome de JONATAS FRANCO DA SILVA e outro Pix no valor de 29.999.99 (vinte e nove mil novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos na conta 001/8670340-4 Banco C6 S.A. em nome de JOSÉ VALDERIZIO SABOIA ALVES.

Alega ainda que esteve na agencia da Caixa e foi informado que o banco tinha enviado um cartão de sua conta para seu endereço, diante na negativa que não

DEL.POL.MARACAI

www.policiacivil.sp.gov.br

Endereço da delegacia : RUA GENERAL ATALIBA LEONOEL, 705 - CENTRO-MARACAI-SP. CEP: 19840-000

**DADOS DO FORNECEDOR**
Nome: CAIXA ECONOMICA FEDERAL , CNPJ/CPF: **003603050001-04**,
Endereço: **RUA XV DE NOVEMBRO**, Nº 430, Bairro: **CENTRO** CEP: **4634042**,
Cidade: **PARAGUAÇU PAULISTA** - **SP**, Fone: **(18) 3361.8550**, UF: **SP**

**RECLAMAÇÃO**: 15/10/2021 - o consumidor acima qualificado, compareceu ao PROCOM de Maracai, alegando que foram efetuadas duas transações financeiras em sua conta poupança, uma de valor de R$ 29.999,99 (ENVIO PIX) e outra no valor de R$ 18.299,99, (ENVIO TED) , no dia 30/09/2021, o consumidor alega que as mesmas as transações foram realizadas sem o seu consentimento e sem a sua presença.

Solicitamos à empresa, a gentileza de reportar informações ao Procon, por email sobre o ocorrido.

| Titular | Contato |
|---|---|
| ADRIANO ALMEIDA RAMOS | (18) / |

**Informo à Caixa Econômica Federal que não reconheço as transações abaixo relacionadas, razão pela qual solicito o ressarcimento dos valores correspondentes, decorrentes dessa movimentação.**

| Data | Histórico | Valor |
|---|---|---|
| 30/09/2021 | ENVIO PIX | 29.999,99 |
| 30/09/2021 | ENVIO TEV | 18.299,99 |

| Data | Histórico | Valor |
|---|---|---|
| | | |
| | | |

| Data | Histórico | Valor |
|---|---|---|
| | | |
| | | |

Pela CEF houve a vaga e genérica informação de que o cartão foi desbloqueado e as transações realizadas no caixa de autoatendimento:

> "a(s) movimentação(s) contestada(s) na(s) conta(s) 0901.1288.000771367646-6 foi(m) realizada(s) através de dispositivo móvel habilitado em terminal de autoatendimento e com uso do cartão original, com chip, inclusive com uso das senhas numérica e silábica cadastradas para uso pessoal e intransferível e de exclusivo conhecimento do titular da conta. (...)
> Destacamos que para que seja possível a validação de dispositivo e utilização por terceiro, é necessária habilitação em terminais de autoatendimento (ATM) ou em outro dispositivo já cadastrado e utilizado pelo titular da conta.
> No caso em questão, o dispositivo ID 7181314736FC66C4 usado para realizar a(s) transação(s) via INTERNET foi habilitado em ATM em 30/09/2021 às 10:08:07h... " (ID 239915362).

Todavia, chama muito atenção o fato de, pelo próprio histórico de operações do autor e titular em sua conta poupança, pela CEF foi autorizada a movimentação imediata e instantânea de vultosas quantias - que segundo consta batiam no limite máximo de transações via PIX (R$ 30.000,00), sem qualquer cautela prévia pelo setor de segurança das instituições bancárias. Isto porque, ordinariamente as instituições bancárias mantêm contatos com os clientes para ofertas de produtos, de créditos e mesmo para se certificar quanto à autoria de operações estranhas à prática ordinária pelo cliente, e nesta oportunidade de forma grave e danosa pela

CEF nada foi feito em segurança e cautela à operação bancária de sua responsabilidade:

| DATA MOVTO | NR.DOC | DESCRICAO RESUMIDA | TAXA | VALOR | SALDO |
|---|---|---|---|---|---|
| 26/09/2021 | 000000 | CRED JUROS | 0,30120 | 5,38C | 48.436,75C |
| 27/09/2021 | 000000 | REM BASICA | 0,00000 | 0,00C | 48.436,75C |
| 27/09/2021 | 000000 | CRED JUROS | 0,30120 | 4,35C | 48.441,10C |
| 27/09/2021 | 270740 | PAG BOLETO | 0,00000 | 132,37D | 48.308,73C |
| 30/09/2021 | 301015 | ENVIO PIX | 0,00000 | 29.999,99D | 18.308,74C |
| 30/09/2021 | 301018 | ENVIO TEV | 0,00000 | 18.299,99D | 8,75C |
| 04/10/2021 | 000000 | REM BASICA | 0,00000 | 0,00C | 8,75C |
| 04/10/2021 | 000000 | CRED JUROS | 0,50000 | 0,04C | 8,79C |

Ademais, pelas informações prestadas pela CEF, todos os atos, autorizações e habilitações para liberação e uso do cartão, inclusive para movimentação de valores expressivos em conta, teriam sido realizados a partir de dispositivos eletrônicos, seja móveis (aparelho celular), seja imóveis (terminal eletrônico da CEF ou computador), evidenciando a fragilidade do sistema de segurança da CEF ao autorizar a realização de transações por terceira pessoa sem qualquer necessidade de seu comparecimento presencial, ou mesmo identificação física ou por biometria facial ou digital:

a) Cadastramento (sobreposição) do dispositivo utilizado na(s) transação(s) contestada(s)

```
CPF ........: 219511548     35 ( ADRIANO ALMEIDA RAMOS                    )
Conta ......: 0000 0000 000000000000 - 0  Data/Hora .: 29/09/2021 11:12:18
NSU SIPER ..: 002184086       Vinculo c/ Conta...: TITULAR DA CONTA
Ocorrência .: 0339 - CADASTRAMENTO SMARTPHONE - INCLUI PENDENCIA ATM

Usuário ....:          -
Sistema ....: IBC - INTERNET BANKING CAIXA
Ambiente ...: INTERNET MÓVEL            Sistema OP.Dispos: ANDROID
Serviço ....: 000471 - CADASTRAR DISPOSITIVO (PENDENTE)
Valor ......:
Rede Trans .:   9602 - SIIBC - INTERNET BANKING CAIXA
Cód.Proces .: 070101 - PERPOB10 - CADASTRAR DISPOSITIVO (PENDENTE)
```

b) Validação/habilitação do Dispositivo utilizado nas transações contestadas em ATM (3392- 1006)

```
CPF ........: 219511548     35 ( ADRIANO ALMEIDA RAMOS                    )
Conta ......: 0000 0000 000000000000 - 0  Data/Hora .: 30/09/2021 10:08:07
NSU SIPER ..: 056981650       Vinculo c/ Conta...: TITULAR DA CONTA
Ocorrência .: 0436 - CADASTRAMENTO DE SMARTPHONE - VALIDAÇÃO ATM

Usuário ....:          -
Sistema ....: SIM -
Ambiente ...: INTERNET                  Sistema OP.Dispos: MAQUINA
Serviço ....:          -
Valor ......:
Rede Trans .:   9705 - SIMTC - SISTEMA MULTICANAL
Cód.Proces .: 070109 - HABILITAR NO ATM DISPOSITIVO E COMPUTADOR PENDENTE
```

Seguem telas comprobatórias de que foram utilizadas as senhas cadastradas pelo cliente:

```
RA36                CONTROLE DE SENHAS DE CLIENTES      C038392   17/12/2021
CAIXA - SIRAN      Consulta Cad./Alterações de Senha      #20       14:11:55
                                                                  Pag.. 0001 / 0001
Agência... 0901 Produto.... 1288  Conta... 000771367646 6  Migrada: S

 Data       Hora     Tipo          Usuário  Canal   Terminal      NSU
 30.09.2021 14.00.26 Alteracao     C107908  SISAG   090101103     0368997611
 30.09.2021 14.00.20 Cad. Rejeitad C107908  SISAG   090101103     0368993401
```

Outrossim, conforme informação prestada pela própria testemunha da CEF Sr. Elifaz Demane Junior em audiência a este Juízo Federal, e demonstram as telas anexadas à contestação, pela CEF já se faria possível identificar que a operação bancária fora realizada a partir de terminal eletrônico da CEF de localidade (Nordeste) bem distante da sede e endereço do autor correntista (São Paulo), elemento suficiente para se disparar algum sinal de alerta de fraude ou de necessidade de bloqueio da operação para se certificar quanto à efetiva autoria da operação:


Data Contabil: 30/09/2021 Data Transação: 30/09/2021 Hora Transação: 10:15:
Valor: 29.999,99 D Tipo transação: ENVIO PIX
Tipo Terminal: clisernbc Terminal: 179.67.253.135
Nº Cartão: Detalhe da transação: 31872495-José Valdizio saboia Alves
Nº Documento: 000000000000301015 Conta de Destino/Origem: 336.0001.000867(
Código Bloqueto: 61369515332
Cartão com Chip: Transação com Chip:

Data Contabil: 30/09/2021 Data Transação: 30/09/2021 Hora Transação: 10:18:0(
Valor: 18.299,99 D Tipo transação: ENVIO TEV
Tipo Terminal: INTERNET Terminal: 179.67.253.135
Nº Cartão: Detalhe da transação:
Nº Documento: 000000000000301018 Conta de Destino/Origem: 3535.1288.00085501
Código Bloqueto: 00006270004365
Cartão com Chip: Transação com Chip:

Portanto:

i. De fato verifica-se que houve defeito na prestação dos serviços pelos Correios e CEF, que devem assumir a responsabilidade pela devida conferência dos dados e da identidade de quem se apresenta para retirada de cartão de crédito na Agência dos Correios, bem como para liberação de cartão de crédito para operações por terceiro estranho,

ii. A retirada de encomenda por terceiro estranho através da agência dos Correios, bem como a habilitação do cartão através de terminais e atendimentos da CEF, causou evidente dano moral à parte autora, que teve que se valer do Poder Judiciário para ver atendida em sua pretensão de resolução da situação e reparo dos danos materiais sofridos, valor este não afastado pela ré.

Por oportuno, cumpre registrar que durante a tramitação foi deferida a inversão do ônus da prova, conforme decisão do Eg. TRF da 3a Região em recurso de agravo de instrumento, bem como foram intimadas a CEF e ECT para prestarem informações e juntarem documentos, não tendo, todavia, se desincumbido a CEF por completo de tal ônus:

1. À Caixa Econômica Federal, a apresentação de documentos comprobatórios da solicitação do cartão por meio do qual foram realizadas as transações bancárias de retirada de valores alegadamente indevidas; bem como de eventuais documentos, inclusive arquivos de imagem, que possam identificar a pessoa que realizou a validação do cartão junto ao caixa de autoatendimento;

2. À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a apresentação dos arquivos de imagens do circuito interno de segurança da agência de Maracaí/SP referente ao dia e período em que o referido cartão foi entregue a pessoa identificada como titular do cartão;

Outrossim, em sede policial e a partir de investigações, pela Polícia Civil foi identificada a atuação na operação perante a agência dos Correios de pessoa diversa do autor, inclusive através da verificação das imagens das câmeras e da placa do veículo utilizado na ida e saída da agência dos Correios, corroborando as assertivas do autor de que não teria participado da empreita de solicitação, retirada do cartão na Agência dos Correios e seu uso para movimentações de valores em sua conta bancária da CEF.

Nas circunstâncias analisadas, portanto, restou configurado defeito do serviço prestado pela parte ré CEF e Correios, o que acarreta o dever de indenizar os prejuízos daí advindos ao consumidor.

No presente caso, verifica-se que pelos Correios deveria ter havido mais cautela e segurança no procedimento de retirada de cartão de crédito, com devida aferição da identidade, dos dados e inclusive com exigência de imagem, assinatura e comprovação da titularidade da conta bancária da pessoa que se apresenta como titular do cartão de crédito.

Por sua vez, a CEF deveria ter operado com maior zelo e segurança na liberação do cartão de crédito por terceira pessoa estranha, que a partir dos dados do cartão já obteve êxito em efetuar transações bancárias mediante disponibilização dos valores do autor e correntista em sua conta bancária, devendo se aplicar maior prudência e cautela a partir da exigência de comparecimento do terceiro à agência bancária, ao terminal eletrônico com exigência das tecnologias aplicáveis (ex. identidade biométrica) e atos que imprimam a segurança necessária nas operações bancárias.

Ademais, do que restou apurado nestes autos, conclui-se que a parte ré não afastou sua responsabilidade por meio da comprovação de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ocorrência de fortuito externo ou de força maior, ou mesmo ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso.

Firmada a responsabilidade, passa-se à fixação do quantum indenizatório, tomando-se em consideração o grau de culpa do ofensor, a condição pessoal do ofendido, a capacidade econômica-financeira do causador do dano, o caráter pedagógico da verba indenizatória, observando ainda os delineamentos decorrentes da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que sejam afastadas indenizações desproporcionais à ofensa e ao dano a ser reparado.

Nesse passo, observadas as diretrizes acima mencionadas, considerando a importância desviada da conta bancária do autor em razão da retirada por terceiro estranho de cartão de sua titularidade (R$ 48.299,98), as circunstâncias em que verificada a conduta da parte ré em não atender às exigências de segurança necessárias nas operações dos Correios e de instituição bancária da CEF e a ausência de outros elementos nos autos para se dimensionar o efetivo prejuízo emocional suportado pelo autor, razoável se apresenta a fixação do valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), a título de indenização por danos morais, para cada uma das rés, somando a importância de R$ 8.000,00 (oito mil reais) ao total de indenização por danos morais.

III – DISPOSITIVO

Diante da fundamentação exposta, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a pretensão da parte autora, com a extinção do feito com resolução de mérito, nos termos previstos pelo art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para:

A) condenar a ré CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF a pagar/restituir à parte autora R$ 48.299,98 (quarenta e oito mil, duzentos e noventa e nove reais e noventa e oito centavos), devidamente corrigido desde as transferências, a título de danos materiais, bem como condenar a CEF ao pagamento de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de danos morais, corrigidos monetariamente nos termos da súmula 362 do STJ e com incidência de juros de mora a partir da citação.

B) condenar a ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS ao pagamento de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de danos morais, corrigidos monetariamente nos termos da súmula 362 do STJ e com incidência de juros de mora a partir da citação.

Ante a sucumbência de ambas as rés, condeno a ECT e a CEF ao pagamento das custas processuais, bem como dos honorários de advogado de sucumbência, na importância equivalente a 10% (dez por cento) do valor de suas respectivas condenações, nos termos do CPC, art. 85, §§ 2º e 3º.

Promova a Secretaria os atos necessários para juntada da mídia audiovisual da audiência de instrução aos presentes autos, tendo por este Juízo sido realizados os devidos apontamentos e anotações durante o próprio ato na presença das partes.

Com o trânsito em julgado, nada mais sendo requerido, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Assis, 6 de setembro de 2024.

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes

## PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
## 5002042-89.2022.4.03.6322

### SENTENÇA

Trata-se de ação proposta por Francisco Jose Monteiro Fontana contra o Instituto Nacional do Seguro Social e a União, na qual o autor pretende a declaração de isenção de imposto de renda incidente sobre proventos de aposentadoria, em razão da condição de portador de cegueira monocular.

Inicialmente acolho a preliminar de ilegitimidade levantada pelo INSS. De fato, na relação tributária o INSS é mero executor da retenção de imposto de renda na fonte, não tendo atribuição para isentar o autor do tributo, que é exclusiva da União.

Assim, em relação ao INSS o feito deve ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI do CPC.

Passando para a questão de fundo, registro inicialmente que o art. 6º, XIV da Lei 7.713/1988 assegura a isenção de imposto de renda sobre *"os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma".*

Note-se que a norma impõe dois requisitos cumulativos para a isenção de imposto de renda: que os rendimentos sejam proventos de aposentadoria, pensão ou reforma e que a pessoa seja portadora de uma das doenças ali arroladas. O termo inicial da isenção não é o momento do requerimento administrativo ou do ajuizamento da ação, mas sim a data da doença ou da concessão da aposentadoria, considerando o evento mais recente.

No caso dos autos, os documentos que acompanham a inicial e a perícia realizada nos autos informam que desde julho de 2021 o autor é cego do olho esquerdo, de modo que caracterizada a cegueira monocular.

Na minha avaliação, a cegueira monocular não se equipara ou sequer se aproxima da cegueira total e não está no mesmo patamar das condições mais graves elencadas no art. 6º, XIV da Lei 7.713/1988. Embora a perda da visão em um olho afete a qualidade de vida, é menos limitante do que outras doenças contempladas pela lei. É importante notar que o termo '*cegueira monocular*' é um conceito técnico da medicina, enquanto a referência na Lei 7.713/1988 está relacionada ao termo '*cegueira*' em seu sentido mais amplo e comum. Portanto, ao incluir a cegueira como critério para isenção de imposto de renda, o legislador provavelmente tinha em mente casos mais severos, como aqueles de indivíduos que dependem de bengalas ou cães-guia para se locomover, não aqueles que, no máximo, usam um tapa-olho.

No entanto, a jurisprudência é firme, estável e coesa no sentido de que, para fins de isenção de imposto de renda, a cegueira monocular equivale à cegueira bilateral. Esse é o entendimento dominante no STJ e em todas as cortes federais, bem como na TNU e nas turmas recursais.

Apesar de manter a convicção de que a cegueira monocular não é condição que asseguraria a isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, o consenso da jurisprudência em torno da matéria impõe a aplicação do entendimento dominante. Importante registrar que a qualificação da cegueira monocular como doença grave que assegura a isenção de imposto de renda encerra questão essencialmente de direito, de modo que as peculiaridades do caso concreto são irrelevantes para distinguir este caso de tantos outros que abarcam idêntico pedido e que serviram de matéria-prima para inúmeros precedentes das instâncias superiores.

Neste particular, oportuno transcrever contundente comentário do Ministro Cezar Peluso, extraído das páginas amarelas da revista Veja, edição 2172 de 07 de julho de 2010:

> Alguns magistrados simplesmente desconhecem nossas decisões. Ninguém fica vendo TV Justiça o dia todo para saber como o STF decide. Vou estudar uma forma de fazer com que decisões importantes do Supremo sejam comunicadas instantaneamente aos juízes do país inteiro. Mas há também uma explicação de natureza psicanalítica para a questão. Afinal, o que os tribunais superiores representam para os juízes? A autoridade paterna. Eu sei, eu fui juiz. Pensava: 'é um absurdo o tribunal decidir desse jeito! Eles estão errados! Não podem me obrigar a segui-los!' *Trata-se de um mau entendimento da independência. Mas o mais grave, e no que pouca gente presta atenção, é que, quando o juiz decide contrariamente ao STF, os que têm bons advogados conseguem chegar aqui e mudar a situação. Os outros, que não conseguem, acabam tendo uma sorte diferente. Isso se chama, na prática, iniqüidade. Casos iguais, tratamentos diferentes. Sob o pretexto de resguardar a independência dos juízes, cria-se injustiça.*

Por conseguinte, demonstrada a condição de cegueira monocular, o autor tem direito à isenção de imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria a contar de julho de 2021, com a repetição dos valores pagos desde então.

*Dispositivo*

Julgo o feito extinto sem resolução do mérito em relação ao INSS, por ilegitimidade, nos termos do art. 485, VI do CPC. No mais, julgo procedente em parte o pedido, extinguindo o feito com resolução do mérito nos termos do art. 487, I, do CPC, para o fim de declarar o direito do autor à isenção de impostos de renda sobre os proventos de aposentadoria pagos pelo INSS a contar de 01/07/2021, bem como à restituição dos valores pagos indevidamente.

Os valores devidos deverão ser corrigidos pela Selic, nos termos do Manual de Cálculo da Justiça Federal.

Sem custas e honorários nesta instância. Porém, a União deverá ressarcir os custos com a perícia.

Publique-se. Intimem-se.

Araraquara, 8 de setembro de 2024.

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert

# MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
# 5020696-77.2023.4.03.6100

## SENTENÇA

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por RUBBERCITY ARTEFATOS DE BORRACHA LTDA, com pedido liminar, impetrado contra o ato do SR. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL, objetivando em sede liminar que sejam:

> "suspensos os protestos e expedição de ofício ao 05º TABELIÃO DE PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS para que realize a SUSPENSÃO DO PROTESTO do título executivo extrajudicial, consubstanciado na Certidão de Dívida Ativa (CDA) nº 80.7.19.036753-77, no valor de R$ 28.218,93 (vinte e oito mil e duzentos e dezoito reais e noventa três centavos), pelo suposto inadimplemento da contribuição para programa de integração social (PIS) dos exercícios de 02/2018 a 04/2018 com data de graça 13/07/2023, assim como para o 3º e 7º TABELIÃO DE PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS, relacionados ao protesto de PIS e COFINS dos períodos de 2016 a 2018".

Em sede definitiva, requereu:

> "PROCEDÊNCIA do pedido, mediante a concessão da segurança para que seja ANULADO o protesto realizado perante 05º TABELIÃO DE PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS, situado na Capital do Estado de São Paulo, no bairro da Liberdade, na Rua da Glória, nº 168, CEP nº 01510-000, Protocolo 2242-10/07/2023, consubstanciado na Certidão de Dívida Ativa (CDA) nº 80.7.19.036753-77, no valor de R$ 28.218,93 (vinte e oito mil e duzentos e dezoito reais e noventa três centavos), pelo suposto inadimplemento da contribuição para programa de integração social (PIS) dos exercícios de 02/2018 a 04/2018, assim como para o 3º e 7º TABELIÃO DE PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS, relacionados ao protesto de PIS e COFINS dos períodos de 2016 a 2018".

Afirma que o título executivo extrajudicial, consubstanciado na Certidão de Dívida Ativa (CDA), não possui certeza e exigibilidade, sendo levado a protesto de maneira incorreta.

Sustenta que houve trânsito em julgado do processo nº 5002952-79.2017.4.03.6100, no qual foi reconhecida a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, implicando na inexigibilidade do crédito.

Nessa seara, salienta que o próprio impetrado informou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos autos da execução fiscal nº 5012192-30.2023.4.03.6182, o que reforça a ausência de exigibilidade do valor protestado.

Alega ainda a ocorrência de prescrição parcial dos créditos, destacando a inércia da Fazenda Nacional em mover a execução fiscal dentro do prazo de cinco anos, conforme previsto no artigo 174 do Código Tributário Nacional (CTN).

Requer a anulação dos protestos relacionados ao PIS e à COFINS dos períodos de 2016 a 2018, por entender que houve a violação aos princípios constitucionais,

além de reiterar a necessidade de medida liminar para suspender os protestos de forma urgente.

Com a inicial vieram documentos.

A liminar foi indeferida sob o fundamento de que os requisitos previstos no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, não foram atendidos. A decisão se fundamentou no entendimento de que o periculum in mora, necessário para justificar a concessão da medida, não foi demonstrado, uma vez que o indeferimento da liminar não inviabilizaria o êxito da medida ao final da demanda. Ademais, foi ressaltado que, se a parte desejar invocar os requisitos tradicionais da tutela de urgência previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil, deverá optar pelo rito do Procedimento Comum

A Fazenda Nacional se manifestou nos autos no ID 295031500, defendendo a legitimidade do protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA) e argumentando pela inexistência de nulidades nos atos administrativos, sustentando a regularidade do procedimento adotado.

O Ministério Público Federal, por sua vez, apresentou manifestação no ID 296774494, indicando a ausência de interesse específico na causa, considerando tratar-se de questão meramente patrimonial.

O feito foi redistribuído a este Juízo por decisão de ID 305580572.

Suscitado conflito de competência, restou fixada a competência da 3ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo (ID 305816696).

Ratificados os atos praticados pelo Juízo da 1ª Vara Cível Federal de São Paulo e aberto prazo para manifestação das partes (ID 331972574).

Após as manifestações, vieram os autos conclusos para sentença.

*É o relatório. Fundamento e decido.*

No caso, entendo ausentes os requisitos legais para a concessão da segurança.

Conforme as informações prestadas pela Fazenda Nacional, a inadequação da via eleita pela impetrante é evidente. A discussão sobre a exigibilidade e a validade do crédito tributário já está em trâmite na execução fiscal nº 5012192-30.2023.4.03.6182, o que impossibilita o manejo do mandado de segurança como substitutivo de embargos à execução. Ademais, a parte impetrante já havia levantado as mesmas alegações, relacionadas à inexigibilidade e prescrição dos créditos, no bojo da exceção de pré-executividade daquela execução fiscal, o que demonstra a tentativa de rediscutir matéria já submetida ao Poder Judiciário, caracterizando a inadequação da via eleita para alcançar o objetivo pretendido.

Além disso, destaca-se que a Fazenda Nacional comprovou a exclusão dos valores de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo, portanto, qualquer incerteza ou inexigibilidade do título. Dessa forma, inexiste direito líquido e certo que possa amparar o pleito da impetrante.

Por fim, verifica-se a decadência em relação ao protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA) nº 80.6.19.111315-88, realizado em 06/01/2020, tendo o mandado de segurança sido impetrado apenas em 11/07/2023, ultrapassando o prazo decadencial de 120 dias previsto no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009.

Diante do exposto, denego a segurança, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil e do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, em virtude da inadequação da via eleita, bem como pela ausência de liquidez e certeza das alegações da impetrante, e, em relação à CDA nº 80.6.19.111315-88, pela decadência do direito de impetração, nos termos do artigo 487, inciso II, do CPC.

Transitado em julgado, traslade-se cópia da sentença para os autos da execução fiscal correlata.

Custas pelo impetrante.

P.R.I.

São Paulo, data da assinatura eletrônica.

Juiz Federal Rafael Andrade de Margalho

# PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
# 5001221-45.2024.4.03.6345

## SENTENÇA

1. RELATÓRIO

Dispensado o relatório (art. 38 da Lei 9.099/95 c.c. art. 1º da Lei 10.259/01).

Sem prejuízo, consigno tratar-se de ação de responsabilidade civil extracontratual ajuizada por CARLOS FRANCISCO LUIZ e CARMEM LÚCIA DOS SANTOS LUIZ em face da UNIÃO. Alegam serem vítimas de erro judiciário que ocasionou o bloqueio de valores depositados perante o Banco do Brasil. Erro judiciário alegadamente cometido nos autos da ação reclamatória trabalhista nº 0112200-31.1994.5.02.0049 que tramita perante a 49ª Vara do Trabalho de São Paulo. Alegam que o erro foi desfeito apenas seis meses após o bloqueio indevido de valores e dependeu da contratação de advogado. Postulam indenização por dano material e compensação de dano moral.

Citada, a União apresentou contestação.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

As preliminares alegadas pela União são genéricas e não demandam tratamento específico.

Mérito

Os elementos da responsabilidade civil contratual ou extracontratual são: I. ação ou omissão voluntária do agente; II. a culpa em sentido lato desse agente (a abranger a culpa em sentido estrito e o dolo); III. dano experimentado por terceiro; IV. o nexo de causalidade entre os requisitos I e III; e V. a inexistência de excludentes do vínculo causal entre conduta e dano, tais quais a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o caso fortuito, a força maior, e de causas excludentes da ilicitude da conduta praticada (caso da legítima defesa, do estado de necessidade e do exercício regular de um direito).

Culpa, como elemento da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, deve ser entendida como adoção de nível de cuidado inferior ao juridicamente exigido.

Em casos especiais, previstos de modo expresso na legislação, existe dever de indenizar independentemente da prova de existência de conduta culposa do agente. Esse o caso da responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados por seus agentes, quando atuam nessa condição, e da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. A mal compreendida norma do artigo 37, § 6.º, da Constituição da República prevê que: "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade,

causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Esse é o caso também da responsabilidade do fornecedor de serviços, que responde independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor).

Mesmo nos casos em que a legislação prevê a responsabilidade objetiva, a responsabilidade civil pode ser afastada por circunstâncias que excluam o nexo causal entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima, previstas no item V, acima

Quanto ao dano moral, conceitua-o Sílvio de Salvo Venosa:

> [...] Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente; [...] (Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15ª ed., 2015, Atlas, p.52).".

O dano psíquico, conforme o mesmo doutrinador, é espécie do gênero do dano moral. Pode estar ou não presente em determinada situação em que há dano moral e:

> pressupõe modificação da personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, síndromes, bloqueios etc. Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa; [...]. (Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15ª ed., 2015, Atlas, p.54)

A alegação da ocorrência de dano psíquico deve amparar-se em prova documental e/ou médico-pericial que demonstrem a ocorrência das circunstâncias mencionadas acima e que essas circunstâncias sejam decorrentes do evento danoso.

O professor Antônio Junqueira de Azevedo diferencia dano-evento e dano-prejuízo:

> Na conceituação do que seja dano moral é preciso distinguir entre dano-evento e o dano-prejuízo; o primeiro é a lesão algum bem; o segundo, a consequência dessa lesão. Pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais consequências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial – por exemplo, se a vítima perdeu, total ou parcialmente, sua capacidade laborativa; ou, inversamente, a lesão pode ser uma coisa, que está no patrimônio de alguém, e a consequência ser principalmente um prejuízo não patrimonial (dano moral) – por exemplo, se o dono, tinha pela coisa, valor de afeição. O dano-evento é, pois, o dano imediato, enquanto o dano-prejuízo é o dano mediato. ( AZEVEDO, Antônio, Junqueira de. Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004, página 291).

Em ambos os casos – de dano-prejuízo, mediato, ou dano-evento, imediato - a alegação do dano depende de prova e é ônus da parte autora produzi-la a não ser nos casos em que a prova seja documental e o documento esteja em poder da parte ré, tendo em vista o disposto no artigo 11 da Lei nº 10.259/2001.

Há, por fim, casos nos quais o dano moral deve ser entendido como fato notório (CPC, artigo 374, inciso I), passível de reconhecimento segundo as regras de experiência comum (CPC, artigo 375) e independe de prova. Mesmo nesses casos, contudo, cabe à parte autora fazer prova do ato ilícito da parte ré e da sua culpa (a não ser nos casos de responsabilidade objetiva, em que a prova da culpa é prescindível).

O valor da indenização por dano material ou da compensação do dano moral deve corresponder à extensão do dano (artigo 944, caput, do Código Civil) e pode ser reduzido em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, parágrafo único, do Código Civil) ou em caso de concorrência entre a culpa do causador do dano e a da própria vítima (artigo 945 do Código Civil).

Um dos aspectos da boa-fé objetiva é o dever da vítima de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate the loss). Se ficar demonstrada a violação desse dever, a indenização ou a compensação poderão também ter o respectivo valor reduzido.

Definidas todas as premissas acima, passo às circunstâncias particulares do caso dos autos.

Alegam os autores serem casados e titulares de conta corrente conjunta perante o Banco do Brasil. Em novembro de 2023, teriam sido surpreendidos com o bloqueio do montante depositado perante a instituição financeira nessa conta bancária conjunta.

Fizeram prova documental dessas circunstâncias por meio da certidão de casamento de ID 326673062 e do extrato bancário de ID 326673064, que demonstra a existência de bloqueio judicial do montante de R$ 2.485,33 na data de 8 de novembro de 2023.

Em 27 de novembro de 2023, representante da agência de Vera Cruz do Banco do Brasil prestou informações mais detalhadas desse bloqueio judicial: informou que a ordem judicial provinha do Juízo da 49ª Vara do Trabalho de São Paulo, nos autos de ação movida por Benagil Tadeu Lopes Filho (ID 326673067).

No ID 326673073, a parte autora acostou ficha cadastral simplificada emitida pela JUCESP em relação à sociedade empresária Megafitas Comércio e Representações Ltda. (massa falida), que figura como reclamada nos autos da ação trabalhista, ao lado de seus sócios. Entre os sócios/reclamados, figura Carmen Lúcia dos Santos Luiz, inscrita no CPF/MF sob o nº 756.394.918-88.

Do mandado de pesquisa patrimonial expedido pela Justiça do Trabalho, constam os dados dos ex-sócios da pessoa jurídica reclamada mencionados na certidão expedida pela Junta Comercial, com uma diferença: à reclamada Carmen Lúcia dos Santos Luiz foi atribuído o CPF/MF nº 120.051.868-30 (ID 326673077, página 2). O mandado foi expedido em 18 de março de 2020 pelo Diretor de Secretaria da 49ª Vara do Trabalho de São Paulo, nos autos da ação reclamatória nº 0112200-31.1994.5.02.0049.

O mandado foi cumprido mais de três anos depois, em 7 de novembro de 2023, conforme detalhamento expedido via sistema SISBAJUD (ID 326673080). Consta do detalhamento que a sra. Carmen Lúcia, inscrita no CPF sob nº 120.051.868-30, teve o montante de R$ 5.639,21 bloqueado. Novo detalhamento apontou o bloqueio de R$ 628,28 em 27 de novembro de 2023, também em desfavor de Carmen Lúcia (ID 326673083), cujos dados foram ainda inseridos na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (ID 326673085).

Em 8 de janeiro de 2024, os autores nestes autos celebraram contrato de prestação de serviços advocatícios com David Aparecido Alves da Silva, que de acordo com a avença deveria contraprestação no valor de R$ 4.000,00, em dez parcelas no valor de R$ 400,00, para formular exceção de pré-executividade em nome de Carmen Lúcia perante a Justiça do Trabalho (ID 326673087).

A exceção de pré-executividade foi formulada em dezembro de 2023 (ID 326673091). Antes, portanto, da formal contratação do advogado.

O erro foi reconhecido pelo Juízo do Trabalho, que acolheu a exceção de pré-executividade em 29 de abril de 2024 (ID 326673094).

Em 15 de maio de 2024, foi expedido alvará de levantamento em favor de Carmen Lúcia no valor de R$ 6.421,98 (ID 326673098).

No ID 330870481 e no ID 330870478, a parte autora promoveu a juntada de cópia dos seus documentos pessoais, os quais demonstram que o número de sua inscrição no CPF/MF é 120.051.868-30 e diverge do número de inscrição da parte executada na execução trabalhista, sua homônima.

Em sua contestação, a União reconheceu a ocorrência de erro judiciário. Alegou, porém, que a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário não é orientada pela teoria da responsabilidade objetiva e sim pela teoria da responsabilidade subjetiva. Aduziu, também, que o dano moral não se configura, em casos como esse, in re ipsa.

O presente caso não é de erro judiciário - isto é, erro na prática de ato judicial típico – e sim de erro da atividade judiciária. O Juízo do Trabalho determinou a inclusão de ex-sócios de uma sociedade empresária no polo passivo de uma execução trabalhista. E depois determinou a realização de medidas de constrição de bens sobre esses ex-sócios, entre os quais estava uma senhora homônima da parte autora nestes autos. Até esse ponto, o que se tinha era uma medida judicial típica e, a princípio, legítima.

O erro ocorreu durante o cumprimento da decisão judicial pelo diretor de secretaria da Vara do Trabalho, que atribuiu à parte executada o CPF da parte autora nestes autos. E desse erro decorreram as medidas constritivas ensejadoras de dano à parte autora.

Corrobora essa conclusão a decisão do Juízo do Trabalho acerca da exceção de pré-executividade: não se discutiu ali a legitimidade passiva dos ex-sócios da sociedade empresária; reconheceu-se, apenas, o erro na identificação da ex-sócia.

A responsabilidade civil do Estado pela atividade judiciária é orientada pela regra geral do artigo 37, §6º, da Constituição da República, conforme o magistério de Sérgio Cavalieri Filho[1]:

> No que respeita aos danos causados pela atividade judiciária, aqui compreendidos os casos de denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial, é cabível a responsabilidade do Estado amplamente com base no art. 37, § 6º, da Constituição ou na culpa anônima (falta do serviço), pois trata-se, agora sim, de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário.

Não é desconhecida por este Juízo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, bem representada por este precedente:

> Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário. A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em regra, não é cabível para atos jurisdicionais, salvo nos casos do art. 5º, LXXV, da CF e naqueles expressamente declarados em lei. Precedentes. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Sem majoração da verba honorária.
> (STF, Segunda Turma, RE 831186 AgR / SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/08/2019)

O precedente não se aplica ao presente caso, uma vez que faz referência a atos jurisdicionais. E, como afirmado acima, a União não é chamada a responder nestes autos por um ato jurisdicional e sim por um ato da administração judiciária durante o cumprimento de uma determinação judicial.

Tem-se como demonstrados o ato do agente público (inclusão errônea da parte autora no polo passivo da execução trabalhista e posterior constrição de bens da parte autora), estão parcialmente demonstrados os danos experimentados pela parte autora e o nexo de causalidade entre o ato e o dano. É o quanto basta para que se caracterize a responsabilidade da União.

O dano material corresponderia à despesa com que a parte autora precisou arcar para voltar a ter acesso ao montante em dinheiro indevidamente bloqueado. É natural supor que a contratação do advogado tenha ocorrido a título oneroso. É inconsistente, porém, a prova do dispêndio com essa contratação– um instrumento contratual firmado após o início da atuação do profissional e desacompanhado de recibos de pagamento ou comprovantes de depósito bancário.

O dano moral é no presente caso presumido - isto é, independe da efetiva demonstração do abalo moral.

É fato notório o abalo moral decorrente de se ficar indevidamente sem acesso aos próprios recursos financeiros, bloqueados por ordem judicial, e ter de esperar seis meses para recuperar a disponibilidade sobre esses recursos. A autora demonstrou ser desempregada (ID 326670997). O autor demonstrou receber proventos de aposentadoria com valor baixo (ID 326673051). Conclui-se que o bloqueio do montante depositado perante o Banco do Brasil ocasionou desorganização nas finanças da família e uma situação bastante aflitiva.

O valor de compensação pretendido (R$ 10.000,00 para cada autor) não é excessivo e corresponde a valor fixado pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região em caso de responsabilidade civil do Estado por demora irrazoável por parte do INSS para a implementação de benefício previdenciário por período semelhante ao período em que os autores, nestes autos, ficaram sem acesso aos seus recursos financeiros:

> ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - INSS - CONDUTA OMISSIVA - ART. 37, § 6º, DA CF - APLICABILIDADE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE - ATRASO NA IMPLANTAÇÃO - PRAZO EXCESSIVO - MORA ADMINISTRATIVA CONFIGURADA - DANOS

> MORAIS - COMPENSAÇÃO DEVIDA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 2. Na hipótese de omissão, melhor refletindo sobre a questão, entendo que, uma vez comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será objetiva, orientação que homenageia o texto constitucional. 3. Consoante se colhe dos documentos juntados aos autos, entre a data da comunicação do teor da decisão e a sua efetiva implantação, transcorreram quase 9 (nove) meses, não havendo qualquer justificativa plausível para atraso de tal monta. 4. A mora administrativa no cumprimento das decisões judiciais apenas se configura se ultrapassado prazo razoável para que o INSS se organize e proceda à implantação do benefício previdenciário. Precedentes desta E. Turma. 5. Na hipótese vertente, o benefício previdenciário concedido judicialmente à autora foi implantado quase nove meses após a intimação da autarquia federal, prazo que se revela excessivo e justifica a compensação dos danos morais, sobretudo em face da natureza alimentar das parcelas devidas e das condições de saúde da autora. 6. Considerados os critérios amplamente aceitos pelo C. STJ e o contexto fático, o montante fixado pela sentença, equivalente a R$ 10.000,00 (dez mil reais), revela-se razoável e proporcional. 7. Honorários advocatícios majorados em 1%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. 8. Apelação desprovida.
> (TRF3, 6ª Turma, apelação cível nº 5003673-42.2019.4.03.6106, Rel. Des. Fed. Mairan Gonçalves Maia Júnior, j. 27/09/2022)

Os pedidos são, portanto, parcialmente procedentes.

3. DISPOSITIVO

Nos termos da fundamentação, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados por CARLOS FRANCISCO LUIZ e CARMEM LÚCIA DOS SANTOS LUIZ em face da UNIÃO, de modo a encerrar a fase de conhecimento do presente feito com resolução de mérito, nos termos do disposto no artigo 487, inciso I, do CPC. Condeno a UNIÃO ao pagamento de compensação por dano moral no valor de R$ 20.000,00 – R$ 10.000,00 ao autor e R$ 10.000,00 à autora. Julgo improcedente o pedido de pagamento de indenização por dano material.

Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios neste grau de jurisdição.

Concedo a gratuidade processual aos autores, dada a declaração de hipossuficiência amparada em outros elementos comprobatórios dessa condição.

Havendo interposição de recurso, intime-se a parte contrária para contrarrazões no prazo legal e, após, com ou sem apresentação destas, remetam-se os autos à Turma Recursal, com as formalidades de praxe.

Caso contrário, certifique-se o trânsito em julgado e intime-se a parte autora a promover a execução do julgado em quinze dias sob pena de arquivamento.

Sentença registrada eletronicamente. Publique-se. Intimem-se.

Marília, na data da assinatura eletrônica.

Juiz Federal Substituto Caio Cezar Maia de Oliveira

# MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
# 5007820-56.2024.4.03.6100

## SENTENÇA

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORREGULAÇÃO INCENTIVADA. INCLUSÃO DE DÉBITOS VENCIDOS EM POSTERIORMENTE À LEI Nº 14.740/2023. IMPOSSIBILIDADE. ANISTIA FISCAL SÓ ABRANGE DÉBITOS VENCIDOS ANTERIORES À LEI INSTITUIDORA.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por PANDORA DO BRASIL COMÉRCIO LTDA em face de ato supostamente coator do DELEGADO DA DELEGACIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (DERAT/SPO), com pedido liminar, visando o reconhecimento do direito líquido e certo da impetrante de incluir os débitos constituídos entre 30/11/2023 e 01/04/2024 no Programa de Autorregularização, com fundamento no art. 2º, §1º, incisos I e II, da Lei nº 14.740/23, e art. 3º, incisos I e II da IN nº 2.168/2023, inclusive no que diz respeito à fruição de todos benefícios e condições especiais, afastando definitivamente o ato coator ilegal e inconstitucional previsto no "Perguntas e Respostas", que veda a inclusão de débitos com vencimento posterior a 30/11/2023.

Requer, ainda, o ressarcimento dos valores eventualmente recolhidos de forma indevida no curso do processo e após o prazo de adesão ao programa, com a aplicação retroativa de todos os benefícios e condições especiais originalmente concedidos no Programa de Autorregularização.

Indeferido o pedido liminar (ID nº 320234851).

Manifestação da União no ID nº 321298019.

Indeferido o pedido de tutela recursal nos autos do agravo de instrumento nº 5008936-64.2024.4.03.0000 interposto pela impetrante (ID nº 321446669).

Informações prestadas pela autoridade coatora no ID nº 322812774. Pugnou pela denegação da segurança pleiteada na inicial.

Parecer do Ministério Público Federal no ID nº 324381528, não se manifestando sobre o mérito da demanda.

Pela petição contida nos ID`s nºs 325552697 e 325552699, a impetrante requer autorização judicial para a restituição das custas processuais indevidamente recolhidas.

*É o relatório do essencial. Decido.*

De início, indeferido o requerido pela impetrante nos ID`s nºs 325552697 e 325552699.

A restituição de custas processuais indevidamente recolhidas se dá por meio de processo administrativo, através do link https://www.jfsp.jus.br/servicos-judiciais/custas-judiciais/restituicao-de-valor-recolhido-indevidamente-por-gru.

*Passo ao exame do mérito.*

Nas últimas décadas, a União tem feito uso de programas especiais de parcelamento acompanhados de anistias fiscais de parcelas de juros e multas moratórias (REFIS, PAES, PAEX, etc). A administração fazendária federal objetiva com tais programas incentivar a arrecadação a curto prazo e dar folego aos contribuintes em dificuldades financeiras, facilitando sua regularização fiscal.

Nesta esteira, em 30/11/2023, veio a lume a Lei nº 14.740/2023, criando a autorregulação incentivada de tributos federais administrados pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Os contribuintes poderão incluir no programa os seus débitos tributários abarcados nas duas hipóteses do artigo 2º, § 1º, assim redigido:

> *"Art. 2º O sujeito passivo poderá aderir à autorregularização até 90 (noventa) dias após a regulamentação desta Lei, por meio da confissão e do pagamento ou parcelamento do valor integral dos tributos por ele confessados, acrescidos dos juros de que trata o § 1º do art. 3º desta Lei, com afastamento da incidência das multas de mora e de ofício.*
> *§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se aos:*
> *I – tributos administrados pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil que ainda não tenham sido constituídos até a data de publicação desta Lei, inclusive em relação aos quais já tenha sido iniciado procedimento de fiscalização; e*
> *II – créditos tributários que venham a ser constituídos entre a data de publicação desta Lei e o termo final do prazo de adesão.*
> § 2º A autorregularização incentivada abrange todos os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, incluídos os créditos tributários decorrentes de auto de infração, de notificação de lançamento e de despachos decisórios que não homologuem total ou parcialmente a declaração de compensação, observado o disposto no § 1º deste artigo.
> § 3º Os tributos não constituídos, incluídos pelo sujeito passivo na autorregularização, serão confessados por meio da retificação das correspondentes declarações e escriturações.
> § 4º Não poderão ser objeto de autorregularização os débitos apurados na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*." (Grifos nossos).

A regulamentação do programa foi objeto da IN RFB nº 2168, de 28 de dezembro de 2023, estabelecendo com mais precisão os débitos passíveis de inclusão no programa em seu artigo 3º:

> *"Art. 3º Podem ser incluídos na autorregularização incentivada de que trata esta Instrução Normativa os seguintes tributos:*
> *I - que não tenham sido constituídos até 30 de novembro de 2023, inclusive em relação aos quais já tenha sido iniciado procedimento de fiscalização; e*
> *II - constituídos no período entre 30 de novembro de 2023 até 1º de abril de 2024.*

> § 1º Sem prejuízo do disposto no § 3º, a autorregularização incentivada abrange todos os tributos administrados pela RFB, incluídos os créditos tributários decorrentes de auto de infração, de notificação de lançamento e de despachos decisórios que não homologuem, total ou parcialmente, a declaração de compensação, observado o disposto no caput.
> § 2º A inclusão dos tributos a que se refere o inciso II do caput na autorregularização incentivada fica condicionada à confissão da dívida pelo devedor mediante entrega ou retificação das declarações correspondentes ou, excepcionalmente, mediante cadastramento do débito apenas nas situações a que se aplica.
> § 3º A autorregularização incentivada não se aplica a débitos apurados no âmbito do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional instituído pela *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*." Grifos nossos.

Por fim, a publicação de Perguntas e Respostas localizada no sítio da RFB para orientação dos contribuintes esclarece que somente débitos com o vencimento original até 30/11/2023, data da publicação da lei, podem ser incluídos no programa.

A impetrante pretende incluir, na sua autorregulamentação incentivada, débitos vencidos e vincendos até 01/04/2024, com fundamento no artigo 2º, § 1º, inciso II, da Lei nº 14.740/2023, explicitado no artigo 3º da IN RFB nº 2168/2023. Alega que o caderno de Perguntas e Respostas limitou um direito expresso em lei.

Importante reconhecer que a redação do dispositivo legal não é das mais felizes e já está provocando demandas em números crescentes.

No entanto, a melhor interpretação dos dispositivos legais passa pela análise da natureza jurídica da Lei nº 14.740/2023.

Na esteira de programas anteriores, a lei criadora da autorregulamentação incentivada previu um parcelamento especial acompanhado de uma anistia.

O contribuinte confessa seus débitos, paga metade do valor à vista e parcela o restante em até quarenta e oito prestações mensais com a redução de 100% dos juros de mora e a exclusão de multa de mora.

Trata-se, sem dúvida, de uma anistia tributária, pois exclui parte do crédito tributário (juros e multa), nos termos do artigo 178 do CTN.

A anistia tributária está devidamente prevista no CTN, nos artigos 180 e seguintes do CTN, nos seguintes termos:

> "*Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando:*
> I - aos atos qualificados em lei como crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiro em benefício daquele;
> II - salvo disposição em contrário, às infrações resultantes de conluio entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas.
> *Art. 181. A anistia pode ser concedida:*
> I - em caráter geral;

> II - *limitadamente*:
> a) às infrações da legislação relativa a determinado tributo;
> b) às infrações punidas com penalidades pecuniárias até determinado montante, conjugadas ou não com penalidades de outra natureza;
> c) a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares;
> d) sob condição do pagamento de tributo no prazo fixado pela lei que a conceder, ou cuja fixação seja atribuída pela mesma lei à autoridade administrativa.
> *Art. 182. A anistia, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com a qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei para sua concessão.*
> Parágrafo único. O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.” Grifos nossos.

A anistia limitada à exclusão de juros e multa trazida pela Lei nº 14.740/2023 somente pode abranger tributos vencidos antes da sua vigência, ou seja, anteriores a 30/11/2023, nos exatos termos do art. 180 do CTN.

Em todos os ramos do direito, o instituto da anistia envolve o perdão de fato ou faltas pretéritas. Não existe anistia para fatos futuros.

No caso presente, o art. 2º, § 1º, inciso II, da Lei nº 14.740/2023 deve ser interpretado como um disposto de uma anistia tributária.

Os créditos a serem constituídos entre a data da publicação da lei (30/11/2023) e o termo final de adesão (01/04/2024) devem necessariamente referir-se a tributos vencidos até 30/11/2023, pois a anistia fiscal veiculada pela lei somente pode abarcar fatos anteriores a sua publicação.

Assim, o contribuinte pode declarar débitos neste intervalo referentes a fatos gerados anteriores à publicação da lei e incluí-los na sua adesão ao programa.

Em síntese, em sua cartilha de Perguntas e Respostas, a administração tributária estabeleceu restrições não contidas na lei, mas conseguiu esclarecer em linguagem simples e direta os limites da anistia fiscal.

Por fim, registro que a interpretação dada pela impetrante ao embasar seu pedido leva a uma conclusão em sentido totalmente oposto ao espírito da lei.

Por tal interpretação, os contribuintes poderiam deixar de recolher os tributos por três meses e incluir os respectivos valores na autorregulação incentiva, postergando o pagamento por meio de um parcelamento em 48 meses com exclusão de juros e multa moratória. Tal situação configuraria um incentivo ao adiamento do pagamento dos tributos.

Isto posto, *DENEGO A SEGURANÇA* pleiteada na exordial. Procedi à resolução do mérito nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sem condenação em honorários, com base no art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

À CPE:

1 – Publique-se e intime(m)-se.

2 – Comunique-se a autoridade coatora, bem como o relator do AI nº 5008936-64.2024.4.03.0000, dando-lhes ciência do teor da presente sentença.

3 – Preclusas as vias impugnativas, certifique-se o trânsito em julgado e remetam-se os autos ao arquivo, observadas as formalidades legais.

São Paulo, 18 de junho de 2024.

Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento

# MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
# 5008273-51.2024.4.03.6100

## SENTENÇA

VISTOS,

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, em que a impetrante, POLENGHI INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS LTDA., pleiteia o reconhecimento do direito líquido e certo de não se submeter a obrigações nem de sofrer penalidades decorrentes da aplicação concreta de disposições constantes da Lei nº 14.611/23, do Decreto nº 11.795/23 e da Portaria MTE nº 3.714/23 por parte da autoridade impetrada, vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Alega, em síntese, que alguns aspectos do Decreto nº 11.795/23 e da Portaria MTE nº 3.714/23 violam normas constitucionais e infraconstitucionais, resultando em notória situação de vulnerabilidade no que tange às sanções e implicações decorrentes do descumprimento de algumas delas.

Sustenta, basicamente, a (ir)regularidade e o descabimento da Lei n.º 14.611/23, quanto à (i) exigência estabelecida de envio de dados pessoais e restritos ao Governo Federal, seja da empresa, seja de seus empregados, através do Portal Emprega Brasil; (ii) publicação e divulgação dos dados da empresa através do Relatório da Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios que envolva a divulgação de valores salariais e remuneratórios vinculados a cargo ou função; (iii) exigência de reprodução do Relatório da Transparência elaborado pelo Ministério do Trabalho e Emprego através de seu site e/ou suas redes sociais e a (iv) imposição de penalidade à empresa pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas no Decreto nº 11.795/23 e na Portaria MTE n.º 3.714/23

Juntou procuração e documentos.

O pedido de liminar restou *deferido em parte*, para que o impetrado se abstenha de exigir o envio de dados pessoais na plataforma de acesso público ou no Portal Emprega Brasil, não divulgue remuneração e critérios remuneratórios dos empregados da impetrante no relatório de transparência, não exija a publicação do relatório em site ou rede social, ficando, assim, desobrigada de depositar eventual plano de ação junto ao sindicato. Além disso, a autoridade impetrada ficou impedida de aplicar penalidades em relação às obrigações em tela, constantes do Decreto 11.795/23 e da Portaria MTE 3.714/23 (ID 320280592).

Informações prestadas sob o ID 323071949, ocasião em que a autoridade impetrada defendeu a legalidade do ato impugnado.

O Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o mérito da lide, por ausência de interesse (ID 323928893).

A União se manifestou, ocasião em que aduziu, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal para apreciação do feito e a ocorrência de impetração contra "lei em tese", nos moldes da Súmula nº 266/STF. No mérito, requereu a denegação da segurança (ID 324208824).

Ato contínuo, a União também noticiou o cumprimento da tutela de urgência (ID 328407029 e ss.).

Vieram os autos à conclusão.

*É o relatório. Decido.*

*FUNDAMENTAÇÃO*

*Preliminares*

*Competência da Justiça Federal*

O objeto do presente mandado de segurança é o afastamento de efeitos concretos de norma objeto de aplicação pelo Ministério do Trabalho e Emprego, ou seja, de autoridade federal, o que atrai o interesse da União, nos moldes do art. 109, I, da CF/88 (STJ, CC nº 105.196/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 22/02/2010).

Além disso, as obrigações e penalidades impostas pelas normas não decorrem da fiscalização do trabalho, mas de uma obrigação de natureza *administrativa* de transparência e fornecimento de dados para produção de relatório estatístico de diferenças salariais entre homens e mulheres nas empresas, o que afasta, portanto, a competência da Justiça do Trabalho (art. 114, I, IV e VII, da CF/88).

Assim, rejeito a alegação da União.

*Impetração contra "lei em tese". Súmula nº 266/STF*

Os pedidos formulados no presente feito (ID 320082660, pp. 21/23) buscam o afastamento dos efeitos concretos da aplicação da legislação tida por ilegal em relação à esfera de direitos do impetrante, não a extirpação da validade da norma do ordenamento jurídico em abstrato considerado, objeto de ações do controle concentrado de constitucionalidade.

No caso, encontrando-se o impetrante na hipótese de incidência da lei e dos atos infralegais, com ameaça real e com justo receio de que venha a ter seus direitos violados e eventualmente sofrer uma fiscalização, o mandado de segurança representa via adequada para tal finalidade (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv 5022290-63.2022.4.03.6100, Rel. Desembargadora Federal Marisa Ferreira dos Santos, julgado em 14/08/2024, Intimação via sistema em 16/08/2024).

Desse modo, igualmente rejeito a preliminar da União.

*Mérito*

O mandado de segurança visa a resguardar direito líquido e certo do impetrante, ofendido ou ameaçado de ser ofendido, por ato de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do art. 5º, LXIX, da CF/88, e do art. 1º, da Lei nº 12.016/09.

A impetrante busca, em resumo, impedir que haja a determinação de divulgação do relatório de transparência salarial e de critérios remuneratórios, bem como a notificação para elaboração de plano de ação para mitigação da desigualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens, com afastamento das penalidades eventualmente incidentes, previstos na Lei nº 14.611/2023, no Decreto nº 11.795/2023 e na Portaria MTE nº 3.714/2023.

Não lhe assiste razão.

A lei nº 14.611/23 instituiu política pública que visa à superação da discriminação histórica envolvendo a diferença salarial entre mulheres e homens, servindo para combater a injustiça mediante adoção de medidas concretas e benéficas (RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado. 2008, p. 156).

A prescrição dos mecanismos trazidos pela lei visa à superação dessa assimetria salarial e encontra respaldo na igualdade e na proibição de discriminação em razão do gênero, previstas na Constituição Federal (arts. 3º, III, e 5º, I).

O mandamento constitucional tem a intenção de superar a uniformidade formal de tratamento e exige do Poder Público e da sociedade a instituição de medidas que proíbam o tratamento discriminatório, intencional (discriminação direta) ou não intencional (discriminação indireta), com vistas ao combate e à superação de situações injustas de desvantagem social, política, econômica, jurídica ou cultural (TRF4, APELREEX 2009.72.00.000649-8, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 07/01/2010).

O dever de igualdade salarial entre mulheres e homens consta de compromissos internacionais firmados pelo Brasil, em especial na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 – CEDAW (Decreto nº 4.377/02), em seu art. 11, 1, "d", nos seguintes termos:

> Artigo 11
> 1. *Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego* a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:
> (...)
> d) *O direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho.*

Trata-se de medida consentânea com os mandamentos constitucionais e que visam a neutralizar os efeitos indevidos da discriminação indireta em detrimento da mulher no ambiente de trabalho, argumento já utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo a discussão de temas correlatos, como, por exemplo, no intervalo antes da jornada extraordinária da mulher (RE nº 658.312, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 27/11/2014, p. 10/02/2015 – Tema nº 528), na proteção à maternidade em casos de trabalho insalubre (ADI nº 5.938, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 29/05/2019, p. 23/09/2019) e na inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade (RE nº 576.967, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 05/08/2020, p. 21/10/2020 - Tema nº 72).

A imposição do dever de apresentação de relatórios contendo informações gerais, anônimas, acerca da composição da massa salarial distribuída por gênero nas empresas com mais de 100 (cem) funcionários representa mecanismo de transparência ativa por parte das empresas e do Poder Público. Também a exigência de elaboração de plano de ação para mitigação da desigualdade salarial, quando verificada, mostra-se como medida adequada para atingir essa finalidade.

Em outras palavras, sem o fornecimento e o acesso a dados e informações provenientes de diferentes segmentos econômicos, não se poderá promover um

diagnóstico acurado acerca da situação de discrepância salarial e, assim, servir para o aprimoramento, o ajuste e a aplicação de políticas públicas que visem à redução da desigualdade de gênero no ambiente laboral.

Ademais, o dever de garantia dos Direitos Humanos é compartilhado e de responsabilidade de todos os agentes, sejam públicos ou privados. Nesse caso, o dever de as empresas promove-los decorre da dimensão objetiva e da eficácia horizontal dos Direitos Humanos (RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos, 8. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 523), de modo que as obrigações instituídas em lei para dar cumprimento à obrigação constitucional e internacional de redução da desigualdade salarial de gênero podem ser exigidas dos agentes privados.

Esse expediente encontra respaldo nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, conhecidos como "Princípios de Ruggie", que exige que as empresas respeitem os Direitos Humanos estabelecidos internacionalmente e evitem, por exemplo, que suas próprias atividades gerem impactos negativos sobre eles, devendo adotar medidas para prevenir ou mitigar tais impactos em suas relações comerciais (Princípios 11 a 15).

É a partir desse contexto normativo internacional e constitucional que o exame da legalidade das disposições trazidas pela Lei nº 14.611/2023, pelo Decreto nº 11.795/2023 e pelo Portaria MTE nº 3.714/2023 deve ocorrer.

Pois bem.

A Lei nº 14.611/23 estabeleceu que é *obrigatória* a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens para a realização de trabalho de igual valor ou no exercício da mesma função (art. 2º).

Com vistas a alcançar essa finalidade e a diagnosticar a situação concreta no mercado de trabalho brasileiro, a lei determinou a publicação semestral de *relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios* por parte das pessoas jurídicas de direito privado com 100 (cem) ou mais empregados (art. 5º):

> Art. 5º Fica determinada a publicação semestral de relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios pelas pessoas jurídicas de direito privado com 100 (cem) ou mais empregados, observada a proteção de dados pessoais de que trata a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).
> § 1º Os relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios conterão dados anonimizados e informações que permitam a comparação objetiva entre salários, remunerações e a proporção de ocupação de cargos de direção, gerência e chefia preenchidos por mulheres e homens, acompanhados de informações que possam fornecer dados estatísticos sobre outras possíveis desigualdades decorrentes de raça, etnia, nacionalidade e idade, observada a legislação de proteção de dados pessoais e regulamento específico.
> § 2º Nas hipóteses em que for identificada desigualdade salarial ou de critérios remuneratórios, independentemente do descumprimento do disposto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a pessoa jurídica de direito privado apresentará e implementará plano de ação para mitigar a desigualdade, com metas e prazos, garantida a participação de representantes das entidades sindicais e de representantes dos empregados nos locais de trabalho.
> § 3º Na hipótese de descumprimento do disposto no *caput* deste artigo, será aplicada multa administrativa cujo valor corresponderá a até 3% (três por

> cento) da folha de salários do empregador, limitado a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das sanções aplicáveis aos casos de discriminação salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens.
> *§ 4º O Poder Executivo federal disponibilizará de forma unificada, em plataforma digital de acesso público, observada a proteção de dados pessoais de que trata a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), além das informações previstas no § 1º deste artigo, indicadores atualizados periodicamente sobre mercado de trabalho e renda desagregados por sexo, inclusive indicadores de violência contra a mulher, de vagas em creches públicas, de acesso à formação técnica e superior e de serviços de saúde, bem como demais dados públicos que impactem o acesso ao emprego e à renda pelas mulheres e que possam orientar a elaboração de políticas públicas.*

A lei expressamente indica que os relatórios e os indicadores unificados *obrigatoriamente* observarão as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (art. 5º, *caput*, § 1º e § 4º).

Nesse sentido, a finalidade da política pública é a obtenção e divulgação de dados brutos, anonimizados e sem identificação concreta de qualquer indivíduo, relativos à remuneração de mulheres e homens, percentual de ocupação de cargos e funções de chefia, além de informações sobre outras desigualdades envolvendo critérios de raça, etnia, nacionalidade e idade.

Por sua vez, o não cumprimento da obrigação de envio ao Poder Público e de publicação do relatório por parte da empresa poderá haver a incidência de multa (art. 5º, § 3º). Além disso, verificada a assimetria salarial de gênero injustificada, a empresa deverá elaborar um *plano de ação para mitigar a desigualdade*, com metas e prazos, garantida a participação de representantes das entidades sindicais e de representantes dos empregados nos locais de trabalho (art. 5º, § 2º).

No exercício do poder de regulamentação da lei, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 11.795/23 e a Portaria MTE nº 3.714/23, que disciplinaram *operacionalmente* quais as informações necessárias que devem constar do relatório de transparência e do plano de ação para mitigar a desigualdade salarial, quais os sistemas envolvidos (eSocial e Portal Emprega Brasil) para a obtenção de dados, além dos procedimentos para envio dos relatórios, divulgação e publicação por parte das empresas, bem como para implementação do plano de ação, no caso de constatada desigualdade salarial (arts. 2º, 3º e 4º, do Decreto nº 11.795/23 e arts. 2º a 9º, da Portaria MTE nº 3.714/23).

Eis o teor dos dispositivos:

> Art. 2º O Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios de que trata o inciso I do caput do art. 1º tem por finalidade a comparação objetiva entre salários, remunerações e a proporção de ocupação de cargos e deve contemplar, no mínimo, as seguintes informações:
> I - o cargo ou a ocupação contida na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, com as respectivas atribuições; e
> II - o valor:
> a) do salário contratual;
> b) do décimo terceiro salário;
> c) das gratificações;
> d) das comissões;

e) das horas extras;
f) dos adicionais noturno, de insalubridade, de penosidade, de periculosidade, dentre outros;
g) do terço de férias;
h) do aviso prévio trabalhado;
i) relativo ao descanso semanal remunerado;
j) das gorjetas; e
k) relativo às demais parcelas que, por força de lei ou norma coletiva de trabalho, componham a remuneração do trabalhador.
§ 1º Ato do Ministério do Trabalho e Emprego estabelecerá as informações que deverão constar do Relatório de que trata o caput e disporá sobre o formato e o procedimento para o seu envio.
§ 2º Os dados e as informações constantes dos Relatórios deverão ser:
I - anonimizados, observada a proteção de dados pessoais de que trata a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018; e
II - enviados por meio de ferramenta informatizada disponibilizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.
§ 3º O Relatório de que trata o caput deverá ser publicado nos sítios eletrônicos das próprias empresas, nas redes sociais ou em instrumentos similares, garantida a ampla divulgação para seus empregados, colaboradores e público em geral.
§ 4º A publicação dos Relatórios deverá ocorrer nos meses de março e setembro, conforme detalhado em ato do Ministério do Trabalho e Emprego.
§ 5º Para fins de fiscalização ou averiguação cadastral, o Ministério do Trabalho e Emprego poderá solicitar às empresas informações complementares às contidas no Relatório.
Art. 3º Verificada a desigualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens pelo Ministério do Trabalho e Emprego, as empresas com cem ou mais empregados deverão elaborar e implementar Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens, que deverá estabelecer:
I - as medidas a serem adotadas, as metas e os prazos; e
II - a criação de programas relacionados à:
a) capacitação de gestores, lideranças e empregados a respeito do tema da equidade entre mulheres e homens no mercado de trabalho;
b) promoção da diversidade e inclusão no ambiente de trabalho; e
c) capacitação e formação de mulheres para o ingresso, a permanência e a ascensão no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens.
§ 1º Na elaboração e na implementação do Plano de Ação de que trata o caput, deverá ser garantida a participação de representantes das entidades sindicais e dos empregados, preferencialmente, na forma definida em norma coletiva de trabalho.
§ 2º Na ausência de previsão específica em norma coletiva de trabalho, a participação referida no § 1º se dará, preferencialmente, por meio da comissão de empregados estabelecida nos termos dos art. 510-A a art. 510-D da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.
§ 3º Na hipótese do § 2º, a empresa que tiver entre cem e duzentos empregados poderá promover procedimento eleitoral específico para instituir uma comissão que garanta a participação efetiva de representantes dos empregados.
Art. 4º Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego:
I - disponibilizar ferramenta informatizada para:
a) o envio dos Relatórios de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios pelas empresas; e

b) a divulgação dos Relatórios e de outros dados e informações sobre o acesso ao emprego e à renda pelas mulheres;
II - notificar, quando verificada desigualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens, por meio da Auditoria-Fiscal do Trabalho, as empresas para que elaborem, no prazo de noventa dias, o Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens;
III - disponibilizar canal específico para recebimento de denúncias relacionadas à discriminação salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens;
IV - fiscalizar o envio dos Relatórios de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios pelas empresas; e
V - analisar as informações contidas nos Relatórios de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios.
Art. 2º O Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios será elaborado pelo Ministério do Trabalho e Emprego com base nas informações prestadas pelos empregadores ao Sistema de Escrituração Fiscal Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas- eSocial e as informações complementares coletadas na aba Igualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios a ser implementada na área do empregador do Portal Emprega Brasil.
Art. 3º O Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios será composto por duas seções, contendo cada uma, as seguintes informações:
I - Seção I - dados extraídos do eSocial:
a) dados cadastrais do empregador;
b) número total de trabalhadores empregados da empresa e por estabelecimento;
c ) número total de trabalhadores empregados separados por sexo, raça e etnia, com os respectivos valores do salário contratual e do valor da remuneração mensal; e
d) cargos ou ocupações do empregador, contidos na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO); e
II - Seção II - dados extraídos do Portal Emprega Brasil:
a) existência ou inexistência de quadro de carreira e plano de cargos e salários;
b) critérios remuneratórios para acesso e progressão ou ascensão dos empregados;
c) existência de incentivo à contratação de mulheres;
d) identificação de critérios adotados pelo empregador para promoção a cargos de chefia, de gerência e de direção; e
e) existência de iniciativas ou de programas, do empregador, que apoiem o compartilhamento de obrigações familiares.
Parágrafo único. O valor da remuneração de que trata a alínea "c", do inciso I do caput, deverá conter:
I- salário contratual;
II- décimo terceiro salário;
III- gratificações;
IV- comissões;
V- horas extras;
VI- adicionais noturno, de insalubridade, de penosidade, de periculosidade, dentre outros;
VII- terço de férias;
VIII- aviso prévio trabalhado;
IX- descanso semanal remunerado;
X- gorjetas; e
XI- demais parcelas que, por força de lei ou de norma coletiva de trabalho, componham a remuneração do trabalhador.

Art. 4º A publicação do Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios deverá ser feita pelos empregadores em seus sítios eletrônicos, em suas redes sociais ou em instrumentos similares, sempre em local visível, garantida a ampla divulgação para seus empregados, trabalhadores e público em geral.
Art. 5º O Ministério do Trabalho e Emprego coletará os dados inseridos no eSocial pelos empregadores, bem como as informações complementares por eles prestadas e publicará o Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios, nos meses de março e setembro de cada ano, na plataforma do Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho.
Parágrafo único. As informações complementares a que se refere o caput serão prestadas pelos empregadores, em ferramenta informatizada disponibilizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos meses de fevereiro e agosto de cada ano, relativas ao primeiro e ao segundo semestres, respectivamente.
Art. 6º A publicação do Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será obrigatória após a disponibilização da aba Igualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios a ser implementada na área do empregador do Portal Emprega Brasil.
DO PLANO DE AÇÃO PARA MITIGAÇÃO DA DESIGUALDADE SALARIAL E DE CRITÉRIOS REMUNERATÓRIOS ENTRE MULHERES E HOMENS
Art. 7º Após a publicação do Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios, nos termos do Decreto nº 11.795, de 2023, verificada a desigualdade salarial e de critérios de remuneração, os empregadores serão notificados, pela Auditoria-Fiscal do Trabalho, para que elaborem, no prazo de noventa dias, o Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens.
§ 1º A notificação a que se refere o caput será realizada a partir da implementação do Domicílio Eletrônico Trabalhista, nos termos do artigo 628-A da Consolidação das Leis do Trabalho- CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, ressalvados os procedimentos administrativos de fiscalização previstos ou iniciados nos termos da Instrução Normativa MTP nº 2, de 8 de novembro de 2021.
§ 2º O prazo para apresentação do Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios correrá a partir da primeira notificação, nos termos do inciso II do art. 4º do Decreto nº 11.795, de 2023.
§ 3º O Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens de que trata o caput poderá ser elaborado e armazenado em meio digital com certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).
§ 4º Uma cópia do Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens deverá ser depositada na entidade sindical representativa da categoria profissional.
Art. 8º O Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens deverá conter:
I- medidas a serem adotadas com escala de prioridade;
II- metas, prazos e mecanismos de aferição de resultados;
III- planejamento anual com cronograma de execução; e
IV- avaliação das medidas com periodicidade mínima semestral.
Art. 9º O Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens deverá prever, inclusive, a criação de programas de:
I - capacitação de gestores, lideranças e empregados a respeito do tema da equidade entre mulheres e homens no mercado de trabalho;
II - promoção de diversidade e inclusão no ambiente de trabalho; e
III - capacitação e formação de mulheres para o ingresso, permanência e ascensão no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens.

Em exame das disposições acima, verifica-se que não há ilegalidade no Decreto n. 11.795/2023 e na Portaria MTE n. 3.714/2023, pois suas normas não extrapolam o poder regulamentar, prestando-se a conferir fiel execução às disposições contidas na Lei nº 14.611/23.

Na verdade, os dispositivos infralegais esclarecem o conteúdo da lei, estabelecendo, por exemplo, que todas as informações constantes do relatório são anônimas e quais são as rubricas salariais que devem compô-lo (*ex:* salário base, 13º salário, comissões, adicionais horas extras *etc.*), assim como quais os objetivos visados pelo plano de ação de mitigação salarial, contendo um conteúdo mínimo que deve conter.

Veja-se que o poder regulamentar *não* se reduz à reprodução literal dos comandos previstos na lei. Consiste, na verdade, em medida que facilita sua execução e operacionalização, especificando-a de modo praticável, através do desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei (FAGUNDES, Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 5ª ed., Forense, 1979, p. 24, nota de rodapé 2).

Tanto é assim que em outras searas do direito é admitida a utilização do ato infralegal para o estabelecimento de forma e de procedimento a partir de um determinado preceito legal, a exemplo do que ocorre na compensação tributária (AgInt no REsp n. 1.991.053/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 27/1/2023) e no parcelamento fiscal (Tema nº 997/STJ).

As disposições contidas nos atos regulamentares da Lei nº 14.611/23 densificam o dever de publicidade e de igualdade de gênero constante da Constituição Federal e têm por finalidade expor à sociedade a eventual existência de discrepâncias salariais entre homens e mulheres em funções idênticas ou similares, como política pública voltada à superação dessa histórica assimetria.

Por essa razão, não há ilegalidade na exigência de envio de dados salariais anonimizados por intermédio do sistema fornecido pelo Poder Público e, também, de publicação do *relatório de transparência salarial e de critérios remuneratório* por parte da empresa.

Na verdade, a obrigação infralegal dirigida à empresa para publicação do relatório em site, redes sociais *etc.* consiste na explicitação dos meios que podem ser utilizados para a concretização e cumprimento do dever de publicidade do relatório legalmente imposto (art. 5º, *caput*, da Lei nº 14.611/23).

Também não há que se falar na ocorrência de violação à proteção de dados pessoais e, assim, à Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD.

Em primeiro lugar, a lei e os atos infralegais estabelecem que o Poder Público zelará pela observância da LGPD, de modo que somente serão recebidos dados anonimizados, com divulgação na forma de relatório geral e unificado, sem a identificação de qualquer indivíduo (art. 5º, *caput*, § 1º e § 4º, da Lei nº 14.611/23 e art. 2º, § 2º, I, do Decreto nº 11.795/23).

Também a própria Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/18) autoriza o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública, quando for necessário para a execução de políticas públicas previstas em lei e em atos regulamentares, como ocorre no caso, nos seguintes termos:

> "Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
> (...)
> III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei (...)"

Pelo fato de os dados prestados pela empresa serem anonimizados, nos moldes da legislação de regência, é que não se deve acolher o argumento de que a política pública em questão promoverá violação a segredo de empresa, à livre iniciativa e à concorrência.

No que toca à exigência do *plano de ação para mitigação da desigualdade salarial e de critérios remuneratórios* (art. 5º, § 2º, da Lei nº 14.611/23), verifica-se que se trata de mecanismo da política pública com vistas à atuação concreta diante de situação de desigualdade salarial injustificada entre gêneros, representando um comprometimento efetivo das empresas para a consecução do objetivo trazido pela lei.

Não há ilegalidade na medida, tampouco nos delineamentos gerais que o plano deve conter, tais como as medidas a serem adotadas, as metas e os prazos, além da criação de programas relacionados à capacitação de gestores, lideranças e empregados a respeito do tema da equidade de gênero no ambiente de trabalho, à promoção da inclusão e da diversidade no ambiente de trabalho e à capacitação de mulheres para ingresso, ascensão e permanência no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens (art. 3º, do Decreto nº 11.795/23, e arts. 7º a 9º, da Portaria MTE nº 3.714/23).

Em igual sentido, não se verifica ilegalidade na participação de representantes das entidades sindicais e dos próprios funcionários na elaboração e aplicação do plano, tampouco na necessidade de envio de cópia do plano para o sindicato da categoria, já que se trata de medida que tem previsão em lei (art. 5º, § 2º, da Lei nº 14.611/23) e que consiste em mecanismo de democratização do processo de discussão de meios para superação de situações de desigualdade constatadas, considerada a vulnerabilidade do trabalhador, especialmente das mulheres, no contexto em questão.

A pretensão de prévia observância do contraditório e da ampla defesa antes da publicação do relatório e da elaboração do plano de ação, bem como a suspensão da imposição de qualquer penalidade à impetrante em virtude do descumprimento das obrigações constantes do Decreto nº 11.795/23 e da Portaria MTE nº 3.714/23, não merecem acolhida.

Em primeiro lugar, as informações utilizadas para a elaboração do relatório de transparência salarial e de critérios remuneratórios decorrem de dados prestados *pelos próprios empregadores* no sistema eSocial e no Portal Empresa Brasil (art. 2º, da Portaria MTE nº 3.714/23). Além disso, a elaboração do plano de ação deve ser feita *exclusivamente pela empresa*, segundo os critérios que reputar adequados, desde que sejam observadas as diretrizes constantes da regulamentação (art. 3º, do Decreto nº 11.795/23, e arts. 8º e 9º, da Portaria MTE nº 3.714/23).

Não houve demonstração inequívoca da existência de qualquer ação, notificação ou procedimento administrativo em curso capaz de produzir dano concreto e real. Note-se que não se presume a atuação ilegal do Estado, daí porque é possível afirmar que a pretensão se baseia tão somente em um dano hipotético, que se confunde com o desejo de não se submeter às disposições da Lei nº 14.611/23.

Na verdade, o que é objeto de sanção é a *não* emissão e publicação dos relatórios e, quando o caso, a *não* implantação do plano mitigação da diferença salarial. Não são os deveres instituídos em lei propriamente ditos. Caso a obrigação legal não seja cumprida, daí sim, haverá notificação e formalização de processo administrativo sancionador pela Administração, não antes precedida do devido processo legal.

Finalmente, importa destacar o reconhecimento da validade das disposições do Decreto nº 11.795/23 e da Portaria MTE nº 3.714/23 pelos Tribunais Regionais Federais da 3ª Região e da 1ª Região, respectivamente:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. *DECRETO N. 11.795/2023 E NA PORTARIA MTE N. 3.714/2023. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.REGULAMENTAÇÃO DA LEI N. 14.611/2023.* RECURSO DESPROVIDO.
> 1 - A controvérsia gira em torno, fundamentalmente, das alegadas ilegalidade e inconstitucionalidade das exigências constantes no Decreto n. 11.795/2023 e na Portaria MTE n. 3.714/2023, que versam sobre questões de igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens, com impactos em possíveis e eventuais autuações e multas em inspeções por Auditores-Fiscais do Trabalho.
> 2 - Trata-se de determinação legislativa o dever de publicação semestral dos relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios, consoante previsão expressa do art. 5º da Lei n. 14.611/2023. Nesse sentido, o Decreto n. 11.795/2023 sobreveio com intuito de regulamentar o texto legislativo. Por sua vez, sobreveio a Portaria MTE n. 3.714/2023.
> 3 - *Destarte, não há que se falar em ilegalidade no Decreto n. 11.795/2023 e na Portaria MTE n. 3.714/2023, dado que tais normas não extrapolam o poder regulamentar decorrente de lei.*
> 4 - Ademais, cumpre ressaltar que os deveres de publicidade e de igualdade de gênero decorrem tanto do diploma legal citado quanto do próprio texto constitucional, tornando devida a observância da transparência na situação em exame.
> 5 - No que tange ao questionamento acerca da aplicabilidade da Lei n. 14.611/2023, tal somente poderia ocorrer em decorrência de alegação de interpretação divergente – que não se faz presente no caso em apreço – ou por inconstitucionalidade, a qual, no entanto, não pode ser analisada por decisão monocrática, diante da existência de cláusula de reserva de plenário em relação a essa questão, consoante o disposto na Súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.
> 6 - Impende, contudo, salientar que é descabida a alegação de inobservância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa por parte do texto legal mencionado e de seus respectivos decreto e portaria regulamentadores, dado que os dados utilizados para a elaboração do relatório de transparência salarial e de critérios remuneratórios por parte Ministério do Trabalho e Emprego serão extraídos das informações prestadas pelos próprios empregadores.

7 - Por fim, não há que se falar em violação ao disposto na Lei n. 13.709/2018, dado que a própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais mencionada autoriza o tratamento de dados pessoais pela administração pública.
8 - Recurso desprovido.
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI 5008850-93.2024.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 26/08/2024, DJEN DATA: 28/08/2024)

CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. *DESIGUALDADE DE REMUNERAÇÃO EM RAZÃO DE GÊNERO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. LEI Nº 14.611/2023. DECRETO Nº 11.795/23. PORTARIA MTE Nº 3.714/23.* COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. *LEGALIDADE.* TRANSPARÊNCIA SALARIAL E CRITÉRIOS REMUNERATÓRIOS. NORMA QUE RESPEITA A PRIVACIDADE E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES. PLANO DE AÇÃO PARA MITIGAÇÃO DAS DESIGUALDADES. OPORTUNIDADE PARA A ORGANIZAÇÃO CORRIGIR IRREGULARIDADES. PROCESSO PRECEDIDO DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.
1. A competência cível da Justiça Federal é delimitada, objetivamente, em razão da efetiva presença da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes na relação processual. (STJ AgRg no CC 142455/PB, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 08/06/2016, DJe: 15/06/2016).
2. A controvérsia dos autos cinge-se na alegada obrigatoriedade imposta pelo Decreto nº 11.795/23 e pela Portaria do MTE nº 3.714/23, de que a agravante divulgue ao público os critérios remuneratórios da empresa, e as sanções decorrentes da inobservância dessas normas. Competência da Justiça Federal reconhecida.
3. *A Lei 14.611/23, regulamentada pelo Decreto nº 11.795/23, bem como a Portaria do MTE nº 3.714/23, buscam eliminar, ou ao menos reduzir, as disparidades entre homens e mulheres, estabelecendo métodos de monitoramento para garantir a sua efetiva aplicação, com a implementação de sistemas de transparência salarial e critérios de remuneração, juntamente com a intensificação da fiscalização contra a disparidade salarial e critérios de remuneração entre gêneros, além da criação de canais específicos para receber denúncias de discriminação salarial.*
4. A norma em questão exige que as informações fornecidas permitam uma comparação objetiva entre salários, remunerações e a proporção de ocupação de cargos de direção, gerência e chefia por mulheres e homens. Dessa forma, os relatórios de transparência salarial devem fornecer informações relevantes e precisas sobre a igualdade salarial entre homens e mulheres, bem como sobre outras formas de desigualdade no local de trabalho, enquanto protegem a privacidade e os direitos dos trabalhadores.
5. A Lei nº 14.611/2023 prevê requisitos específicos para a elaboração dos relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios, cuidando para que não seja violada a intimidade dos empregados. Conforme o artigo 5º, tais relatórios devem conter dados que não permitam a identificação individual dos trabalhadores.
6. O Decreto nº 11.795/2023, prevê, eu seu art. 2º, que os dados e informações constantes do relatório a ser apresentado pelas empresas devem ser anonimizados, ou seja, sem a informações que possam identificar o trabalhador ou trabalhadora, de forma a garantir a proteção dos dados pessoais.
7. *Não se verifica, assim, das informações a serem prestadas, qualquer violação à imagem ou à proteção de dados, uma vez que as informações extraídas dos sobreditos sistemas não permitem identificar os trabalhadores ou trabalhadoras e, em grande maioria, são informações já constantes de sistemas de informações*. Importante ressaltar que, quando trata da remuneração dos

> empregados, a Portaria refere-se a dados sem a correlação com pessoas específicas, mas sim consolidados e "separados por sexo, raça e etnia, com os respectivos valores do salário contratual e do valor da remuneração mensal" (art. 3º, I, c).
> 8. Não foram trazidas aos autos evidências que demonstrem a existência de ação ou procedimento administrativo em andamento capazes de gerar dano real à agravante, aptos a justificar a alegação de impedimento de autuação da empresa e aplicação de multa administrativa. Ademais, verifica-se que a aplicação de penalidade há de ser precedida do respectivo processo administrativo, em que serão oportunizados o direito à ampla defesa e ao contraditório, não se podendo supor a violação aos direitos da agravante sem que haja um ato concreto por parte da administração pública.
> 9. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.
> (TRF1, AG 1013661-24.2024.4.01.0000, Des. Federal ANA CAROLINA ALVES ARAUJO ROMAN, Décima Segunda Turma, PJe 31/07/2024 PAG.)

Dessa forma, não assiste razão ao impetrante, devendo a segurança ser denegada.

*DIPOSITIVO*

Diante do exposto, *revogo* a tutela antecipada concedida e *DENEGO* a segurança pretendida, com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Custas pela impetrante.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei n° 12.016/09.

Sentença registrada eletronicamente.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, data da assinatura eletrônica.

Juiz Federal Renato Adolfo Tonelli Junior

# SÚMULAS

# SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO[1]

## 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 exaurimento 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 subseqüente, 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 REGIÃO[2]

## 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 preservar-lhes, 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)