

REVISTA DA

# EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

*Setembro/Dezembro*  
*V. 23 - n. 3 - Ano 2021*

*Rio de Janeiro*

© 2021 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**EQUIPE EDITORIAL:**

**Coordenador Editorial:** Dra. Cristina Tereza Gaulia, Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

**Conselho Editorial:** Dr. Luiz Fux, Me. Antonio Saldanha Palheiro, Luis Felipe Salomão, Me. Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Dr. Abel Fernandes Gomes, Dr. Adán Carrizo González-Castell, Dra. Adriana Ramos de Mello, Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Me. Anderson de Paiva Gabriel, Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Dr. Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Me. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Dr. Cassio Scarpinella Bueno, Me. Cesar Felipe Cury, Me. Daniel Vianna Vargas, Dra. Edna Raquel Rodrigues dos Santos Hogemann, Me. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Dr. Fredie Souza Didier Junior, Dr. Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Dr. José Guilherme Vasi Werner, Dra. Larissa Pinho de Alencar Lima, Dr. Lenio Luiz Streck, Dra. Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Dr. Luciano Vianna Araújo, Me. Luiz Roberto Ayoub, Juiz Rafael Estrela Nóbrega, Dr. Rodrigo Borges Valadão, Dr. Sérgio Cavalieri Filho.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão on-line)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

## **Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**

---

### **■ PRESIDENTE**

**Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira**

### **■ CORREGEDOR-GERAL**

**Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo**

### **■ 1º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho**

### **■ 2º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio**

### **■ 3º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos**

## **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**

---

### **■ DIRETORA-GERAL**

**Desembargadora Cristina Tereza Gaulia**

### **■ CONSELHO CONSULTIVO**

**Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo**

**Vice-Presidente**

**Desembargador Claudio Brandão de Oliveira**

**Diretor Adjunto Administrativo**

**Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira**

**Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto**

**Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro**

**Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira**

**Desembargador Ricardo Couto de Castro**

**Juíza Adriana Ramos de Mello**

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

**Diretora da Assessoria Acadêmica de Pesquisa e Publicação:** Ana Cristina Willemann Flores

**Execução Administrativa e Pesquisa:** Yanka Albertin Sodré

**Produção Gráfico-Editorial:**

**Diretor da Divisão de Design Gráfico:** Ébano Machel do Rosario Assis

**Diagramação e Capa:** Rafaelle Neves

**Revisão Ortográfica:** Ana Paula Maradei e Clara Bastos

# Sumário

---

## 7 | Apresentação

*Jessé Torres*

## 13 | Quem Define a *Ratio Decidendi* de um Precedente? Uma Análise Prática da Técnica da Distinção (*Distinguishing*) no Resp 1.339.313/RJ

*Alex Quaresma Ravache*

## 37 | Repensando a Prova Emprestada no Processo Penal – Da Admissão à Valoração

*Antonio Carlos Pontes*

## 62 | Releitura da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (*narrowing* dos precedentes em relação ao termo inicial dos juro na reparação do dano extrapatrimonial)

*Cássio Benvenuto de Castro*

## 95 | ITBI, Momento da Ocorrência do Fato Gerador e a Tese Fixada pelo Supremo Tribunal Federal

*Irapuã Gonçalves de Lima Beltrão*

## 110 | “Jurisprudência da Crise” no Brasil? Entre a Proibição do Retrocesso Social, a Crise Econômica e a Pandemia da Covid-19

*Leonardo Scofano Damasceno Peixoto*

*José Jerônimo Nogueira de Lima*

*Jamile Cruzes Moysés Simão*

## 146 | Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho vs. Brasil

*Marcelo Oliveira da Silva*

## 167 | A Compulsoriedade da Vacinação no Caminhar do Cenário Jurídico Brasileiro

*Paula Naves Brigagão*

## 181 | Direito Civil-Constitucional e Controle de Constitucionalidade das Leis: Por um Diálogo Necessário

*Rodrigo da Guia Silva*

**216 | A Liberdade de Cultos Religiosos e o Supremo Tribunal  
Federal: Análise no Contexto Pandêmico**

*Rodrigo Lobato Oliveira de Souza*

# Apresentação

---

A edição com que a Revista da EMERJ encerra 2021, nada obstante as preocupações e os pesares de tempos ainda pandêmicos, assinala o início dos preparativos acadêmicos conducentes à comemoração do bicentenário da criação dos cursos jurídicos no Brasil, a ocorrer em 2027.

Justifica o lustro de antecipação o fato de que a cultura jurídica nacional necessitará desse tempo de reflexão – que se renovará a cada novo número da Revista - para ponderar que se estará reproduzindo, após 200 anos e intervalos de especializações segmentadas, o conteúdo universalista e multidisciplinar, permeado pela eticidade, com que a lei de 11 de agosto de 1827 criou os cursos jurídicos de Olinda e de São Paulo.

Releiam-se, conservada a ortografia original, as primeiras e reveladoras linhas do projeto organizado pelo Conselheiro de Estado Visconde da Cachoeira:

Tendo-se decretado que houvesse, nesta Corte, um Curso Jurídico para nelle se ensinarem as doutrinas de jurisprudência em geral, a fim de se cultivar este ramo da instrução pública, e se formarem homens hábeis para serem um dia sábios Magistrados, e peritos Advogados, de que tanto se carece; e outros que possam vir a ser dignos Deputados e Senadores, e aptos para occuparem os lugares diplomaticos, e mais empregos do Estado, por se deverem comprehender nos estudos do referido Curso Juridico os princípios elementares de direito natural, publico, das gentes, comercial, politico e diplomatico, é de forçosa, e evidente necessidade e utilidade, formar o plano dos mencionados estudos; regular a sua marcha e methodo; declarar os anos do mesmo Curso; especificar as doutrinas que se devem ensinar em cada um deles; dar as competentes instruções porque se devam reger os Professores, e finalmente formalisar estatutos proprios e adequados para bom regimento do mesmo Curso, e solido aproveitamento dos que se destinarem a esta carreira.



Sem estatutos em que se exponham e se acautelem todas estas circunstancias, não se poderá conseguir o fim util de tal estabelecimento. De que serviriam Bachareis formados, dizendo-se homens juriscultos na extensão da palavra, se o fossem só no nome? Não tendo conseguido boa e pura cópia de doutrinas de sã jurisprudencia em geral, por maneira que utilmente para si e para o Estado podessem vir a desempenhar os empregos, para que são necessários os conhecimentos desta sciencia, que sob os principios da moral publica e particular, e de justiça universal, regula e prescreve regras praticas para todas as acções da vida social, haveria em grande abundancia homens habilitados com a carta somente, sem o serem pelo merecimento, que pretendiam os empregos para os servirem mal, e, com prejuizo publico e particular, tornando-se uma classe improductiva com damno de outros misteres, a que se poderiam aplicar com mais proveito da sociedade, e verificar-se-hia deste modo o que receiava um sábio da França, da nímia facilidade e gratuito estabelecimento de muitos lyceus naquele paiz. A falta de bons estatutos, e relaxada pratica dos que havia, produziu em Portugal pessimas consequencias. Houve demasiados Bachareis, que nada sabiam, e iam depois nos diversos empregos apreender rotinas cegas e uma jurisprudência casuística de arestos, sem jamais possuírem os principios e luzes desta sciencia. Foi então necessario reformar de todo a antiga Universidade de Coimbra; prescrever-lhe estatutos novos e luminosos, em que se regularam com muito saber e erudição os estudos de jurisprudencia, e se estabeleceu um plano dos estudos proprios desta sciencia, e as formas necessarias para o seu ensino, progresso e melhoramento. `

Perceba-se que os cursos jurídicos então criados almejavam formar pessoas aptas a exercer, com base no direito e na ética, as funções que a sociedade e o Estado reputavam as mais importantes do tempo, tais como a advocacia, a magistratura, a diplomacia, os mandatos de deputados e senadores. Prenúncio do que a Constituição republicana de 1988 veio a estabelecer em seu art. 39, § 2º, ao determinar que a União, os Estados e o Distrito Federal devem manter “escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos”.

As Escolas da Magistratura são espécies dessas escolas de governo e visam não apenas a formar e manter atualizados os magistrados, mas também a preparar aqueles que se disponham a prestar concursos públicos de acesso às carreiras de Estado. Em sua 93ª Sessão Virtual, o Conselho Nacional de Justiça vem de tornar obrigatória a presença, nas provas de concursos para o ingresso na magistratura de carreira, temas de direito digital, análise econômica do direito e economia comportamental. Evidencia-se o elo, de dois séculos de existência, entre excelência e modernidade na interação de conhecimentos e instrumentos de aplicação científica, a partir do direito, em favor das relações entre sociedade e Estado.

Assim testificam os trabalhos apresentados neste número da Revista da EMERJ, tal a sua pluralidade temática, envolvente de metodologias urgentes, num mundo pandêmico e pós-pandêmico.

Alex Quaresma Ravach questiona sobre “*Quem define a ratio decidendi de um precedente? Uma análise prática da técnica da distinção (distinguishing) no Resp 1.339.313/RJ*”, de modo a analisar aquela técnica no atual sistema de precedentes vinculantes e apartando as técnicas de distinção e superação (*overruling*) de precedentes, definições de *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Antonio Carlos Pontes assina o artigo “Repensando a prova emprestada no processo penal – da admissão à valoração”, visando a demonstrar a dificuldade na utilização da prova emprestada, à falta de qualquer dispositivo normativo que a regule, no âmbito do processo penal.

Cássio Benvenuto de Castro dedica uma “*Releitura da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (narrowing dos precedentes em relação ao termo inicial dos juros na reparação do dano extrapatrimonial)*”. O autor parte da análise dos fundamentos determinantes das decisões cuja compilação resultou na Súmula 54, em especial assinalando o contexto propedêutico da jurisdição que alavancou tais precedentes.

Irapuã Gonçalves de Lima Beltrão analisa o *“Itbi, momento da ocorrência do fato gerador e a tese fixada pelo Supremo Tribunal”*, empenhando-se em analisar a celeuma alimentada durante anos sobre o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis nas operações *inter vivos* e onerosas, notadamente quanto ao desdobramento dos aspectos que cercam o seu fato gerador e, em especial, a sua perspectiva temporal.

Sobre o contexto emergencial sanitário em que nos encontramos, o artigo *“Jurisprudência da crise” no Brasil? Entre a proibição do retrocesso social, a crise econômica e a pandemia da Covid-19*, em coautoria de Leonardo Scofano Damasceno Peixoto, José Jerônimo Nogueira de Lima e Jamile Cruzes Moysés Simão, dispõe-se a investigar a possibilidade de identificação de uma *“jurisprudência da crise”* no Brasil, como ocorreu outrora em Portugal, a partir da análise de precedentes judiciais desses dois países e das medidas de austeridade, em cotejo com os meandros da proibição do retrocesso social, do Poder Judiciário no atual cenário, dos impactos da crise econômica e da pandemia do novo coronavírus.

No artigo intitulado: *“Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho vs. Brasil”*, Marcelo Oliveira da Silva analisa o julgamento das medidas provisionais a respeito do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, assunto - Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho -, Resolução n.º 39, de 22 de novembro de 2018.

A compulsoriedade da vacinação no cenário jurídico brasileiro constitui a reflexão trazida por Paula Naves Brigagão, pontuando a compulsoriedade da vacinação no Brasil e os efeitos colaterais dela oriundos, como objeto de responsabilidade civil do Estado frente às inovações advindas da entrada em vigor da Lei n.º 14.125/2021.

Em *“Direito civil-constitucional e controle de constitucionalidade das leis: por um diálogo necessário”*, Rodrigo da Guia Silva promove um diálogo entre a metodologia do direito civil-constitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, com especial enfoque nas proposições das doutrinas constitucionalistas destina-

das a justificar a superação ou o afastamento excepcional de uma norma-regra jurídica.

Rodrigo Lobato Oliveira de Souza discorre sobre “*A liberdade de cultos religiosos e o Supremo Tribunal Federal: análise no contexto pandêmico*”, oferecendo comentários críticos a questões procedimentais e de fundo subjacentes ao julgamento das medidas cautelares nas ADPF 701-MC e ADPF 810-MC e ao julgamento de mérito da ADPF 811.

Que a leitura desses textos abra caminho para ter início o quinquênio de amadurecimento das reflexões que nos conduzirão a comemorar o bicentenário de criação dos cursos jurídicos no Brasil, relevante para o debate científico da contemporaneidade.

**DES. E PROF. JESSÉ TORRES**

Coordenador editorial da Revista da EMERJ



# Quem Define a *Ratio Decidendi* de um Precedente?

## Uma Análise Prática da Técnica da Distinção (*Distinguishing*) no REsp 1.339.313/RJ

**Alex Quaresma Ravache**

*Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito. Professor na EMERJ. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

**RESUMO:** O presente estudo analisa a técnica da distinção (*distinguishing*) no atual sistema de precedentes vinculantes brasileiro. Serão diferenciadas as técnicas de distinção e superação (*overruling*) de precedentes e abordadas as definições de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, esclarecendo o motivo pelo qual estes são fundamentais para fins de distinção. Busca-se, ainda, identificar quem é responsável por definir a *ratio decidendi* de um precedente: o Tribunal que o criou ou aqueles que o interpretam nos casos seguintes. Para além da teoria, o estudo trabalha com todos esses conceitos em casos concretos que envolvem a dinâmica de aplicação do precedente formado no REsp 1.339.313/RJ, o qual abordou a legalidade da cobrança da tarifa de esgotamento sanitário, mesmo que não realizado o completo tratamento do esgoto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema de precedentes vinculantes. Técnica da distinção. Quem define a *ratio decidendi*. REsp 1.339.313/RJ. Tratamento e tarifa de esgoto.

**ABSTRACT:** This study analyzes distinguishing in Brazil's binding precedents system and presents the difference between distinguishing and overruling. Moreover, it examines the definitions of *ratio decidendi* and *obiter dictum* to clarify why they are fundamental in terms of distinguishing. It is intended to identify who determines the *ratio decidendi* of a precedent: the Court that created it or those who interpret it in subsequent cases. In addition to theory, this study works with these concepts in real cases involving the precedent created by the Brazilian Superior Court of Justice, that ruled on the possibility of providing public sewage service with a rate, even without a complete sewage treatment.

**KEYWORDS:** Brazil's binding precedents system. Distinguishing. Who determines the *ratio decidendi*. Sewage treatment in Brazil. Sewage rate in Brazil.

## 1. INTRODUÇÃO

Já há algum tempo os precedentes judiciais deixaram de ter relevância apenas nos sistemas de *common law* para assumir significativo espaço também nos países de *civil law*<sup>1</sup>, embora tenham “um papel diferenciado nos dois sistemas”<sup>2</sup>.

No Brasil, um precedente, desde que integrasse um conjunto de decisões uniformes conhecido pelo termo *jurisprudência*, era tradicionalmente visto como fonte subsidiária do direito<sup>3</sup>. Nesse contexto, um precedente teria eficácia apenas persuasiva<sup>4</sup>. No en-

1 MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*, edição Kindle, *Introduction*.

2 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: *Direito jurisprudencial*, vol. II, p. 13.

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*, p. 139.

4 Registre-se que parte da doutrina já defendia o caráter vinculante dos precedentes, como explica Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. A doutrina se dividia em três correntes: 1) negativista, em que nem os precedentes nem mesmo a jurisprudência seriam fonte formal do Direito; 2) afirmativa, segundo a qual os precedentes vinculariam, sendo fonte formal do Direito; e 3) realista, a qual sustentava que vinculariam e seriam fontes do Direito os precedentes reiterados das cortes e os precedentes com efeito vinculante por definição legal. O ensinamento está em sua obra *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*, edição Kindle, cap. 8.6.

tanto, o Código de Processo Civil de 2015 elevou a importância dos precedentes ao atribuir eficácia vinculativa a alguns deles (art. 927 do CPC), ampliando o que já ocorria quanto aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º, da Constituição Federal) e em relação às súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição Federal).

Um esclarecimento é importante. A regra contida no art. 927 do Código de Processo Civil não transformou o sistema brasileiro em *common law*. Como parece ser unânime, ou ao menos amplamente majoritário, no Brasil “não há um sistema absoluto de precedentes”<sup>5</sup>. Há quem defenda que há vinculação em todas as hipóteses descritas nos incisos do art. 927 do CPC<sup>6</sup>. E há quem sustente que nem todas as situações ali previstas geram efeito vinculante<sup>7</sup>. Existe também entendimento de que o rol de precedentes vinculantes não se encerra no art. 927. Mas ainda assim a força vinculante decorre da lei, de outros dispositivos do CPC<sup>8</sup>. Portanto, mantemos nossa essência do *civil law*, tendo a lei como fonte formal e principal do Direito, mas passamos a utilizar algumas ferramentas do *common law* para aprimorar nosso sistema em benefício da sociedade, buscando efetivar alguns princípios importantes, como isonomia, segurança jurídica, economia processual e duração razoável dos processos.

Junto com tais benefícios, a nova sistemática traz um desafio aos operadores do Direito: interpretar os precedentes vinculantes.

O sucesso de um sistema de precedentes – seja com vinculação geral, como se dá no *common law*, seja com vinculação parcial, como atualmente ocorre no Brasil – depende de um cuidadoso equilíbrio para que possa alcançar previsibilidade do Direito e ao mesmo tempo sua adaptação à sociedade<sup>9</sup>.

5 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*, edição Kindle, cap. 8.7.

6 *Ibidem*, cap. 8.7.

7 CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*, edição Kindle, cap. 5.2.

8 Humberto Dalla Bernardina de Pinho afirma que o microsistema de formação de precedentes vinculantes é composto pelas normas dos arts. 926 a 928, além dos arts. 311, II; 332; 496, §4º; 521, IV; e 932 do CPC (*Manual de direito processual civil contemporâneo*, p. 1210-1211).

9 Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim registra ser “impressionante a quantidade de autores do direito anglo-saxônico, principalmente o inglês, que se preocupam abertamente com o dilema entre a necessidade



Assim, o intérprete deve se valer de algumas técnicas a fim de verificar se o precedente vinculante é aplicável ou não ao caso em exame. Em suma, os resultados possíveis de tal interpretação são: 1) subsunção do precedente ao caso concreto, o que deve ser a regra se houver “similaridade *relevante*”<sup>10</sup> entre o caso concreto e o precedente, efetivando assim a segurança jurídica e a previsibilidade; 2) reconhecimento de uma distinção (*distinguishing*); e 3) superação do precedente (*overruling*)<sup>11</sup>. As duas últimas situações garantem a adaptabilidade do Direito.

A superação é excepcional e, em regra, gera a revogação do precedente. Desse modo, a forma mais comum de não aplicação de um precedente ao caso concreto se dá pela via da distinção, sem a revogação dele.

O presente trabalho tem por finalidade analisar o instituto da distinção, também conhecido pelo termo em inglês *distinguishing*. Pretende-se ultrapassar a barreira da teoria e examinar a distinção na prática, a partir de algumas situações concretas. Acredita-se que tal exercício pode auxiliar na compreensão do instituto, especialmente para alcançar os seguintes objetivos: 1) identificar o que é – e o que não é – distinção; 2) identificar quem define os fundamentos que determinam se há ou não a distinção.

Para tanto, foi selecionado como precedente o Recurso Especial Repetitivo 1.339.313/RJ. Esse caso foi escolhido em razão da controvérsia nele analisada e do desenvolvimento de sua interpretação nos casos concretos que o sucederam, o que parece contribuir de forma didática para os objetivos propostos.

---

de o direito gerar *segurança*, no sentido de previsibilidade, e a de que seja *adaptável*, para, efetivamente, servir a sociedade” (Precedentes e evolução do direito. In: *Direito jurisprudencial*, edição Kindle, cap. 1).

10 SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Uniformização decisória nas demandas coletizáveis: entre o *common law* e o *civil law*. In: *Direito jurisprudencial*, vol. II, p. 711.

11 Nos sistemas de *common law*, há ainda referência a outras técnicas que se situam entre a distinção e a superação, como a sinalização, transformação, *overriding* (revogação parcial) e distinções inconsistentes. Não serão abordadas aqui, pois fogem ao escopo do trabalho. Sobre tais técnicas, vide: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, edição Kindle, cap. 4.3.

## 2. A CONTROVÉRSIA NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.339.313/RJ

O precedente que guiará o exercício no presente trabalho trata do serviço de esgotamento sanitário, o qual, de acordo com o art. 3º, I, b, da Lei 11.445/2007, possui quatro etapas, a saber: 1) coleta; 2) transporte; 3) tratamento; e 4) disposição final adequada dos esgotos sanitários.

Ocorre que, em muitos locais no Estado do Rio de Janeiro, a concessionária de serviço público não prestava a etapa de tratamento e, por via de consequência, restava prejudicada a última fase, da disposição final adequada. Em razão disso, muitos consumidores passaram a questionar a tarifa de esgoto, a qual não poderia ser cobrada se o serviço não era prestado integralmente.

Diversos pedidos de repetição de indébito com base nessa causa de pedir foram acolhidos, e o entendimento predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se formou a favor dos consumidores, inclusive com a edição, em 16/01/2012, do enunciado da Súmula 255, com a seguinte redação<sup>12</sup>:

“Incabível a cobrança de tarifa pela simples captação e transporte do esgoto sanitário”.

O referido enunciado foi cancelado três meses após a edição, em 16/04/2012, por não estar em consonância com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Mesmo após o cancelamento do enunciado da súmula local, o entendimento ali transcrito ainda era adotado em muitos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça pela via do recurso especial previsto no art. 105, III, da Constituição Federal, o qual foi julgado pela sistemática do art. 543-C do então vigente Código de Processo Civil de 1973. Assim, em 12/06/13, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento

<sup>12</sup> Disponível em <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/6284946/sumulas-2019.pdf>. Acesso em 15/06/2021.

contrário àquele que predominava no Tribunal local, criando o Tema Repetitivo 565. O acórdão teve a seguinte ementa<sup>13</sup>:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA E TRANSPORTE DOS DEJETOS. INEXISTÊNCIA DE REDE DE TRATAMENTO. TARIFA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA.

(...)

2. À luz do disposto no art. 3º da Lei 11.445/2007 e no art. 9º do Decreto regulamentador 7.217/2010, **justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue.**

3. Tal **cobrança não é afastada pelo fato de serem utilizadas as galerias de águas pluviais para a prestação do serviço**, uma vez que a concessionária não só realiza a manutenção e desobstrução das ligações de esgoto que são conectadas no sistema público de esgotamento, como também trata o lodo nele gerado.

4. O **tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar**, de natureza sócio-ambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público.

5. A **legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos**, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Precedentes: (...). (Destques inexistentes no acórdão original)

O tema examinado no REsp 1.339.313/RJ envolve questões não apenas de Direito Administrativo, mas também de Direito do Consumidor e de Direito Ambiental. Do ponto de vista do consu-

13 REsp 1339313/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 21/10/2013

midor e do meio ambiente, a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça foi vista por muitos operadores do Direito como equivocada<sup>14</sup>, o que levou à construção de argumentos que buscavam a rejeição do precedente nos casos concretos posteriores. Daí porque o REsp 1.339.313/RJ e os casos subsequentes se tornaram campo fértil para a análise prática da técnica da distinção.

Identificada a controvérsia que gerou a formação do precedente, passemos ao primeiro objetivo do trabalho: identificar o que é distinção.

### 3. O QUE É E O QUE NÃO É DISTINÇÃO

Distinção (*distinguishing*) é uma técnica em que se reconhecem diferenças fáticas entre o precedente e o caso concreto, afastando-se, por consequência, a incidência daquele. Nesse sentido, o Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis<sup>15</sup>, resultado de análise do art. 489, §1º, VI, do CPC, estabelece que:

“O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.

Por decorrência lógica, havendo identidade fática entre o caso posterior e aquele analisado no precedente vinculante, deve este ser aplicado. Aliás, justamente em razão de tal identidade fática, isto é, de se tratar de situação essencialmente igual ou análoga àquela já analisada no caso paradigma, é que se torna desnecessário reexaminar os fundamentos já enfrentados no precedente. Trata-se do denominado *princípio da inércia argumentativa*, que visa à eficiência na prestação jurisdicional dentro de um sistema de precedentes<sup>16</sup>. É esse o entendimento que foi registrado

---

14 Sobre a divergência, ver: FOCH, Fernando. Esgotamento sanitário limitado a coleta, transporte e despejo *in natura*. Inexigibilidade da exação. Uma análise do REsp 1.339.313/RJ. *Revista da EMERJ*, v. 17, n. 65, p. 83-138, Mai-Ago/2014.

15 Disponível em <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em 17/06/2021.

16 O tema pode ser melhor aprofundado em: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. *Revista de Processo*. RePro vol. 258. Ago/2016.

no Enunciado 13 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados<sup>17</sup> e no Enunciado 524 do Fórum Permanente de Processualistas Civis<sup>18</sup>:

Enunciado 13 da ENFAM: “O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios”.

Enunciado 524 do FPPC: “O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”.

Desse raciocínio, é possível extrair aquilo que não caracteriza a técnica da distinção: a revisão de fundamentos já examinados no precedente. Com efeito, se o operador do Direito reexaminar os fundamentos já analisados na decisão vinculante, não aplicará a técnica da distinção (*distinguishing*), mas sim a técnica da superação (*overruling*), buscando afastar o julgado anterior porque os fundamentos já enfrentados estão equivocados ou ultrapassados.

Ou seja, superação significa afastar o precedente por seus fundamentos inadequados, exigindo, portanto, que os fundamentos determinantes sejam revisados.

O afastamento do precedente pela distinção, por sua vez, decorre de diferenciação fática, não de revisão dos fundamentos. A distinção não representa qualquer desrespeito ao precedente. Pelo contrário. Reafirma a decisão vinculante, “*estabelecendo com precisão em que casos seus fundamentos determinantes devem incidir*”<sup>19</sup>.

Voltemos à análise do Recurso Especial 1.339.313/RJ. Como já salientado, o julgamento se deu em 2013, antes de entrar

---

17 Trata-se de um dos enunciados aprovados no seminário: O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 17/06/2021.

18 Disponível em <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em 17/06/2021.

19 CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*, edição Kindle, cap. 6.1.

em vigor o Código de Processo Civil de 2015. Naquela época havia divergência sobre a eficácia vinculante dos recursos especiais repetitivos. Fernando Foch, por exemplo, ao analisar, sob outro enfoque, o mesmo julgamento ora examinado, sustentou “*não ser vinculante acórdão que julga recurso especial, segundo a disciplina do art. 543-C do CPC[1/73]*”<sup>20</sup>. Esse entendimento levou alguns julgados a manterem o entendimento antes dominante no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apesar do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça<sup>21</sup>.

Contudo, em 16 de março de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, contendo o já citado art. 927, segundo o qual os juízes e os tribunais observarão, dentre outros, os acórdãos em recurso especial repetitivo. Em razão disso, o fundamento de não vinculação perdeu a força<sup>22</sup>.

Como já salientado, a decisão do Superior Tribunal de Justiça ora analisada foi bastante contestada. Assim, mesmo diante do entendimento majoritário quanto à força vinculante dos recursos repetitivos, ainda havia muitas tentativas de afastar o referido precedente dos casos concretos seguintes. Contudo, em razão do efeito vinculativo da decisão paradigma, isso somente seria possível por meio das técnicas da distinção ou da superação.

A partir de então, surgiu a seguinte argumentação: o precedente teria tratado da impossibilidade de *devolução* da tarifa, não de sua *redução*. Assim, passou-se a reconhecer em casos concretos posteriores a redução da tarifa de forma proporcional às duas das quatro etapas efetivamente prestadas, quais sejam, coleta e transporte. Decisões passaram a reduzir a tarifa em 50%, a maioria reconhecendo a distinção<sup>23</sup>, e a minoria realizando uma supe-

---

20 Esgotamento sanitário limitado a coleta, transporte e despejo in natura. Inexigibilidade da exação. Uma análise do REsp 1.339.313/RJ. *Revista da EMERJ*, v. 17, n. 65, p. 83-138, Mai-Ago/2014.

21 Por exemplo, primeira decisão na Apelação 0008000-16.2012.8.19.0211, j. 09/03/2016.

22 *Ibidem*, juízo de retratação após interposição de recurso especial, j. 16/10/2019.

23 Na maioria dos julgamentos em que inicialmente foi reconhecida a distinção, posteriormente houve revisão do entendimento em juízo de retratação após interposição de recurso especial. É o caso, por exemplo, da Apelação 0202961-05.2012.8.19.0001. Em outros julgamentos, o reconhecimento da distinção se deu na própria decisão de juízo de retratação, como, por exemplo, nas Apelações 0391401-82.2012.8.19.0001 e 0095884-97.2013.8.19.0001.

ração antecipada<sup>24</sup>, ainda que nem todos os acórdãos mencionem expressamente os nomes das referidas técnicas.

A questão é: configura distinção o pedido de redução proporcional às etapas efetivamente prestadas?

A resposta é negativa.

Restringir a leitura do REsp 1.339.313/RJ apenas à sua ementa até poderia levar à conclusão de que o precedente se limitou à hipótese fática de pedido de *devolução integral* da tarifa, e por isso o pedido de *redução proporcional* configuraria hipótese distinta.

Contudo, nem sempre todos os fatos que fundamentam a tese jurídica firmada no precedente podem ser encontrados na ementa. Os fundamentos determinantes devem ser extraídos da íntegra do acórdão vinculante e, ainda, do conjunto de todos os votos da decisão colegiada, inclusive eventuais votos vencidos<sup>25</sup>.

Uma leitura da íntegra da decisão no REsp 1.339.313/RJ permite concluir que a tese da redução proporcional da tarifa de esgoto foi analisada e rejeitada no precedente. Em determinada parte da fundamentação do acórdão, o relator, Ministro Benedito Gonçalves, ao citar julgamentos anteriores, consignou ser “*desacertada a determinação da redução proporcional da tarifa prestada*”.

Alguns poderiam afirmar que tal frase no acórdão não foi determinante para a conclusão, sendo apenas reforço argumentativo. Contudo, essa tese perde força quando se observa o voto vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, afirmando expressamente que “*é de se reconhecer a ilegitimidade da cobrança cheia, permitida, sem dúvida, a cobrança parcial pelos serviços efetivamente prestados*”.

Tal conclusão foi reconhecida pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 23/05/2019. Em razão da controvérsia sobre a possibilidade ou não de redução proporcional da tarifa de esgoto, foi suscitado o Incidente de Resolução

---

24 Por exemplo, Apelação 0008650-37.2017.8.19.0066.

25 A esse respeito: CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*, edição Kindle, cap. 4 e cap. 5.4; e ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, edição Kindle, cap. 1.2.

de Demandas Repetitivas 0060643-89.2018.8.19.0000<sup>26</sup>, o qual não foi admitido por decisão assim ementada:

**“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. TARIFA DE ESGOTO. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA PARCIAL. COBRANÇA PROPORCIONAL. O incidente tem por objetivo dirimir controvérsia a respeito da tarifa de esgoto, especificamente se é possível a cobrança proporcional quando o serviço sanitário não é prestado de forma completa.** Requisito negativo de admissibilidade previsto no art.976, §4º, do CPC: “É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”. Em Recurso Repetitivo (Recurso Especial nº 1.339.313/RJ), o STJ pacificou entendimento no sentido de que é legítima a cobrança de tarifa de esgotamento sanitário mesmo na hipótese de prestação parcial do serviço. Definiu que a tarifa é devida por inteiro, mesmo que o serviço seja prestado de forma incompleta. **A tese da cobrança proporcional foi levada à discussão naquele Recurso Repetitivo, não sendo acolhida. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho lavrou voto vencido por entender que a cobrança da tarifa não poderia ser efetuada de forma cheia, quando não houvesse a prestação do serviço em sua totalidade.** Como a questão proposta pelo arguente já foi apreciada pelo STJ em Recurso Repetitivo, não há como admitir o processamento deste IRDR, que encontra obstáculo no art. 976, §4º, do CPC. Ausentes os requisitos de admissibilidade. NÃO ADMISSÃO”. (Destques inexistentes no acórdão original)

Com efeito, o voto vencido no REsp 1.339.313/RJ demonstra que o colegiado, na formação do precedente, tratou da hipótese fática de redução proporcional, rejeitando essa possibilidade. Portanto, decisão posterior que acolha a tese da redução proporcional não utiliza a técnica da distinção (*distinguishing*), mas sim da superação (*overruling*), analisando novamente os mesmos fundamentos já enfrentados na decisão paradigma.

---

26 Rel Des. Peterson Barroso Simão - Julgamento: 23/05/2019 - SEÇÃO CÍVEL



Identificar o que é (e o que não é) a distinção é um primeiro passo para a adequada compreensão e aplicação da técnica. Mas ainda não é suficiente. É preciso explorar a definição dos *fundamentos determinantes* dos precedentes.

#### 4. A DEFINIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES

A técnica da distinção exige uma tarefa de comparação dos fatos julgados no passado com os fatos analisados no julgamento presente, a partir da qual o operador do Direito deve estabelecer se há identidade essencial ou diferenciação entre o precedente e o caso concreto. No sistema de *common law*, foram desenvolvidos dois conceitos que auxiliam nessa tarefa. São eles a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

A *ratio decidendi*, termo mais utilizado no Direito inglês, conhecida pela expressão *holding* no Direito norte-americano, é o que no Brasil se chama de *fundamentos determinantes* (arts. 489, §1º, V, e 979, §2º, ambos do CPC). É a “*parte da decisão que realmente vincula*”<sup>27</sup>. *Obiter dictum*, por outro lado, é apenas um reforço argumentativo, com efeito persuasivo, mas que não vincula. Significa, literalmente, “*o que foi dito para morrer*”<sup>28</sup>.

Se houver identidade entre os fatos do caso concreto e aqueles que fazem parte da *ratio decidendi*, há subsunção, e o precedente deve ser aplicado. Por outro lado, não havendo identidade entre os casos, ou se a identidade se restringir a fatos que fizerem parte das *obiter dicta*, então há distinção, sendo possível<sup>29</sup> afastar a incidência do precedente.

A exata definição da *ratio decidendi* é um problema antigo que até hoje é objeto de controvérsia, mesmo no *common law*. Há muitos casos nos quais sua definição é bastante difícil. Parte da dou-

---

27 ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: *Direito jurisprudencial*, edição Kindle, cap. 4.

28 *Ibidem*.

29 Afirma-se ser “possível” porque nem sempre a distinção afastará o precedente. Há casos em que a distinção implicará apenas um ajuste, ampliando ou diminuindo “o âmbito de incidência do precedente” (PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. RePro vol. 248, p. 331-355. Out/2015).

trina exemplifica com dois casos do Direito inglês: *Barwick v. The English Joint Stock Bank* [1866] e *Lloyd v. Grace, Smith & Co* [1912]<sup>30</sup>.

A controvérsia dizia respeito à responsabilidade civil de pessoa jurídica por ato de um de seus empregados no exercício do trabalho. No caso que formou o precedente (*Barwick v. The English Joint Stock Bank*), o cliente *Barwick* teve acolhido um pedido indenizatório contra o banco em razão de uma fraude. Dois fatos constaram expressamente da decisão que concluiu pela responsabilidade do banco: 1) O empregado do banco praticou uma fraude contra o cliente; 2) o banco teve benefício – vantagem financeira – com a fraude.

No caso seguinte (*Lloyd v. Grace, Smith & Co*), *Lloyd* foi induzido em fraude pelo empregado de um escritório de advocacia. Ocorre que, diferente do que ocorreu no caso precedente, no caso subsequente o empregador não lucrou com essa fraude.

A pergunta é: o precedente se aplica ou não ao caso seguinte?<sup>31</sup>

Se o segundo fato que constou da decisão do precedente – benefício para o empregador – integrar sua *ratio decidendi*, então há distinção, e o precedente deve ser afastado, sem que o escritório de advocacia seja responsabilizado. Isso porque o empregador teve lucro somente no primeiro caso, mas não no segundo.

Por outro lado, se a ocorrência de benefício para o empregador configurar *obiter dictum*, então há subsunção, e o escritório de advocacia, assim como ocorreu com o banco, deve indenizar seu cliente, já que em ambos os casos houve uma fraude praticada pelo empregado em serviço.

O pedido de *Lloyd* foi acolhido e o precedente aplicado, tendo o juiz de primeiro grau considerado que o fato de o empregador ter se beneficiado constituiu *obiter dictum*. A corte de apelação, no entanto, reformou a decisão, concluindo que o lucro

30 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, edição Kindle, cap. 2.6; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Precedentes e evolução do direito*. In: *Direito jurisprudencial*, edição Kindle, cap. 4. Ambos os autores extraem o exemplo da obra: Cross, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 43.

31 Se tal situação ocorre hoje no Brasil, a solução se dá com base no art. 932, III, do Código Civil. Contudo, o exercício proposto deve levar em consideração que os fatos se deram em um sistema de *common law*, onde os precedentes, e não a lei, constituem a fonte primária do Direito.

do empregador fazia parte da *ratio decidendi* e havia distinção. Por fim, a *House of Lords* restabeleceu a decisão do juiz de primeiro grau, afirmando que o benefício do banco no caso precedente não integrava a *ratio decidendi*<sup>32</sup>.

O exemplo demonstra como é difícil estabelecer os fundamentos determinantes de uma decisão vinculante. Para guiar essa definição, são bastante citados o *teste de Wambaugh* e o *método de Goodhart*.

Para Eugene Wambaugh, o fundamento determinante seria aquele sem o qual o julgamento seria diverso<sup>33</sup>. O teste é criticado por ser falho quando há fundamentos determinantes alternativos. Isto é, se dois ou mais fundamentos, separadamente, levarem à mesma conclusão, todos eles serão considerados *obiter dicta*, apesar de serem, em verdade, *ratio decidendi*<sup>34</sup>.

O método de Goodhart, por sua vez, “dá maior ênfase aos fatos do que o teste de Wambaugh”<sup>35</sup>. Arthur Goodhart defendeu que a *ratio decidendi* é formada pelos fatos que foram considerados *materiais* na decisão que formou o precedente<sup>36</sup>, o que pode ser entendido como os *fatos essenciais* que serviram de base para a solução jurídica<sup>37</sup> adotada pelo precedente vinculante. Os fatos *imateriais*, portanto, não integrariam a *ratio decidendi*.

Alexandre de Freitas Câmara expõe as regras que Goodhart considerou para definir quais são os fatos *materiais* e *imateriais* em uma decisão:

“todos os fatos acerca de pessoas, tempo, lugar, tipo e quantidade são imateriais, salvo se expressamente indicado o contrário; se a fundamentação não faz alusão aos fatos, então to-

32 Como explica Luiz Guilherme Marinoni (*Precedentes obrigatórios*, edição Kindle, cap. 2.6), citando a obra onde o exemplo foi originalmente registrado: Cross, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 43.

33 WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2. Ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894, p. 17 e ss., apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, edição Kindle, cap. 2.1.

34 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, edição Kindle, cap. 2.1.

35 *Ibidem*.

36 GOODHART, Arthur. *Determining the ratio decidendi of a case*. *Yale Law Journal*, vol. 40, 1930, apud CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*, edição Kindle, cap. 5.5.

37 CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*, edição Kindle, cap. 5.5.

dos os fatos indicados no relatório devem ser considerados materiais; se a fundamentação faz alusão aos fatos, então eles devem ser apreciados como fixados na fundamentação, não podendo esta fixação ser contrariada pelo relatório; se a fundamentação omite um fato que aparece no relatório, isto terá resultado de descuido ou de se ter implicitamente considerado aquele fato como imaterial, devendo-se presumir esta segunda possibilidade se não há elementos que demonstrem que houve descuido; todos os fatos que o juiz especificamente afirmar serem imateriais devem ser assim considerados; todos os fatos que o juiz implicitamente tratar como imateriais assim devem ser tratados; todos os fatos que o juiz especificamente tratar como materiais assim devem ser considerados; se a fundamentação não distingue entre fatos materiais e materiais então todos os fatos expostos devem ser considerados materiais; se em um caso há opiniões divergentes que concordam quanto à conclusão, mas diferem sobre os fatos materiais, então o princípio do caso é limitado à soma de todos os fatos reputados materiais pelos juízes; uma conclusão baseada em um fato hipotético, assim considerado aquele cuja existência não tenha sido determinada ou aceita pelo juiz, não integra o princípio”<sup>38</sup>

O método de Goodhart parece ser o mais completo, tornando-se “a base de todas as investigações posteriores acerca do tema no *common law*”<sup>39</sup>. Ainda assim, trata-se de um método teórico e, por mais detalhado que seja, sua aplicação prática pode ser difícil e complexa.

Neste ponto do estudo, surge a questão principal: quem define os fatos considerados essenciais e, por consequência, a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) da decisão vinculante? Seria o órgão jurisdicional que formou o precedente ou aqueles que o interpretam nos casos posteriores?

A questão parece ter relevância prática. Caso a *ratio decidendi* seja definida apenas pelo órgão jurisdicional criador do precedente, os magistrados que operam em casos posteriores têm uma atuação muito limitada na técnica da distinção. Por

---

38 *Ibidem*.

39 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, edição Kindle, cap. 2.1.

outro lado, caso sejam eles próprios que definam a *ratio decidendi*, a atuação dos julgadores no procedimento de distinção será bastante ampliada.

Nenhum dos dois extremos parece ser correto. Filia-se à corrente intermediária, assim explicada por Ravi Peixoto:

“A delimitação da *ratio decidendi* será realizada pelos julgados posteriores, atuando aquele julgado original como um parâmetro inicial do texto a ser interpretado. Ou seja, há um trabalho conjunto tanto da Corte competente para estabelecer o precedente, como dos demais julgados que vão interpretar aquele texto e incorporar novos elementos à *ratio decidendi*. Não se tem nem um domínio completo por parte da Corte que emitiu o precedente originário e nem uma liberdade absoluta nos julgados posteriores que o interpretam. As correntes que se inserem nos extremos não conseguem abarcar a riqueza da dinâmica dos precedentes (...)”<sup>40</sup>.

E aqui retornamos à análise do REsp 1.339.313/RJ. Na fundamentação do acórdão, ficou expressamente consignado o fato de que no caso precedente não havia tratamento do esgoto. Mesmo assim poderia ser cobrada a tarifa em razão da prestação das outras etapas do serviço. Portanto, seguindo o método de Goodhart, é possível afirmar que são fatos *materiais* (ou *essenciais*) que serviram de base à solução jurídica, e por isso integram a *ratio decidendi* da decisão paradigma: (i) a *ausência do tratamento de esgoto*; e (ii) a *prestação das outras etapas do serviço de esgotamento sanitário*.

O fato essencial que mais nos interessa no momento é a *ausência de tratamento de esgoto*. Há três trechos extraídos da fundamentação que fazem referência a esse fato considerado essencial, a seguir expostos:

1) a fundamentação consignou que o recurso gira em torno da possibilidade da cobrança de tarifa de esgoto quando “a concessionária apenas realiza a coleta e o transporte dos dejetos, sem promover o tratamento sanitário do material antes do deságue”;

---

40 O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. RePro vol. 248, p. 331-355. Out/2015

2) constou da fundamentação também que “*o fato de não estar sendo feito o tratamento dos dejetos, antes deles serem lançados em rios não impede a cobrança da tarifa, eis que a remuneração há de ser devida como contraprestação pela instalação, operação e manutenção da infra-estrutura de coleta e descarga do esgoto*” – tal infraestrutura se refere às galerias de águas pluviais e ligações de esgoto, de acordo com o que constou no relatório;

3) por fim, registrou-se na fundamentação que “*o tratamento final dos efluentes [não realizado] é uma etapa posterior e complementar, de natureza sócio-ambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público*”.

A questão é: no terceiro trecho acima indicado e extraído da fundamentação, ao utilizar a expressão “*tratamento final*”, o precedente diferenciou tratamento *final* de tratamento *primário*?

Um breve esclarecimento é necessário. O tratamento de esgotos é realizado em níveis, os quais podem ser assim divididos, conforme o grau de remoção de poluentes: a) preliminar; b) primário; c) secundário; d) terciário. Nos dois primeiros níveis, que correspondem respectivamente a etapas de tratamento inicial e intermediária, o tipo de tratamento predominante é físico, com a remoção de sólidos grosseiros e sedimentáveis, além de matéria orgânica sedimentável.

Já nos dois últimos níveis, que correspondem a uma etapa final, o tipo de tratamento predominante é biológico, podendo também ser químico e físico no nível terciário, objetivando a remoção de sólidos e matéria orgânica não sedimentáveis, nutrientes e compostos inorgânicos dissolvidos, os últimos apenas no nível terciário. Um tratamento completo exige ao menos o nível secundário, e eventualmente o nível terciário<sup>41</sup>.

---

41 TARDIVO, Maurício. *Considerações sobre o monitoramento e controle de parâmetros físicos, químicos e biológicos de estações de tratamento de esgotos e proposta para sistema integrado de gestão com enfoque ambiental, controle de qualidade, segurança e saúde*. (Doutorado em Ciências). Instituto de Química de São Carlos, USP. 2009. p. 6-7. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/75/75132/tde-25082009-084127/publico/MauricioTardivoR.pdf>. Acesso em 19/06/2021.

Dito isso, voltemos aos questionamentos. A definição fática da *ratio decidendi* seria a ausência do tratamento de esgoto em *qualquer nível*? Ou seria a ausência do tratamento *final* de esgoto, mas com tratamento *primário*?

O termo “final” após a palavra “tratamento” seria apenas um *obiter dictum*?

Há distinção se em casos concretos posteriores a concessionária não realiza o tratamento primário, lançando em rios sólidos e matéria orgânica sedimentáveis do esgoto?

Saliente-se que não se trata aqui da hipótese fática de ausência de coleta ou transporte do esgoto. Nesse caso a distinção é clara e evidente. A hipótese fática aqui examinada ocorre quando o esgoto é coletado, transportado e despejado no meio ambiente, mas sem tratamento primário.

A primeira conclusão possível é a de que não há distinção. Em momento algum o precedente tratou expressamente dos níveis de tratamento de esgoto. Desse modo, quando o precedente definiu ser possível a cobrança da tarifa sem tratamento, se referiu a qualquer nível de tratamento. Assim, não caberia ao intérprete fazer diferenciação de níveis de tratamento não abordados pela decisão paradigma. Essa conclusão parece estar relacionada à ideia de que somente o órgão jurisdicional que criou o precedente pode definir sua *ratio decidendi*. Não poderiam os julgamentos posteriores incluir elementos inexistentes no julgamento originário.

Outra conclusão possível, no entanto, seria reconhecer a distinção quando não houver o tratamento primário dos dejetos. Apesar de o caso paradigma não abordar expressamente os níveis de tratamento, essa diferenciação se tornou possível porque a fundamentação do precedente fez referência expressa ao “tratamento final”, querendo com isso dizer que algum tipo de tratamento inicial seria necessário existir, mas não seria exigível o tratamento completo, no nível secundário (e terciário), o qual seria complementar e objeto de tratativa entre a concessionária e a administração pública direta. Tal conclusão parece conectada

ao entendimento de que julgados posteriores podem auxiliar na definição da *ratio decidendi*, incluindo a ela novos elementos para fins de diferenciação. No caso, o novo elemento seria o conceito de tratamento primário.

A esse respeito, em um caso concreto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acolheu pedido de repetição de indébito da tarifa de esgoto consignando expressamente na decisão que *“a concessionária apelante não efetua o tratamento primário antes de despejar os dejetos na galeria de águas pluviais, conduzindo-os até o rio Pavuna”*<sup>42</sup>.

Em outro caso, a decisão foi no mesmo sentido. O Tribunal do Rio determinou que a concessionária se abstenha de cobrar a tarifa de esgoto, registrando na decisão que *“o inquérito civil foi conclusivo no sentido de que os efluentes são direcionados para galeria de águas pluviais sem o necessário tratamento”*<sup>43</sup>.

Em ambos os casos houve interposição de recurso especial.

No primeiro, em que restou consignado expressamente que não houve tratamento primário antes do despejo do esgoto no rio Pavuna, a Ministra Regina Helena Costa prolatou decisão monocrática dando provimento ao recurso, afirmando que *“o acórdão recorrido contrariou entendimento consolidado nesta Corte no sentido de que é legal a cobrança da tarifa de esgoto quando ausente o tratamento final dos dejetos”*<sup>44</sup>. Posteriormente, a decisão foi mantida pelo colegiado da 1ª Turma em votação unânime<sup>45</sup>. Verifica-se, portanto, que a 1ª Turma do STJ não considera a ausência de tratamento primário como fator de distinção.

O segundo caso, por outro lado, foi julgado pela 2ª Turma do STJ, que manteve a decisão da corte local e reconheceu a distinção por ausência de tratamento primário, argumentando que *“descabe cobrar por esgoto não coletado ou despejado in natura nas galerias pluviais”*. Assinalou ainda que:

42 Apelação 0013063-22.2012.8.19.0211, Rel. Des. Luiz Roberto Ayoub, j. 10/07/2019, 24ª Câmara Cível.

43 Apelação 0001221-16.1996.8.19.0014, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 10/04/2018, 22ª Câmara Cível.

44 REsp 1894138/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa (1ª Turma), Decisão Monocrática em 12/11/2020.

45 AgInt nos EDcl no REsp 1894138/RJ. Decisão em 26/04/2021.



“(…) não foi intuito do Recurso Repetitivo (REsp 1.339.313/RJ) transformar inadmissível ilícito antissanitário, antiam biental e anticonsumerista em lícito contratual remunerado, pois **não se equivalem, de um lado, o uso das galerias pluviais para escoamento de esgoto tratado e, do outro, a poluição das galerias pluviais, dos rios e do mar com efluentes sem qualquer forma de tratamento, nem mesmo primário.** Essa a (correta) leitura que se deve fazer do Repetitivo, no ponto em que alude à possibilidade de utilização de galerias pluviais. Em outras palavras, seu emprego se legitima somente quando os efluentes nelas lançados estão devidamente tratados, etapa fundamental do chamado saneamento básico, não bastando o mero recolhimento e descarte (...)”<sup>46</sup> (destaque inexistente no original)

Como se observa, as turmas do STJ que compõem a 1ª Seção possuem entendimentos opostos quanto à existência ou não da distinção quando ausente o tratamento primário do esgoto. Para a 1ª Turma, o fato essencial que forma a *ratio decidendi* do precedente é a *ausência de tratamento de esgoto em qualquer nível*. Já para a 2ª Turma, o fato material que integra o fundamento determinante é a *ausência de tratamento final, mas desde que haja tratamento primário*.

Em algum momento a 1ª Seção ou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ou mesmo o Supremo Tribunal Federal, deverão delimitar definitivamente a *ratio decidendi*. Entretanto, a análise do tema pelas Cortes Superiores nesse grau de profundidade só será possível após a interpretação realizada pelos operadores do Direito nos diversos casos concretos posteriores.

O entendimento da 2ª Turma prevalecerá? A ausência de tratamento primário justificará a distinção? Ou será considerada uma distinção inconsistente, uma superação disfarçada de distinção, uma “*deturpação da técnica da distinção*”<sup>47</sup>?

46 AgInt no REsp 1832255/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 22/04/2020, DJe 05/05/2020

47 Sobre distinções inconsistentes, ver PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. RePro vol. 248, p. 331-355. Out/2015.

Na data em que o presente artigo é escrito, ainda não é possível prever o desfecho. Mas certo é que os fatos essenciais que compõem os fundamentos determinantes não foram completamente definidos no precedente e ainda estão em construção, sendo aos poucos delimitados pelos julgamentos posteriores. Ou seja, a definição da *ratio decidendi* vem ocorrendo conjuntamente pelo Tribunal que criou o acórdão vinculante e pelos advogados e juízes que interpretam e lidam com a decisão paradigma nos casos ulteriores.

## 5. CONCLUSÃO

A técnica da distinção (*distinguishing*) consiste em afastar a incidência de um precedente vinculante após reconhecer uma situação fática particularizada no caso concreto, o que exige do operador do Direito uma atividade de comparação dos fatos do caso posterior com os fatos essenciais (ou materiais) que determinaram a solução jurídica exposta no acórdão vinculante.

Os fatos essenciais do caso precedente são encontrados não apenas nas conclusões e ementa do julgado, mas principalmente na fundamentação da decisão colegiada (e eventualmente no relatório), incluindo todos os votos, inclusive os eventualmente vencidos.

A distinção não se confunde com a superação (*overruling*). Se o intérprete reexaminar os fundamentos já enfrentados na decisão vinculante, não praticará atos típicos da técnica da distinção, mas sim da superação, buscando afastar o precedente em razão de seus fundamentos equivocados ou ultrapassados.

Isso ocorreu nos casos em que se afastou o REsp 1.339.313/RJ sob o argumento de que o precedente tratou da hipótese específica de devolução integral da tarifa de esgoto, mas não teria abordado a possibilidade de sua redução proporcional. Em verdade, a tese da cobrança proporcional foi enfrentada, integrando inclusive voto vencido da decisão colegiada. Insistir nessa tese configura superação, não distinção.

Na atividade de comparação dos fatos, para que se possa concluir pela identidade essencial ou distinção entre os casos, é

preciso encontrar a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) da decisão vinculante, que será composta pelos fatos considerados *essenciais* (ou *materiais*) pelo órgão jurisdicional formador do precedente para chegar à solução jurídica.

Contudo, nem sempre é possível identificar com clareza esses fatos considerados essenciais. Assim, na prática, a delimitação dos fundamentos determinantes se dá de forma conjunta pelo Tribunal criador do acórdão vinculante, bem como pelos advogados e magistrados que postulam e decidem sua aplicação ou rejeição nos casos em que atuam. Isto é, a exata definição da *ratio decidendi* é formada tanto pela redação da decisão colegiada vinculante, quanto pela interpretação e aplicação dela nos casos seguintes.

Isso resta demonstrado na dinâmica do REsp 1.339.313/RJ. O precedente foi criado em 2013 e até hoje não se sabe exatamente se os fatos essenciais que definem seus fundamentos determinantes são a ausência de tratamento de esgoto em qualquer nível ou a ausência de tratamento final dos dejetos, mas com o necessário tratamento primário. A exata definição se dará a partir de julgados posteriores, não pelo julgado original.

O sistema de precedentes tem funções importantes para a sociedade, especialmente a efetivação de princípios como a isonomia, segurança jurídica, economia processual e duração razoável dos processos. Por isso é importante que o órgão jurisdicional elabore acórdãos com a maior clareza possível e que o precedente tenha ampla participação dos interessados em contraditório para que suas argumentações sejam consideradas e auxiliem a construção do precedente que servirá como espécie de norma jurídica.

Com efeito, o precedente vinculante deve indicar sempre que possível, de forma objetiva, todos os fatos essenciais que determinaram a solução jurídica com a adequada profundidade do tema examinado. Assim, quanto mais clara, completa e objetiva for a fundamentação no precedente, mais simples será a atividade de interpretação e em maior grau serão efetivados os princípios mencionados.

Contudo, assim como o legislador não consegue prever todos os fatos possíveis quando elabora as leis, os participantes do procedimento criador dos precedentes também não conseguirão prever e debater toda a gama de possibilidades fáticas futuras, especialmente em uma sociedade cada vez mais complexa, plural e informatizada. Desse modo, é inevitável que os sujeitos processuais dos casos concretos posteriores sejam também atores, e não meros espectadores, nesse processo de delimitação da *ratio decidendi*. E isso é positivo. Permite que o Direito seja não apenas previsível, mas também adaptável à complexidade social formada por tantas variáveis fáticas.

## REFERÊNCIAS

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). *Direito jurisprudencial*. Edição Kindle. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Edição Kindle. São Paulo: Atlas, 2018.

FOCH, Fernando. Esgotamento sanitário limitado a coleta, transporte e despejo *in natura*. Inexigibilidade da exação. Uma análise do REsp 1.339.313/RJ. *Revista da EMERJ*, v. 17, n. 65, p. 83-138, Mai-Ago/2014.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. *Revista de Processo*. RePro vol. 258. Ago/2016.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents. a comparative study*. Edição Kindle. England: Routledge, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Edição Kindle. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). *Direito jurisprudencial*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. RePro vol. 248, p. 331-355. Out/2015

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Uniformização decisória nas demandas coletizáveis: entre o *common law* e o *civil law*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). *Direito jurisprudencial*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARDIVO, Mauricio. *Considerações sobre o monitoramento e controle de parâmetros físicos, químicos e biológicos de estações de tratamento de esgotos e proposta para sistema integrado de gestão com enfoque ambiental, controle de qualidade, segurança e saúde* (Doutorado em Ciências) - Instituto de Química de São Carlos, USP. São Carlos, 2009, p. 6-7. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/75/75132/tde-25082009-084127/publico/MauricioTardivoR.pdf>. Acesso em 19/06/2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

# Repensando a Prova Emprestada no Processo Penal – Da Admissão à Valoração

**Antonio Carlos Pontes**

*Curso Faculdade de Direito na UNESA e Letras na UNIRIO. Atualmente é professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Autor de livros e artigos jurídicos.*

**SUMÁRIO:** 1. Conceito e natureza jurídica da prova emprestada 2. Requisitos de admissibilidade 2.1. Prova produzida em processo formado pelas mesmas partes 2.2. Prova produzida sob contraditório 2.2.1 Conclusão acerca da admissibilidade da prova emprestada perante as mesmas partes e produzidas sob contraditório 2.3. Prova produzida perante o mesmo juiz natural 2.4. O fato probando deve ser o mesmo em ambos os processos 3. O valor da prova emprestada 4. Cadeia de custódia da prova emprestada 5. A prova emprestada no projeto do novo CPP 6. Conclusão 7. Referências bibliográficas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prova emprestada. Requisitos. Admissão e Valoração. Contraditório.

## 1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA PROVA EMPRESTADA

O conceito de prova emprestada não é novidade em nosso ordenamento nem comporta grandes dificuldades de compreensão. É aquela prova produzida em um processo ou procedimento anterior e depois transportada documentalmentemente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto.

Desse conceito, extrai-se a sua natureza jurídica de prova documental, não pelo seu valor ou por seu meio de produção originário, mas sim pela forma como foi trasladada para o segundo processo que se pretende utilizar por empréstimo.

Frise-se, e isso será abordado com mais detalhes adiante, que o seu valor probatório corresponde à sua forma genética, tal como produzido no primeiro processo ou procedimento. A sua natureza documental, repita-se, leva em consideração apenas a forma de transporte da prova de um processo para o outro e nada mais.

A admissão da prova emprestada encontra respaldo no princípio da economia processual, que, ao fim e ao cabo, nada mais é do que um corolário do princípio constitucional da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da CRFB/88<sup>1</sup>, garantindo celeridade à prestação jurisdicional.

Contudo a grande dificuldade que se impõe na utilização da prova emprestada é que não há qualquer dispositivo normativo que a regulamente no âmbito do processo penal<sup>2</sup>, seja estipulando seus requisitos, seja dispondo sobre suas consequências e sua admissibilidade, o que acaba por ficar a cargo da doutrina e jurisprudência<sup>3</sup>. Ocorre que sempre que se está diante de uma situação como essa, invariavelmente reina a divergência de entendimentos<sup>4</sup>.

1 Em igual sentido, caminha a jurisprudência do STJ: “A admissão da prova emprestada decorre da aplicação dos princípios da economia processual e da unidade da jurisdição, almejando máxima efetividade do direito material com mínimo emprego de atividades processuais, aproveitando-se as provas colhidas perante outro Juízo. Pode-se dizer, ainda, que a admissibilidade da prova emprestada hodiernamente também encontra amparo na garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), inserida como direito fundamental pela Emenda Constitucional n. 45 (Reforma do Judiciário), porquanto se trata de medida que visa a dar maior celeridade à prestação jurisdicional”. (EDcl no AgRg no REsp 1343856/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016).

2 Mesmo o Código de Processo Civil de 2015 contém apenas um artigo sobre o tema e se limita a determinar a observância do contraditório: “Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Não há qualquer óbice à aplicação analógica na seara processual penal (art. 3º do CPP). O problema, todavia, persiste, porquanto o artigo não diz muito, ou quase nada.

3 Diferentemente do *Codice de Procedura Penale* italiano, que regulamenta a prova emprestada em seu artigo 238.

4 Há quem, de forma extrema, vede por completo a possibilidade de prova emprestada no processo penal, por entender que a violação ao juiz natural e ao contraditório é insuperável. Nesse sentido, e de forma minoritária na doutrina: “Por fim, tem-se o princípio do juiz natural, a impedir, por exemplo, o aproveitamento de qualquer ato processual instrutório que tenha sido presidido ou determinado por outro juiz

## 2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

O ponto nevrálgico deste trabalho cinge-se à abordagem dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada. Isso porque uma das juristas pioneiras a analisar o tema no direito pátrio, professora Ada Pellegrini Grinover, traz uma quantidade de requisitos tão abundante, que praticamente impede o seu uso no processo penal. Com isso, doutrinadores mais modernos e ainda a jurisprudência dos Tribunais Superiores vêm abrاندando o número de exigências e tornando viável a utilização, na prática, da prova emprestada.

Nada obstante a reformulação desses requisitos, fato é que ainda não se tem uma doutrina consolidada e concatenada no estabelecimento de quantos e quais são eles, pelo que este estudo analisa os principais tópicos dessas vicissitudes.

Em primeiro plano, elenca-se os requisitos estipulados pela professora Ada Pellegrini Grinover para garantir a sua lícita admissibilidade no processo<sup>5</sup>. São eles: 1) a prova deve ter sido produzida em processo originário formado pelas mesmas partes do segundo; 2) a prova deve ter sido produzida licitamente em ambos os processos e respeitando todos os princípios constitucionais a ela inerente, mormente o contraditório; e 3) a prova deve ter sido produzida perante o mesmo juiz natural dos processos. Acresça-se, ainda, outro requisito comumente encontrado na doutrina, qual seja, 4) que o fato probando seja o mesmo em ambos os processos<sup>6</sup>.

Passamos à análise de cada um deles individualmente.

### 2.1 Prova produzida em processo formado pelas mesmas partes

Talvez seja esse o requisito de maior divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema em apreço. Isso porque, há

---

que não o juiz competente para o processo. De igual modo, e pelas mesmas razões, não pode ser admitida, em processo penal, a chamada prova emprestada, mesmo que tenha sido produzida num outro processo, com as mesmas partes, e com as garantias do contraditório e ampla defesa." (DÜCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 405)

5 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Prova emprestada. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 62.

6 Por todos, RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 404.



corrente doutrinária que exige, de forma bastante restrita, que a prova emprestada somente pode ser admitida se produzida em processo em que figuram nos seus polos, quer ativo, quer passivo, exatamente as mesmas partes principais.

Vaticina a professora Ada Grinover que: “o primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes”<sup>7</sup>. Ainda nesses mesmos termos, o Des. Guilherme Nucci ensina que: “é preciso respeitar o contraditório e a ampla defesa, somente se podendo admitir a introdução legítima da prova emprestada se as partes participaram da sua formação em feito diverso”<sup>8</sup>.

Esse entendimento, com a devida vênia, praticamente inviabiliza a produção da prova emprestada, devendo ser ponderado sem, contudo, perder o foco do direito ao contraditório das partes.

Assim é que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88) exigem que as provas sejam produzidas imediatamente perante aqueles que serão atingidos por seus efeitos. Dessa forma, ainda que não haja identidade plena entre as partes dos processos originário e secundário, é preciso que, ao menos, a parte que será afetada tenha figurado em algum dos polos de ambas as ações.

Em defesa desse entendimento, o professor Gustavo Badaró leciona ser “necessário que em ambos os processos o contraditório tenha se desenvolvido entre as mesmas partes ou, pelo menos, que no processo originário tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova emprestada”<sup>9</sup>. Seguindo mesma diretriz: “a maioria da doutrina admite a possibilidade de utilização da prova emprestada desde que aquele contra quem ela será utilizada tenha participado do processo onde tenha sido obtida”<sup>10</sup>.

7 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 62.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 33.

9 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 442.

10 DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 614.

Exemplificamos: em uma ação de guarda de uma criança que tramitou na vara de família, foi produzida prova pela genitora no intuito de provar que o genitor do menor a abandonou, deixando de cuidar dela e de alimentá-la. Por sua vez, na ação penal pública, movida posteriormente pelo Ministério Público contra esse pai, pelo crime de abandono material (art. 244 do Código Penal), será possível utilizar a prova produzida contra ele no processo civil.

Veja que não há uma identidade total de partes, uma vez que na ação familiar figuram como autor e réu a mãe e o pai da criança, enquanto que no processo criminal serão partes o Ministério Público e o pai. Todavia aquele que suportará os efeitos da prova, no caso o genitor/réu, figurou em ambos os processos e pôde contraditá-las oportunamente.

No exemplo supracitado, a parte que será alcançada pela prova em nenhum momento teve seu contraditório violado, uma vez que participou da produção probatória – e a contraditou – tanto no processo de origem quanto naquele que a receberá de forma emprestada.

No direito alienígena também se vislumbra a solução supra-explicitada. Eis as palavras de Kai Ambos analisando a situação, sob a perspectiva do direito germânico: “para nós, nenhuma dificuldade haverá, em se tratando do mesmo acusado nos dois processos, tendo sido aquela prova obtida mediante o crivo do contraditório, podendo, assim, ser utilizada a interceptação como prova emprestada”<sup>11</sup>.

Durante anos, esse foi o entendimento consolidado do nosso Superior Tribunal de Justiça em relação à prova emprestada, tanto no processo penal como também em processos extrapenais<sup>12</sup>. Trata-se do melhor entendimento que não inviabiliza por

11 AMBOS, Kai. e LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 177.

12 “(...) 9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório.

No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto

completo a utilização da prova emprestada, mas não vulnera em nenhum momento o contraditório e a ampla defesa da parte afetada pela prova.

Ocorre que houve uma guinada jurisprudencial, e atualmente o mesmo STJ vem admitindo reiteradamente a prova emprestada, mesmo que no processo de origem não tenha figurado como parte nenhuma das partes do processo secundário para o qual será trasladada a prova<sup>13</sup>.

O caso concreto, de forma adaptada para servir como exemplo didático: Henrique figurou como réu no processo 01 e, durante a instrução, foi interceptada a sua comunicação telefônica. Por meio dessa interceptação, captou-se conversa em que Henrique dialoga com Carlos acerca do crime investigado. Nesse processo 01, Henrique é condenado. Posteriormente, o Ministério Público denuncia Carlos no processo 02 e junta, como prova emprestada, a degravação da conversa oriunda da interceptação realizada no processo 01. Ou seja, Carlos não figurou como parte no processo 01 e será afetado pela prova produzida naquele processo. Como se tratou de uma hipótese de encontro fortuito de provas (serendipidade), o STJ entende que a prova emprestada poderá ser utilizada no processo 02, ainda que o réu desse processo não tenha participado do processo 01.

Assim sendo, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça vem atropelando toda a doutrina especializada no assunto, para remover dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada a necessidade de que a pessoa atingida pela prova do segundo processo deva ter participado no contraditório do primeiro processo.

---

é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo". (EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014).

13 ("...") 6. Não prosperam as alegações de que é nula a interceptação telefônica realizada no inquérito policial originário, autorizada pela Justiça Federal, e de que se cuida da utilização de prova emprestada não relacionada às mesmas partes, pois se trata do fenômeno do encontro fortuito de provas, que consiste na descoberta imprevista de delitos que não são objeto da investigação, admitida pela jurisprudência deste Superior Tribunal. 7. Recurso em *habeas corpus* improvido". (RHC 50.011/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014). No mesmo sentido, na 5ª Turma: HC 477.012/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019.

O que se passa a analisar, nada obstante, é se essa posição do Superior Tribunal de Justiça é, de fato, violadora do princípio do contraditório. E, com isso, interliga-se o primeiro requisito com o segundo, para, após, concluirmos.

## 2.2. Prova produzida sob contraditório

A garantia do contraditório é fundamental porque a busca pela verdade encontra limites no processo, o que impede que ela seja alcançada de forma plena e absoluta. Nessa toada, para que se verifique a probabilidade lógica dos enunciados fáticos trazidos ao processo, é preciso submetê-los à possibilidade efetiva de contraposição ou contraprova da outra parte.

De um lado, milita a favor da defesa a institucionalização do poder de refutação da acusação<sup>14</sup>, e de outro, o próprio órgão persecutório deve contribuir com seus argumentos para formação da convicção do juiz (verificabilidade da hipótese acusatória).

De conformidade com o contraditório, para que uma hipótese seja considerada verdadeira, ela deve ser confrontada com argumentos e/ou provas contrários, resistindo e garantindo a lógica dos dados virtualmente disponíveis no processo.

Friso que o direito positivo cada vez mais realça o papel do contraditório no processo, que antes era visto apenas sob o binômio informação/reação, e agora é entendido pelo trinômio informação/reação/influência. A esse respeito, menciono o art. 10 do CPC/15, que instalou verdadeiro *contraditório participativo*, senão vejamos: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Por se tratar de norma materialmente constitucional, principiológica que é, não há óbices à sua aplicabilidade ao processo penal, ou, pelo menos, pelo uso da analogia, como autoriza o artigo 3º do CPP.

14 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

Contudo é preciso estabelecer uma crucial distinção entre a prova constituída (ou pré-constituída) e a prova constituenda, cujo momento da produção, e conseqüentemente, da observância do contraditório é distinto, o que afeta integralmente o objeto deste estudo<sup>15</sup>.

A *prova pré-constituída* é aquela produzida antes de ser trazida ao processo (extraprocessual), como, por exemplo, uma perícia ou um documento. Veja que, nessas hipóteses, as provas não são concebidas dentro do processo, mas sim fora dele, e apenas posteriormente à sua confecção é que são juntadas aos autos. Com isso, nota-se que o contraditório nas provas pré-constituídas se dá no momento da valoração, *a posteriori*, e não por ocasião da sua produção. Por isso, chama-se “contraditório fraco”, já que não são produzidas em contraditório, mas sim submetidas ao contraditório em fase vindoura.

Fortalecendo essa ideia, Vitor de Paula Ramos afirma, em relação ao contraditório da prova documental, que: “é em geral limitado ao próprio documento e o seu conteúdo, possibilitada a contraprova”<sup>16</sup>. Tal limitação acontece justamente porque à outra parte cabe apenas a manifestação acerca de um documento já produzido e juntado aos autos.

Diametralmente oposta é a *prova constituenda*, que é aquela produzida dentro do processo, como, por exemplo, uma prova testemunhal ou o interrogatório do réu. Nessas hipóteses, a prova é engendrada em contraditório direto e imediato perante o julgador e as partes, por isso é alcunhado de “contraditório forte”<sup>17</sup>.

Essa distinção é crucial em suas conseqüências<sup>18</sup>. Isso porque, no caso das provas pré-constituídas, não há participação dialógica ou combativa na sua produção. A prova é produzida extraprocessualmente, e a parte apenas a analisa posteriormente

15 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 437.

16 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 40.

17 UBERTIS, Giulio. *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, In UBERTIS, Giulio. *Argumenti di procedura penale II*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 17.

18 Como bem ponderou o professor Gustavo Badaró: “A diferença de regime de produção leva também a uma diversidade do próprio regime de admissão de tais provas” (BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 198).

e se lhe garante o direito de rebatê-la. Nessas hipóteses, não há qualquer óbice em que se utilize uma prova emprestada em um processo secundário, oriunda de um processo originário que o réu não figurou como parte<sup>19</sup>.

Não há barreira legal, muito menos epistemológica, em se permitir que o contraditório *a posteriori*, que em nada interferirá na produção da prova, apenas na valoração, seja feito diretamente no processo secundário pelas partes desse processo. Até porque a valoração da prova em relação a Carlos (usando o exemplo do item anterior) somente será feita pelo julgador, por óbvio, do processo em que Carlos for réu.

Diferente é a hipótese da prova constituenda. Essa conta com o contraditório das partes já no momento da sua produção, de forma que admitir a prova emprestada sem oportunizar que a parte do processo secundário tenha se manifestado oportuna e imediatamente na produção da prova no processo primário é aceitar uma prova produzida com violação flagrante da garantia constitucional do contraditório.

### **2.2.1 Conclusão acerca da admissibilidade da prova emprestada perante as mesmas partes e produzidas sob contraditório**

Com isso, conclui-se que a prova emprestada deve ter como requisito a obrigatoriedade de que a parte do processo secundário, que será afetada pela prova emprestada, tenha também figurado como parte no processo primitivo, desde que se trate de uma prova constituenda, produzida sob o “contraditório forte”. De outra banda, sendo um caso de prova pré-constituída, não há necessidade da identidade de partes nos processos, já que o “contraditório fraco” é naturalmente realizado posteriormente e poderá ser exercido no processo secundário<sup>20</sup>. No mesmo

19 Entendimento diverso, sem distinguir o momento do contraditório da prova e inadmitindo todas aquelas que não forem produzidas em contraditório já no primeiro processo, professa Tourinho Filho que: “a prova emprestada não submetida ao contraditório no processo para o qual foi trasladada não tem nenhuma valia, não podendo formar validamente a convicção do julgador”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237).

20 De maneira similar, Aury Lopes Jr. assevera que: “como regra, não há problema em utilizar documentos juntados em um processo para fazer prova em outro, até porque não há qualquer prejuízo para a acusação ou defesa (em havendo, o tratamento deve ser diverso)”. E continua, por outro lado: “Quanto à prova tes-

sentido, Nucci conclui que: “solução diversa iria ferir o devido processo legal”<sup>21</sup>.

Admite-se, de forma excepcional, que a prova constituída possa ser emprestada sem que tenha havido o contraditório, quando se tratar de forma irrepitível, ou seja, aquela que por algum motivo superveniente e imprevisível se perdeu com o tempo<sup>22</sup>. Exemplo: testemunho de uma pessoa que, apesar de saudável no momento do seu depoimento no primeiro processo, vem a falecer antes da sua oitiva no segundo processo. Trata-se, inclusive, de exceção à necessidade de a prova ser colhida em contraditório judicial, nos termos do artigo 155 do CPP<sup>23</sup>.

Por fim, voltando à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o caso trazido ao debate versava sobre uma prova pré-constituída (degravação de uma interceptação telefônica), razão pela qual não se vislumbra nenhuma violação de princípios constitucionais em seu teor.

### 2.3 Prova produzida perante o mesmo juiz natural

O terceiro requisito elencado pela doutrina mais rigorosa é a obrigatoriedade de a prova emprestada ter sido produzida perante o mesmo juiz natural do processo primário. Defende-se que o juiz do primeiro processo deve ser o mesmo julgador que irá valorar a prova emprestada do segundo processo, uma vez que o princípio da imediação da prova torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas para poder valorá-las devidamente<sup>24</sup>.

---

temunhal ou técnica tomada emprestada de processo diverso, a limitação é insuperável” (LOPES Jr. Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 616).

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 338.

22 Comungamos do mesmo entendimento de BADARÓ. Gustavo. *Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim 106, 2014. p. 177.

23 “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

24 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Prova emprestada. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 63.

Ocorre que há muito essa exigência já não se sustenta no ordenamento pátrio. Isso porque, como explicitado no tópico anterior, haverá submissão da prova emprestada ao princípio do contraditório no segundo processo, para o qual ela foi transferida. Assim sendo, o juiz natural do segundo processo terá o contato imediato com a prova, bem como com a refutação oferecida pela parte por ela afetada.

A imediação da prova: “consiste na contemporânea e contínua interação comunicacional entre juiz, partes e provas (pessoais), a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório(...)”<sup>25</sup>. A contemporaneidade, com efeito, deve ser verificada quando do ingresso da prova no processo, sendo certo que o juiz natural do segundo processo terá contato direto e imediato com a prova emprestada tão logo ela seja trasladada, bem como terá acesso ao contraditório imediatamente às manifestações das partes.

É de se dizer, juiz natural não significa identidade física do juiz, razão pela qual basta que a prova seja produzida perante o juiz natural do processo no qual ela foi extraída por empréstimo.

Avançando no tema, hodiernamente, é comum que se aceite a prova emprestada que sequer foi produzida perante um processo judicial, mas tão somente em um procedimento administrativo.

É o caso de elementos de informação produzidos em uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, nos termos do artigo 58, § 3º, da CRFB/88, que ao investigar um fato determinado, política e socialmente relevante, pode, posteriormente, emprestá-los a um processo criminal sem que haja qualquer óbice de índole legal e epistemológica para sua admissibilidade<sup>26</sup>. Salienta-se que, igualmente nessa hipótese, é preciso fazer a diferença entre prova pré-constituída e constituenda, somente a primeira sendo admitida.

---

25 GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 244.

26 BADARÓ, Gustavo. *Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim 106, 2014. p. 177.



Frise-se, nesse particular, que as comissões parlamentares de inquérito nada mais são do que investigações preliminares que dão suporte – justa causa – ao autor da ação penal, com as peculiaridades constitucionais previstas no artigo 58, § 3º, da CRFB/88. Dessa forma, não se vislumbra óbice para aceitação da prova emprestada de outras investigações preliminares, incluindo, o inquérito policial.

Com a mesma ordem de ideias, o professor Paulo Queiroz leciona que: “Também as “provas” produzidas no inquérito policial, especialmente as cautelares, antecipadas e irrepetíveis (CPP, art. 155) são passíveis de utilização nos autos de outro inquérito ou de processo, a exemplo de perícias, documentos etc”<sup>27</sup>. Isso se dá porque as provas irrepetíveis e cautelares têm expressa autorização legal para serem produzidas com contraditório diferido, nos termos do artigo 155 do CPP<sup>28</sup>, tese que, inclusive, conta com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal<sup>29</sup>.

E o inverso também é vislumbrável, ou seja, é possível que haja uma prova colhida em um processo judicial e emprestada para um procedimento administrativo, como um procedimento administrativo disciplinar – PAD, por exemplo. Esse exemplo, de tão pacífico na jurisprudência dos Tribunais, acabou por se tornar o verbete nº 591 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”.

O alvo das discussões que envolvia a edição dessa súmula era o meio de obtenção da prova da interceptação telefônica. Nos termos do artigo 5º, XII, da CRFB e do artigo 1º da Lei 9.296/96, a interceptação telefônica somente pode ser admitida mediante

---

27 QUEIROZ, Paulo. *Prova emprestada*. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/prova-emprestada/>. Acesso em 11 de julho de 2021.

28 No mesmo sentido, aceitando que a prova irrepetível colhida durante o inquérito policial possa ser usada como prova emprestada: LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 608. Igualmente: TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 864.

29 RHC 122806, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014.

autorização judicial “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Assim sendo, resta notório que, em um procedimento administrativo disciplinar, não se pode haver a interceptação telefônica. Ocorre que, muitas vezes, o réu de uma ação penal tem sua comunicação telefônica interceptada, licitamente, diga-se, e posteriormente a gravação dessa conversa é trasladada de forma emprestada para um eventual procedimento administrativo disciplinar de que ele seja parte. Alguns doutrinadores afirmavam que essa prova emprestada era ilícita, por se tratar de uma burla ao comando constitucional e legal, que proíbe a prova emprestada em casos que não sejam para ações ou investigações penais. Dentre seus expoentes, Geraldo Prado afirma que tal conduta “fere a metódica constitucional”<sup>30</sup>, já que a interceptação, para essa doutrina, é um estado excepcional no tempo em que sua liberdade resta atingida.

Venceu, todavia, na jurisprudência<sup>31</sup>, a tese da possibilidade de uso da prova emprestada nos PADs, uma vez que a limitação constitucional é apenas para a sua quebra. Uma vez interceptada licitamente a comunicação telefônica, e devassada a intimidade da pessoa, essa prova poderia ser transportada de forma emprestada para um procedimento administrativo.

30 PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 24. Trilhando o mesmo caminho, Greco Filho afirma que “os parâmetros constitucionais são limitativos” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 474).

31 O Supremo Tribunal Federal trilha o mesmo caminho da Súmula 591 do STJ, senão vejamos: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA DO PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE COMPROVADA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RMS 34786 ED-Agr, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/06/2018). No mesmo sentido, julgado do Tribunal Pleno do STF: “PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (Inq 2424 QO, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007).

Conclui-se, portanto, que a prova emprestada poderá ser utilizada no segundo processo se for colhida perante o juiz natural do processo primitivo e apresentada ao juiz natural do segundo, não havendo necessidade de que seja o mesmo juiz (não há identidade física do juiz). Além disso, é possível que haja o uso de elementos de convicção colhidos em procedimentos administrativos, como a Comissão Parlamentar de Inquérito, como prova emprestada em processos judiciais, e a recíproca é verdadeira, podendo uma prova colhida perante o contraditório judicial servir de prova emprestada em um procedimento administrativo.

## 2.4 O fato probando deve ser o mesmo em ambos os processos

Por fim, o requisito derradeiro de admissibilidade da prova emprestada é que ela seja transportada com a finalidade de demonstrar no segundo processo o mesmo objeto da prova do processo originário. Nas palavras de Paulo Rangel: “o fato objeto de prova deve ser idêntico tanto no processo onde a prova foi produzida quanto no processo para o qual será transferida”<sup>32</sup>.

Esse requisito é importante para que não use uma prova *en passant* do primeiro processo para ser emprestada como prova crucial do segundo processo. Muitas vezes alguns dados são trazidos a alguns processos, mas sem maiores graus de relevância, e por isso não há contraditório ou ampla defesa sobre eles, porquanto não se dá maior valor àquela prova. Não pode, pois, esse dado coadjuvante, secundário, ser transportado para o segundo processo com o objetivo de comprovar algo<sup>33</sup>.

Assim sendo, o objeto da prova (*thema probandum*) deve ser o mesmo em ambos os processos, para que se dê o enfrentamento – contraditório – adequado e eficiente em ambos os processos.

---

32 Por todos, RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 404.

33 Faz-se um adendo para salientar que não se nega que a decisão do juiz “não verte somente sobre os assim chamados fatos principais (ou seja, fatos qualificados juridicamente), mas também sobre os fatos secundários (ou simples)” (TARUFFO, Michele *Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 227). Todavia o tema se restringe ao uso da prova emprestada que apenas mencionou um fato de somenos importância em um processo e será levada para um segundo processo para servir de prova cabal. Essa última hipótese que não pode ser aceita.

Por exemplo: em um processo de guarda de menor entre os genitores, a mãe alega que o filho deve ficar com ela porque o pai é usuário de drogas. Não pode essa prova ser emprestada para o processo penal, uma vez que o *thema probandum* de uma é a relação com o filho de educação, sustento, alimentação, etc., e na outra, um fato ilícito específico, limitado pela data, local e *modus operandi*. Assim, o fato probando dos processos não é o mesmo, ainda que tangencie uma alegação central comum.

Aqui cabe um último comentário. Alguns doutrinadores defendem que o âmbito de cognição dos processos deve ser o mesmo, razão pela qual não aceitam uma prova emprestada vinda de um processo cautelar para um processo de conhecimento, já que naquele a cognição é rarefeita, enquanto neste a cognição é exauriente<sup>34</sup>.

Com a devida vênia, pensamos o contrário. O âmbito de cognição do processo em nada afeta a produção da prova e seu contraditório, desde que, por óbvio, a prova não tenha sido produzida *inaudita altera parte*. O que se restringe nesse momento é o grau de confirmação de um enunciado fático trazido ao processo, já que, no processo cautelar, basta que se apresentem indícios para se conseguir o pleito liminar, enquanto, no processo de conhecimento (ação penal principal), exige-se um *standard* de prova deveras elevado, conhecido como o “além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*).

Imagine que em um pedido cautelar incidente de sequestro de um proveito do crime (art. 125 do CPP), uma testemunha confirma que uma pessoa foi até sua loja para vender uma suposta bolsa antiga de família, que, em verdade, foi produto de roubo. Nada impede que essa prova seja utilizada na ação penal principal pelo Ministério Público. O mesmo se diga se estivermos diante de um processo cautelar no âmbito do processo civil.

Dessarte, o âmbito de cognição não afeta a admissibilidade da sua prova, mas sim a força probante que ela precisa ter para obter uma decisão em favor daquele que a produziu, sendo o mo-

34 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 441.

mento da valoração o mais condizente para resolver essa discrepância de conhecimento entre os primeiro e segundo processos.

### 3. O VALOR DA PROVA EMPRESTADA

Outra questão divergente que precisa ser discutida é o valor que a prova emprestada terá no segundo processo.

Como dito em tópicos acima, a natureza jurídica da prova emprestada conserva a sua natureza originária. Nesses termos, *v.g.*, se a prova emprestada é o depoimento de uma testemunha, sua natureza será igualmente de prova testemunhal. O mesmo se diga se for um documento, um objeto, um interrogatório, uma perícia, etc. O fato de ser transportada via documental em nada altera a sua natureza e seu valor, cabendo ao julgado, no caso concreto, motivar a sua convicção diante da prova produzida no segundo processo.

Com razão Guilherme Madeira Dezem, ao lecionar que: “não há sentido em restringir a validade desta prova. Vale dizer: se a prova testemunhal foi produzida em juízo e houve contraditório, qual é o sentido de se restringir sua eficácia?”<sup>35</sup>.

Seguindo essa toada, se uma prova testemunhal ou pericial ou documental pode servir de prova plena e unicamente embasar uma condenação no primeiro processo, não vemos sentido em restringir sua valoração no segundo processo. A natureza jurídica, repita-se, é a mesma, de forma que se pode ser prova plena no primeiro processo, pode também ser prova plena no segundo. Por outro lado, se a prova precisa de corroboração, como é o caso da confissão, como quer o artigo 197 do CPP<sup>36</sup>, então ela será igualmente apenas semiplena em um segundo processo para o qual for trasladada<sup>37</sup>.

Em que pese o acima explicitado, o Superior Tribunal de Justiça, de maneira inexplicável, consolidou sua jurisprudência

35 DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 616.

36 “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e, para a sua apreciação, o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

37 TAVARES, Juarez. CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 93.

no sentido de que a prova emprestada, em que pese válida, não pode ser prova única a embasar uma sentença condenatória<sup>38</sup>. Por todo o exposto, respeitosamente discordamos.

Derradeira questão, quanto à valoração da prova emprestada, diz respeito à validade da prova se o primeiro processo, onde ela foi originalmente produzida, vier a ser anulado posteriormente. Aqui a solução vai depender de quando e do porquê da anulação. Se a anulação do primeiro processo se deu, por exemplo, por incompetência do juízo, a prova emprestada igualmente deverá ser anulada, uma vez que o requisito do juiz natural do processo originário não foi preenchido. Se, de outra banda, a anulação se deu por questões que passam ao largo da produção probatória (e.g. ausência de alegações finais), então a prova foi lícitamente produzida e deve sustentar sua validade no segundo processo para o qual foi transferida.

#### 4. CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA EMPRESTADA

Em palavras breves, por não ser o foco deste estudo, a prova serve, fundamentalmente (mas não unicamente), para a busca da verdade. Ocorre que só se pode investigar a verdade dos enunciados fáticos lançados no processo se as provas nele apresentadas forem as mesmas colhidas em momento anterior. Trata-se de um *controle de entrada* da prova<sup>39</sup> nos autos, com nítido viés epistêmico, que evita distorções entre a prova colhida e aquela entregue à análise processual.

Assim, o esquema de ingresso do elemento probatório no procedimento deve ser resguardado, para se garantir a *fiabilidade probatória*. É preciso, pois, que se assegure a preservação das

38 “Esta Corte superior entende não haver nulidade na admissão de prova emprestada de processo cindido em razão da evasão do acusado que antes figurava como coautor, mormente quando colhida originariamente sob o crivo do contraditório e quando a prova alienígena não for o único elemento probatório produzido nos autos, assumindo caráter meramente complementar, conforme ocorreu no presente caso. Precedentes”. (AgRg no HC 447.336/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 13/06/2019). No mesmo sentido, a 5ª Turma: “Não há nulidade em se admitir prova emprestada da ação penal como indício de autoria para eventual sentença de pronúncia, sobretudo na espécie, onde foi colhida originariamente, sob o crivo do contraditório, em processo cindido no qual o Paciente figurava como acusado”. (HC 155.202/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011).

39 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 88.

fontes da prova, como verdadeira condição de validade para sua avaliação dentro do processo<sup>40</sup>.

É o que a doutrina chama de *mesmidade*<sup>41</sup> da prova (*ley de la mismidad*<sup>42</sup>), em que há um sistema fundamentado no princípio universal da autenticidade da evidência, que determina que o *mesmo* que se encontrou na cena do crime é o *mesmo* que se estará utilizando para tomar uma decisão judicial, com base na noção de integridade da prova.

Nota-se que a fiabilidade probatória demanda uma avaliação de legalidade anterior à valoração da prova. É certo, pois, que somente pode ser valorada uma prova admitida lícitamente no processo, de forma que o controle e fiscalização da cadeia de custódia é uma *prova sobre prova*<sup>43</sup>, em que se antecede a valoração do elemento probatório para determinar, primeiramente, a sua legalidade e fiabilidade – ou seja, determinar se da coleta até o descarte da prova não houve qualquer manipulação indesejada. Somente feito *ex ante* esse controle de entrada acerca da prova, é que se pode passar para a sua valoração nos termos do livre convencimento motivado.

Estabelecida essa premissa, fica claro que para que a prova emprestada possa ser admitida e valorada no segundo processo, ela precisa ser trasladada em sua integralidade, resguardando assim a cadeia de custódia da prova produzida no processo originário, sem que se tenha perdido parcialmente o seu conteúdo. Somente com o transporte inteiriço da prova é que se garante a sua mesmidade na análise pelo juiz natural do processo secundário.

Compartilha-se, portanto, o entendimento do professor Gustavo Badaró ao exemplificar que: “no caso de transporte de uma prova pericial, não se pode levar apenas o laudo inicial,

40 LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 409-410.

41 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no proceso penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 87.

42 BAUTISTA, Juan Carlos Urazán. *La cadena de custodia en el nuevo código de procedimiento penal*. Artigo publicado no periódico Faceta Jurídica, Editorial Leyer, Bogotá, Enero de 2005, disponível em <https://fundacionluxmundi.com/custodia.php>, acesso em 25/05/2021.

43 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no proceso penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 90.

deixando de transportar a resposta aos quesitos complementares ou os esclarecimentos orais dos peritos<sup>44</sup>. Ou ainda, dando um exemplo bastante corriqueiro nas sessões do Superior Tribunal de Justiça: uma vez feita a transcrição das conversas oriundas de uma interceptação telefônica, deve-se dar acesso integral do documento à defesa, sob pena de violação da cadeia de custódia. Logo, se houver transporte dessa degravação para um processo secundário, esse traslado deve se dar de forma integral<sup>45</sup>.

## 5. A PROVA EMPRESTADA NO PROJETO DO NOVO CPP

Em que pese o clamor da sociedade jurídica pela disciplina da prova emprestada, via lei, no âmbito do processo penal, fato é que, até o momento, as notícias não são animadoras. Isso se dá em razão de o Projeto de Novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8.045/2010), em trâmite no Congresso Nacional, prever a prova emprestada em apenas um artigo, assim redigido, *in verbis*:

Art. 199. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.

---

44 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 445.

45 Nesse sentido: "RECURSO ESPECIAL. ART. 305 DO CPM. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. FALTA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DAS CONVERSAS. EVIDENCIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE ÁUDIOS DESCONTINUADOS, SEM ORDENAÇÃO, SEQUENCIAL LÓGICA E COM OMISSÃO DE TRECHOS DA DEGRAVAÇÃO. FILTRAGEM ESTABELECIDADA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR. NULIDADE RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019). 2. É dever do Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados. 3. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizada apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa. 4. Reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, com fundamento no art. 61 do CPP. 5. Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício". (REsp 1795341/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019).



§1º Deferido o requerimento, o juiz requisitará o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada à autoridade responsável pelo processo em que foi produzida.

§2º Na hipótese de a parte contra quem se produz a prova emprestada não ter participado da colheita original, os elementos de cognição serão admitidos como documento, e ela será intimada a manifestar-se no prazo de três dias, podendo produzir prova complementar.

É fato que o artigo coloca uma pá de cal em algumas discussões, como a possibilidade de prova emprestada oriunda de procedimento administrativo, bem como a necessidade de a parte contra quem a prova emprestada for usada ter que participar, via de regra, da colheita originária, e, de forma excepcional, aplicar-se-á o §2º.

Todavia, por todo o exposto neste estudo, nota-se que há clara insuficiência legislativa na abordagem do assunto, podendo ser mais específica em sua disposição, o que, sem dúvidas, garantiria maior segurança jurídica, além de ser amplamente debatido no âmbito legislativo, como a forma constitucional e democrática exige. Do contrário, continuaremos a dar soluções jurisprudenciais ao tema.

## 6. CONCLUSÃO

Depois de estabelecidos o conceito e a natureza jurídica da prova emprestada, nos quais, diga-se, não se cogitou qualquer novidade, passou-se à análise dos requisitos da sua admissibilidade no processo penal brasileiro.

Uma parte da doutrina impõe como requisito obrigatório de admissibilidade da prova emprestada que ela tenha sido produzida em processo primitivo no qual figuraram como partes as mesmas pessoas que atuaram no processo secundário, para o qual a prova foi transportada, ou pelo menos a parte contra a qual a prova será utilizada.

Além disso, exige-se que a prova tenha sido produzida sob o crivo do contraditório, tanto no primeiro quanto no segundo processo.

Ocorre que tais exigências devem se submeter a um filtro epistemológico, sem perder de vista os princípios constitucionais que circundam o tema.

Nessa toada, é crucial estabelecer se a prova emprestada é de caráter pré-constituída ou constituenda. A primeira é aquela produzida antes e fora do processo, como os documentos em geral, e que, portanto, não são produzidas sob o contraditório, mas, sim, há uma submissão *a posteriori* da prova ao contraditório das partes (contraditório fraco). A segunda, por sua vez, é aquela produzida dentro e durante o processo, como o depoimento do ofendido ou da testemunha, em que as partes se valem do contraditório, imediatamente, para a própria produção do conteúdo da prova (contraditório forte).

Por tudo que foi exposto, a exigência dos requisitos do contraditório e da necessidade da presença das mesmas partes em ambos os processos deve ser repensada. Isso porque, nas provas pré-constituídas, as partes não têm qualquer influência na produção do seu conteúdo, de forma que não tem qualquer utilidade político-garantista ou epistemológica a participação (contraditório participativo) da parte no primeiro processo.

Assim sendo, concluiu-se que – pedindo vênias para repetir – a prova emprestada deve ter como requisito a obrigatoriedade de que a parte do processo secundário, que será afetada pela prova emprestada, tenha também figurado como parte no processo primitivo, desde que se trate de uma prova constituenda, produzida sob o “contraditório forte”. De outra banda, sendo um caso de prova pré-constituída, não há necessidade da identidade de partes nos processos, já que o “contraditório fraco” é naturalmente realizado posteriormente e poderá ser exercido no processo secundário.

Por isso, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, em uníssono, que gravações de interceptações telefônicas (provas pré-constituídas) feitas no processo original podem ser utilizadas como prova emprestada em processo secundário, mesmo que figurem como partes pessoas totalmente distintas.

Em sequência, analisou-se a questão sob a ótica do princípio do juiz natural, e restou estipulado que a prova pode ser emprestada mesmo que não tenha sido colhida perante o mesmo juiz natural do processo secundário, e que, inclusive, sequer precisa ser produzida em processo judicial, podendo ser trasladada de um procedimento investigativo preliminar, como, *e.g.*, comissões parlamentares de inquérito, inquéritos policiais, procedimentos administrativos disciplinares, etc.

Encerrando os requisitos, estudou-se que a prova emprestada deve ter por objeto o mesmo fato probando, não precisando necessariamente ser de processos com o mesmo grau de profundidade (cautelares x conhecimento).

No tocante ao valor da prova emprestada, não há qualquer diferença em relação ao seu valor originário quando produzida no processo primitivo. Assim sendo, o depoimento de uma testemunha transportada para outro processo terá o valor de uma prova testemunhal como qualquer outra, sujeita às restrições inerentes a sua natureza. Logo, pode ser prova plena, apta a embasar sozinha uma condenação. O inverso também é verdadeiro, pelo que uma confissão, que não pode ser prova única a subsidiar um édito condenatório, ao ser emprestada, igualmente não poderá basear sozinha uma sentença condenatória.

Não há qualquer razão, portanto, para se limitar o valor da prova emprestada e lhe conceder valor de semiplena, exigindo prova de corroboração, como constantemente afirma o Superior Tribunal de Justiça.

Concernente à cadeia de custódia da prova emprestada, concluiu-se que para garantir a mesmidade da prova produzida no processo primitivo, sem que ela perca a sua fiabilidade durante o transporte, é preciso que haja o traslado integral da prova, não se podendo suprimir páginas de um documento, trechos de um depoimento, etc.

Por fim, analisou-se o tema da prova emprestada sob as luzes do projeto de novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8.045/2010), em trâmite nas Casas do Congresso Nacional.

Há previsão apenas em um único artigo (artigo 199), que resolve algumas questões controversas na doutrina e jurisprudência, contudo deixa em aberto diversas outras questões que podiam ser solucionadas, gerando maior segurança jurídica sobre o tema.

O mundo está a cada dia mais dinâmico, e diversos mecanismos tornam o processo mais célere, inclusive com metas a serem batidas pelos juízes e servidores, no intuito de acabar de vez com aquele ranço cultural de que o processo judicial é demorado e custoso. Com isso, o uso do instituto da prova emprestada vai ao encontro dos anseios democráticos de um processo penal que anda em uma duração razoável, como quer a nossa Constituição Federal.

Por isso, seu estudo é de extrema relevância, e, a julgar pela timidez legislativa que nos aguarda, a doutrina e a jurisprudência continuarão a exercer papel de protagonismo para sanar as inúmeras questões que surgem diariamente nesse campo. Este pequeno estudo é apenas uma tentativa de ajudar a sistematizar alguns pontos sobre o assunto.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. e LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BADARÓ, Gustavo. *Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim 106, 2014.

BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020.

BAUTISTA, Juan Carlos Urazán. *La cadena de custodia en el nuevo código de procedimiento penal*. Artigo publicado no periódico *Faceta Jurídica*, Editorial Leyer, Bogotá, Enero de 2005, disponível em <https://fundacionluxmundi.com/custodia.php>, acesso em 25/05/2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução. Prova emprestada*. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES Jr. Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

QUEIROZ, Paulo. *Prova emprestada*. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/prova-emprestada/>. Acesso em 11 de julho de 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental*. Salvador: Juspodivm, 2021.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

TARUFFO, Michele *Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TAVARES, Juarez. CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UBERTIS, Giulio. *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, In UBERTIS, Giulio. *Argomenti di procedura penale II*. Milano: Giuffrè, 2006.

# Releitura da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (*narrowing* dos precedentes em relação ao termo inicial dos juros na reparação do dano extrapatrimonial)

**Cássio Benvenuti de Castro**

*Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFRGS. Juiz de direito no Rio Grande do Sul*

**SUMÁRIO:** Introdução 1 A perspectiva conceitual da jurisdição 1.1 A propedêutica situacional que implica os fundamentos da Súmula 54 do STJ 1.2 Os fundamentos determinantes do enunciado sumulado 2 A perspectiva funcional da jurisdição 2.1 A metodologia multifuncional para o arbitramento do dano extrapatrimonial 2.2 *Narrowing*: o termo inicial dos juros sumulados e ratificados por precedentes exaspera a autorrestrição em relação ao arbitramento judicial do montante para reparar o dano extrapatrimonial. Para uma base de cálculo diferente, o termo inicial dos juros é diferente. Conclusão. Referências.

**SUMMARY:** Introduction 1 The conceptual perspective of the jurisdiction 1.1 The situational propaedeutics that implies the essence of Precedent 54 of the Superior Court of Justice 1.2 The determining fundamentals of the summary statement 2 The functional perspective of the jurisdiction 2.1 The multifunctional methodology for the arbitration of off-balance damage 2.2 *Narrowing*: the initial term of interest accepted by precedents exasperates self-restraint in relation to judicial arbitration of the amount to repair off-balance sheet damage. For a

different calculation basis, the initial term of interest is different. Conclusion. References.

**RESUMO:** Diversos precedentes judiciais do início da década de 1990 resultaram na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. O enunciado refere que a data da prática do fato ilícito indica o termo inicial da incidência dos juros em se tratando da indexação da indenização por ilícito extracontratual. Os julgados não abordaram especificamente o arbitramento do dano extrapatrimonial. A jurisdição constitucionalizada transcende os limites sumulados, porque atualmente a jurisdição se vale de parâmetros objetivos que já internalizam, inclusive, o fator tempo no valor da indenização que recompõe o estado das coisas. Daí que a matéria sumulada deve ser repensada na hipótese do dano extrapatrimonial. Nesse caso, a indexação da indenização deve reconsiderar uma redução do interstício temporal para repensar o termo inicial da incidência dos juros moratórios de maneira prospectiva, considerando que a decisão judiciária concretiza a norma da responsabilização e o próprio valor arbitrado como indenização.

**ABSTRACT:** Several judicial precedents from the early 1990s resulted in Precedent 54 of the Superior Court of Justice. The statement states that the date of the practice of the unlawful fact indicates the initial term of the incidence of interest in the case of indexing the indemnity for non-contractual illicit. The judges did not specifically address the arbitration of off-balance sheet damages. The constitutionalized jurisdiction transcends the summed-up limits, because, currently, the jurisdiction makes use of objective parameters that already internalize, including, the time factor in the value of the indemnity that recomposes the state of things. Hence, the summarized matter must be rethought in the event of off-balance sheet damage. In this case, the indexation of the indemnity must reconsider a reduction of the temporal interstice for the incidence of the initial term of the default interest for the future, considering that the judicial decision materializes the liability rule and the amount arbitrated as indemnity.



**PALAVRAS-CHAVE:** processo civil; precedente; *narrowing*; releitura

**KEYWORDS:** civil procedure; precedent; narrowing; rereading

## INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça sucedeu inúmeros julgados até resultar no achado da Súmula 54, que estabelece: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual”. As decisões ameadas para a convergência sumulada são datadas do primeiro quartel dos anos de 1990, época em que *ainda não estavam nítidas* as implicações decorrentes da Constituição na teoria e na prática da tutela jurisdicional – sequer a terminologia precedente estava bem apreendida<sup>1</sup>.

O ensaio parte da análise dos fundamentos determinantes das decisões que foram compiladas para resultar na Súmula 54, em especial, assinalando o contexto propedêutico da jurisdição que alavancou tais precedentes. Na época, a jurisdição meramente *declarava ou explicava* os textos legislativos. A observação dessas questões é confrontada com a metodologia da decisão judicial que atualmente se estrutura por uma jurisdição que *concretiza a norma do caso concreto para entregar a tutela do direito da melhor forma possível*. Em resumo, a jurisdição transitou de um conceito *declaratório e subserviente* ao Legislativo para assumir uma *função concretizadora da norma do caso* e que também elabora *precedentes* que transcendem os lindes processuais subjetivos, o que adensa a reflexão sobre base de cálculo da indenização e se reflete sobre o termo inicial da incidência dos juros – em especial, no caso da indenização por dano extrapatrimonial, que

<sup>1</sup> Naquela época, as decisões não deixam de ser formalmente consideradas jurisprudência com um grau de vinculatividade razoável em termos horizontais e verticais. Porém, desde o início do presente trabalho, é utilizada a terminologia *precedente* por dois motivos: em primeiro lugar, porque “por sobre a Súmula 54” e “ao encontro da Súmula 54” diversos *precedentes qualitativamente* robustecidos apresentam a força vinculativa conferida pelo Estado Constitucional e desenvolvida pela jurisdição cujo escopo é a tutela dos direitos; em segundo lugar, esses verdadeiros precedentes *mais recentes* ratificaram ou ajudam a delimitar as razões determinantes das decisões que a “jurisprudência de outrora alinhavou para a convergência na Súmula 54 do STJ”. Não ocorre um prejuízo semântico ou técnico – apenas é necessário ressaltar a transição de um modelo de Estado e de jurisdição, tudo isso como a manutenção de uma Súmula que completa aniversário de 30 anos. A maneira como se entende o direito modifica toda a vinculatividade das próprias fontes.

tudo indica não ter sido cogitada nos julgados dos anos 1990, tampouco nos que lhes seguiram.

Assentado que a jurisdição atualmente concretiza normativamente o dever de responder pelos danos extrapatrimoniais, conseqüentemente, também ninguém discorda de que o juiz é que arbitra o montante da indenização. A proposta da releitura da Súmula 54 do STJ, então, é resultante da autorrestricção desse enunciado e dos precedentes supervenientes que dele se valem, porque uma perspectiva da jurisdição que leva em conta uma reconstrução da ordem jurídica e da própria *base de cálculo a ser indenizada se reflete, necessariamente, no elemento acessório que serve para a indexação – em se tratando do dano extrapatrimonial, trata-se de reexaminar o termo inicial dos juros que incidem sobre o montante da dívida. Ele repercute os efeitos do novo contexto da jurisdição constitucionalizada.*

Se outrora o Superior Tribunal de Justiça decidiu inúmeros casos e determinou o termo inicial dos juros moratórios para a finalidade de uma reparação integral, isso também ocorre na atualidade. Com o detalhe de que a jurisdição contemporânea agora desempenha outra função, mais dinâmica e valorativa, o que repercute sobre a *base de cálculo e sobre o termo inicial da fluência dos juros na indenização por dano extrapatrimonial de uma maneira diferenciada daqueloutra – em resumo, os juros moratórios atuam de maneira prospectiva à concretização da norma do caso concreto.*

## 1 A PERSPECTIVA CONCEITUAL DA JURISDIÇÃO

Os enunciados ou súmulas das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas raramente decorrem do julgamento de um único caso. A jurisprudência reúne uma série de decisões que sedimentam a compreensão do direito – salientando que a norma é produto da interpretação no Estado Constitucional. É nessa energia que a súmula, em semelhança ao verdadeiro “processo social e institucional” de formação de um enunciado normativo, encerra diversos entendimentos limítrofes e por vezes contraditórios, mas que refletem a composição democrática das vinculações,

persuasões ou dissonâncias que emprestam consistência ao direito oriundo do seio judiciário<sup>2</sup>.

A Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça está para completar trinta anos desde a publicação<sup>3</sup>. No cotejo ao antigo ou ao atual Código Civil, ela parece singela e perene ao enunciar que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Porém, nessa literalidade, é possível antever a importância de uma diátribe *conceitual* – o dano a ser indenizado em responsabilidade contratual ou os danos a serem indenizados em responsabilidade extracontratual (aquiliana) foram examinados enquanto elementos centrais das decisões.

2 “O fenômeno nada teria, em si, de surpreendente. O Direito, realidade cultural, coloca-se, tal como a língua, numa área de estabilidade marcada. As verdadeiras mudanças são lentas; a sua detecção depende de uma certa distanciação histórica”. CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa de “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito” de CANARIS, Claus-Wilhelm. Trad. de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. IX.

3 Importante assentar que a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça provém de um ambiente cultural em que a Corte de vértice fazia jurisprudência e que o conjunto de decisões similares eram abarcados por súmulas persuasivas – assim se mantinha em evidência a supremacia do texto da lei no Estado Legislativo. Existe uma discussão sobre a vinculatividade de súmulas ou precedentes na transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional. O presente ensaio parte do pressuposto dogmático de que os art. 489, §1º, V e VI, 926 e 927, do CPC, são normas gerais transeitoriais que devem guiar a interpretação e aplicação do direito no Brasil em todas as esferas jurídicas. Assim que a jurisdição se reforça juspoliticamente nessa *transição da jurisprudência para o precedente*, o Estado Constitucional atualmente considera a decisão do STJ um precedente vinculativo no sentido forte. A questão assumiu foros institucionais para respaldar a consistência do direito por intermédio do discurso argumentativo das Cortes Supremas – o STF e o STJ. A pesquisa trabalha com a noção de precedente, ou seja, trata-se de um julgamento qualitativamente diferenciado, que fundamenta a decisão do caso, mas também confere sentido e unidade ao direito (esses dizeres chegam a estarem escritos na “missão do STJ”, no pórtico de entrada dos prédios, em Brasília). MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1269. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*. Ainda que se alegue que a Súmula 54 do STJ é um rescaldo de um apanhado de *jurisprudências sem valor vinculante forte*, é necessário considerar o seguinte: *a partir dessa súmula, o STJ firmou diversos precedentes* (conforme o Estado Constitucional), que praticamente repetem a *ratio decidendi* já avistada nos acordãos que aparelham a súmula. Logo há uma *solução de continuidade no adensamento jurídico da tese para a qual ora se postula um estreitamento (narrowing)*. Marinoni comenta precisamente que a súmula é um enunciado abstrato que não se qualifica como precedente. “O problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca da questão jurídica, mas é imprescindível que esse enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial”. Mais adiante, o autor assinala que “a legitimidade da coisa julgada não pode ser confundida com a legitimidade do *stare decisis* ou do precedente com força obrigatória”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 155. Ocorre que no *caleidoscópio massificado da jurisdição brasileira*, precedentes como o REsp 710.879 e REsp 1.152.548 sobrevieram à Súmula 54 – pautando uma *holding* idêntica à outrora antevista. Fenômeno que ratifica a utilização das bases que já jurisprudenciais, atualmente firmadas em precedentes, para acusar a necessidade da distinção restritiva da Súmula-precedentes no caso da indexação do montante concretizado a título de indenização por dano extrapatrimonial. Afinal, o direito brasileiro nasce do galho em planta, é a terra do *tertium genus*.

A sistematização entabulada pela Súmula 54 do STJ abarca os chamados *novos danos* decorrentes com a previsão e com a proteção de *novos direitos* que o sistema jurídico prevê?

Aparentemente, a leitura dos acórdãos que anteciparam a publicação do enunciado permite identificar a racionalidade de um contexto decisório conceitual. Ou melhor, a essência que propulsionou a súmula (os fundamentos determinantes da jurisprudência) é referente a uma hipótese (contratual) de o ilícito poder prever um termo inicial para os juros, e a outra hipótese (extratratual) de ilícito não prever esse termo inicial. Importante considerar que *em nenhum momento o foco* dos julgados que aparelharam a Súmula 54 do STJ esteve apontado para o arbitramento do dano extrapatrimonial, tampouco para a respectiva indexação.

Nos Embargos de Divergência em Recurso Especial número 3.766-RJ (DJ 28-10-1991), o Superior Tribunal de Justiça discutiu a incidência do então art. 1.544 do Código Civil de 1916 ao *preposto que comete o ilícito diretamente* – não ao proponente que o contrata como empregado ou mantém com ele relação jurídica de prestação de serviço. Além dos juros ordinários incidentes ao valor do dano e desde o tempo do ilícito, a indenização compreende os juros compostos que oneram o praticante da conduta. Na oportunidade, a demanda judicial não foi proposta contra o motorista que ocasionou o acidente (contra o culpado pelo acidente), mas contra a empresa proponente. A Corte questionou se contra o proponente (“figura de trás”), que pode ser o Estado ou uma empresa que contratou o motorista, os juros compostos também podem incidir?

Duas correntes se contrapuseram: o juro composto tem a natureza de sanção civil, portanto a inteligência do dispositivo não pode ser ampliada para agravar a situação do proponente. Quer dizer que os juros compostos somente podem ser imputados ao motorista que ocasionou o acidente, sendo incabível a analogia para fazer incidir essa espécie de juros contra o proponente (empregador civil ou Estado). Outra vertente não distinguia a natureza sancionatória dessa espécie de juro (composto)

– não importava se ocorria uma categoria de acessório penal ou meramente compensatório –, daí concluindo que essa modalidade de juros deveria onerar ambos os eventuais demandados-responsáveis (motorista ou proponente).

A corrente vencedora foi a primeira citada, que distinguiu a natureza do juro (composto) como uma pena civil. Os juros compostos somente poderiam incidir sobre o sujeito que ocasionou o ato contrário ao direito, sem ricochete ou desdobramento civil ao empregador ou a outra entidade.

O importante é notar que, desde esse primeiro julgado, a *amplitude da incidência dos juros* depende da *natureza da base de cálculo (do suporte fático) que ele incrementa*. O caráter delituoso do evento que causou o dano e a ligação direta-causal (naturalística<sup>4</sup>) entre o evento e o agente desse fato foi determinante. Isso que matiza uma diferenciação sobre a incidência do juro composto no julgamento do REsp 3.766-RJ.

No REsp 540-SP (DJ 28-10-1991), no qual se examinava a prescrição vintenária em indenização de acidente ferroviário, o Superior Tribunal de Justiça fixou que os juros moratórios deveriam incidir desde a data de evento danoso (*sem aparentemente distinguir a natureza do dano que estava para ser indenizado*). No mesmo sentido, o REsp 1.437-SP (DJ 13-08-1990) se valeu do art. 1.544 do Código Civil de 1916 para definir que “nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar”. Inteligência que sufragou o REsp 3.766-RJ (DJ 18-03-1991), ao conferir uma interpretação sistemática aos artigos 948, 962 e 1.544, todos do Código Civil de 1916, conferindo uma aplicação judiciária da norma *mais benéfica ao lesado* – quando se fala em ilícito é subentendido o caráter extracontratual, razão pela qual as decisões não demarcaram uma segmentação digna de aprofundamento argumentativo em termos de danos extrapatrimoniais (um “novo” direito pervasivo desde a Constituição).

---

4 A relação entre causador do dano e o dever de indenizar que enseja a incidência dos juros compostos é de matiz naturalístico. Um liame causal-jurídico pode ser apreendido somente entre o empregador e o causador direto do dano (o preposto). Justamente, é nesse vínculo que abarca a “lei de cobertura” ou o nexa causal jurídico – nessa última decorrência em ricochete não estaria implicado o juro composto (o nexa de imputação arrefece a incidência do juro composto).

No REsp 4.517-RJ (DJ 05-11-1990), o Superior Tribunal de Justiça se reportou a caso “idêntico” já decidido no REsp 1.437-SP (DJ 13-08-1990), ratificando que o termo inicial dos juros moratórios é marcado desde a data do evento. Importante que o REsp 6.195-SP (DJ 11-03-1991) salientou que o art. 962 do Código Civil de 1916 se refere à obrigação proveniente de “delito”. Ou seja, o precedente direcionava a questão dos juros para casos de responsabilidade aquiliana. Mais emblemático, a título de *holding* da decisão, é novamente interessante assinalar que as inúmeras discussões travadas têm algo em comum – a *incidência dos juros sempre depende do suporte jurídico que lhe alavanca a força punitiva*. A natureza delitiva do evento ou o caráter aquiliano da indenização, enfim, é a peculiaridade que permite definir o termo inicial dos juros. Isso acontece pelo fato de não haver termo *ad personae* na hipótese de ato contrário ao direito em caso de dano extrapatrimonial (delito em sentido estrito).

A questão da “fonte jurídica” dos juros é ainda mais candente no REsp 9.753-SP (DJ 09-12-1991), oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça fixou condenação ao pagamento de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente ferroviário que vitimou um “viajante pingente”. A interpretação da Corte foi *um tanto literal*, porque deixou claro que o caráter contratual ou aquiliano da relação não poderia ser sotoposto na expressão “delito” (previsão do art. 962 do Código Civil de 1916). O termo inicial dos juros, na inteligência do art. 1.536, §2º, do Código Civil, seja para incidir sobre os danos materiais ou sobre os danos extrapatrimoniais, deveria ser contado a partir da citação – por uma equiparação *by standard* que o sistema jurídico elabora entre usuário do serviço de consumo e a vítima desse serviço.

No REsp 11.624-SP (DJ 1º-03-1993), o debate entre os Ministros pacificou a possibilidade de cumulação entre danos materiais e danos extrapatrimoniais, ainda que decorrentes de um mesmo evento. De outro lado, permanece latente a vinculação da racionalidade à ocorrência de um “ilícito” para afirmar que o termo inicial dos juros é a partir do evento – em contrapartida,

um ato que não se configurou em um ilícito praticado pela fornecedora de serviços, mas de uma questão contratual, deveria ser indexado pelos juros desde a citação. O caso também examinava pessoas que estavam indevidamente se deslocando em compartimento não permitido do trem e, para fins de contrato, eles não são consumidores no sentido estrito do termo. Podem ser consumidores por equiparação (art. 17 do CDC), portanto a relação entre eles e a prestadora de serviços não é contratual.

Considerando que houve ilícito, a distinção foi essencialmente sobre o caráter originário do fenômeno jurídico que ligou materialmente as partes – o *matiz contratual* ou o *matiz aquiliano* da relação jurídica. No caso de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem ser contados a partir da citação (ainda que se trate de um contrato standard ou de “um mesmo evento acidentário”). No mesmo sentido que o derradeiro REsp 16.238-SP (DJ 1º-06-1992) se reportou ao precedente anterior para firmar que a categorização decorre do direito material apreciado de uma maneira conceitual (geral, abstrata e fechada – o *texto da lei* é protagonista de uma atividade judiciária que reproduz e explica determinações legais).

A análise dessa verdadeira diatribe entre responsabilidade contratual e extracontratual aparece como algo análogo ao engessamento que o Código de Processo Civil de 1973 engendrou, em termos de efetividade da tutela jurisdicional. Naquela época, por exemplo, o “processo de execução” era separado na prática de acordo com a natureza do título executivo – o título executivo judicial *versus* o título executivo extrajudicial. Tudo acabava sendo remetido para um *novo processo* diferente do processo de cognição, sendo que esse momento satisfativo perduraria muito tempo e não se adequava às necessidades das pessoas que, dificilmente, ou com muito gasto de dinheiro e energia, alvitavam a pouca efetividade da tutela jurisdicional.

Embora o Código Civil e a dogmática falassem em obrigação pecuniária, obrigação de fazer ou obrigação de entregar coisa, o que realmente importava em juízo seria a natureza do



título, o que não destoa dessa modulação dos precedentes entre o que é do “contrato” e o que não advém do “contrato”. Nos precedentes que aparelharam a Súmula 54 do STJ, o que importava era definir a separação entre ilícito contratual ou extracontratual, bem assim pontuar que os juros compostos somente oneravam o causador imediato do evento (preposto).

Demais peculiaridades referentes aos diversos “novos danos” e aos “novos direitos” experimentados na atualidade não foram suscitados pelos julgados – *a questão do dano extrapatrimonial e os juros que o indexavam não foi pormenorizadamente abordada nas decisões*.

O Código de Processo Civil de 2015 remodela essa maneira de adequar as técnicas processuais às necessidades do direito material. De plano, merece assinalar a fungibilidade entre as execuções, porque “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial” (art. 785 do CPC). Esse dispositivo não toca apenas ao sempre lembrado “interesse de agir”, mas revela um processo flexível e que deve se adaptar às necessidades das pessoas, à realidade do direito material. As categorizações jurídicas já não resistem a diatribes meramente conceituais, mas ensejam apreender os textos legislativos como “problema”<sup>5</sup> a partir do qual o intérprete concretiza a norma do caso.

---

5 O Estado Legislativo decorrente do positivismo clássico tratava os textos dos códigos como reflexo da segurança jurídica implicada pela univocidade do direito. Atualmente, a segurança jurídica ocorre pela *consistência das decisões* que conferem unidade ao direito através das Cortes Supremas (*a fortiori*, o polêmico art. 926 do CPC) – afinal, o direito apreende dupla indeterminação (a equivocidade dos textos e a vagueza das normas). No Estado Constitucional contemporâneo, repleto de diuturnos novos conceitos e de inúmeras hipercomplexas funcionalidades, melhor falar que “o ordenamento jurídico serve como um problema” desde o qual o operador vai interpretar e aplicar a norma e sem descurar do caso. A circulação é metodologicamente válida. Dispositivo é condição de possibilidade da norma, a relação entre elas é teleológica. Ver ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 33 e 37. Citar a separação dos Poderes do Estado como arquétipo que modularmente influencia a supremacia ora do Legislativo, ora do Judiciário (em período mais recente do Estado Constitucional) quer dizer que a interpretação atente a um mecanismo “quase” pré-dado para os alvíres institucionais. Com efeito, conforme Parsons e o seu sistema conformado pela consecução do fim, manutenção das estruturas, adequação e integração – um sistema estrutural-funcionalista; quer dizer que os poderes separados e atualmente harmônicos equilibram a sustentabilidade das tarefas de cada qual, em especial, conferindo poder interpretativo-concretizador da norma do caso ao Judiciário em tempos contemporâneos. As bases do sistema estão postas e a ideia mais ou menos dinâmica-concretizadora da interpretação é que vai ditar o ideal efetivamente funcional da proposta estatal com o passar do tempo e as mudanças culturais.



Respeitosamente, a premissa elencada coloca em xeque a permanência de uma aplicação axiomática da Súmula 54 do STJ para demarcar o termo inicial da fluência dos juros moratórios em caso de indenização por prejuízo extrapatrimonial. A essência que estruturou os diversos Recursos Especiais que ilustraram o enunciado permite uma releitura, ou melhor, uma pontual distinção pragmática quanto ao termo inicial dos juros na indenização por dano extrapatrimonial.

### 1.1 A propedêutica situacional que implica os fundamentos da Súmula 54 do STJ

Duas frentes dogmáticas são peremptórias para a sucessão dos precedentes que embasam a Súmula 54 do STJ: a separação dos poderes do Estado, com a prevalência do Legislativo sobre o Judiciário<sup>6</sup> e a decorrente tarefa descritiva do Judiciário perante os textos legislativos<sup>7</sup>.

Os argumentos ventilados nas decisões assinalam uma verdadeira sistematização do direito privado, que parte do texto do Código Civil (na época, uma obra monumental e global do sistema do direito privado). Vale dizer que os julgados não confe-

6 Antes da Revolução Francesa, o Judiciário era formado por membros da alta classe que podiam ceder ou vender os próprios cargos. A corrupção e a desconfiança em relação ao órgão judicante cresciam. Realidade que levou Montesquieu a desenvolver um modelo de Estado que pregava a separação absoluta entre os poderes. Mais que a separação dos poderes, devido àquela desconfiança, o esquema reservou uma tarefa meramente *cognitiva dos textos da legislação ao juiz*. O juiz não criava o direito, apenas reproduzia a vontade do legislativo, a lei do caso concreto – ditames que foram assimilados pelos processualistas da cepa de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei e que vieram a influenciar o manuseio do processo em direito brasileiro. Nesse formato, *o Judiciário foi subordinado ao poder Legislativo*, tendo em vista que para que a separação dos poderes funcionasse, “o legislativo deveria editar leis capazes de regular todas as situações. Ganhou força, assim, a figura dos Códigos, monumentos legais editados com a promessa de completude e coerência. Com eles, os juízes poderiam e eram incentivados a se portar como a simples boca da lei”. PUGLIESE, William. Precedentes e a Civil Law brasileira (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 28. Falar em Estado liberal clássico é reativar a separação absoluta dos poderes nesse período que sucede a Revolução Francesa, sobretudo assinalando a supremacia do Legislativo por sobre o Poder Judiciário – o que somente foi modificado com o movimento constitucionalista de meados do século XX (pós-guerra).

7 A separação de poderes chega a ser uma “noção de cobertura” paradigmática que se reflete no modelo racionalista da operação jurídica – a própria separação dos poderes se modifica ao longo do tempo (passou a ser uma *separação harmônica de funções* estatais com o escopo da tutela dos direitos das pessoas). “A univocidade de sentido, que o jusracionalismo procura conferir à norma legal, retira do julgador a possibilidade de interpretar, usurpando, assim, o seu poder criativo. Suprime-se inclusive sua autonomia crítica, e o julgador não age valorativamente, mas apenas descobre a vontade unívoca do legislador”. MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), julho-dezembro 2012, p. 171.

rem uma unidade consistente do direito pela “concretização” da norma, antes, meramente se reportam aos *dispositivos de normas* positivados na codificação para explicarem ou sistematizarem o encontro de soluções já legisladas.

O Superior Tribunal de Justiça, naquele primeiro quartel dos anos de 1990, manuseava a legislação conforme os ditames culturais da época – não há nada errado nisso. Porém é necessário demarcar que a propedêutica ora denominada “situacional” revelava um desdobramento ilocucionário (o que se faz para aplicar a súmula) e outro locucionário (o sentido que embasa tal aplicação)<sup>8</sup>. Quer dizer que o STJ descrevia a “vontade” da lei<sup>9</sup>, desenvolvia dogmaticamente as fronteiras da literalidade do código sem, contudo, apreciar os novos direitos para os customizar, sem a então interferência do fenômeno da constitucionalização e, sobretudo, sem discutir a densidade preditiva-concretizadora de uma decisão judicial em parcela de igualdade harmônica e material com o Poder Legislativo.

A separação dos poderes<sup>10</sup> era levada em margem de igualdade formal. Ou melhor, o Legislativo se sobrepunha ao Judiciário no tocante ao “poder de dizer a legislação”. Daí que os

---

8 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 21.

9 A corrente cognitivista pode ser decantada em subjetiva (vontade do legislador) e objetiva (vontade extraída do conteúdo da lei). Com a influência de Wach, que além de processualista era um teórico do direito, fala-se mais em “vontade da lei” em um sentido objetivo, como se o cognitivismo fizesse uma descoberta ou um conhecimento do significado dos textos – pressupondo que não haveria ambiguidades ou vaguezas normativas, indicando que todo o direito e a segurança jurídica fossem decorrentes das fontes legisladas. Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409.

10 Uma separação absentista ou autonomista dos poderes – observada sem a motricidade da harmonização desses mesmos poderes – é campo institucional propício para que os assuntos ou as funções desempenhadas pelos poderes também “não dialoguem”. Daí a reta separação entre direito material e processo, então defendida pela Escola Processualista, que elevou o processo civil a uma categoria autônoma até os limites da decisão (e da teoria da decisão judiciária) para não tocarem o ordenamento civil com a nota da criatividade. O cognitivismo apenas traduz o que o texto do direito material já traz por completo. A doutrina refere que “podemos relacionar a necessidade do afastamento entre *direito material* e *direito processual* daquela época com a necessidade de separar rigidamente a função do Estado, que tem o poder de *criar* a norma, daquele que tem o poder de *aplicá-la*. Em outras palavras, apenas a uma das funções do Estado poderia ser outorgado o poder de *criar* o direito, cabendo à outra a descoberta do significado e a declaração do direito preexistente, mediante a sua aplicação ao caso concreto. Cabia, assim, ao Poder Legislativo criá-lo, e ao poder jurisdicional aplicá-lo. Não era permitido nenhum ato de criação daqueles que exerciam a função de aplicação do direito.” FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marioni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 293.

aspectos que justificam a equivalência do termo inicial dos juros, seja para os clássicos direitos a serem indenizados, seja para os novos direitos que surgem na hipercomplexidade social, estavam equiparados por intermédio de uma legislação de 1916 e que ignorava ou “passava batida” pela força normativa da nascente Constituição de 1988.

Citando Jerzy Wróblewski, a doutrina refere que “tudo isso era muito bem-vindo pelos valores do Estado liberal clássico. Os valores jurídicos que orientam a decisão judicial são a certeza, segurança jurídica, estabilidade das decisões etc., uma vez que se a decisão está inteira e estritamente determinada pela lei, as decisões são tão estáveis e seguras quanto ela, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto”<sup>11</sup>. A tarefa *do juiz era meramente declarar* a norma contida no texto da lei, e o trabalho da sistematização não exaspera tais limitações, então se falava com naturalidade em indenização decorrente de ilícito contratual ou extracontratual para simplesmente reproduzir os termos que o Código Civil estabelecia. Sem espaços para os danos extrapatrimoniais e suas intercorrências cada vez mais complexas.

No aprofundamento da visão, fácil identificar que o Judiciário pensava o processo e a decisão pela *lente do civilista*. Haja vista que os institutos basilares do processo civil estavam paudados por uma metodologia que colocava a jurisdição no centro da teoria processual e, de resto, batizava-se o processo e seus institutos como uma “relação jurídica” (desde a obra bülowiana de 1868). A propedêutica processual estava compromissada com a tipologia do direito privado – razão pela qual ora se lhe denomina “situacional”, para salientar o caráter abstrato, avalorado e fechado que um achado do processo acaba sendo resumido, considerando que a decisão perde a própria dinâmica para aderir a uma estática classificadora dos institutos demarcados pelo civilismo. Ou melhor, a jurisdição recondizia os seus dizeres ao que

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26. No mesmo sentido, Riccardo Guastini, *Argomentare...*, cit., p. 257/8. Para aprofundar, CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica de interpretação jurídica* (breviário para juristas). Trad. Daniel Mitidiero et alii. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 45 e seguintes.

a legislação já falava em outros termos, talvez mais complexos, mas sobretudo conceituais.

Deixar de examinar os julgados que fundamentam a Súmula 54 do STJ enseja uma aplicação axiomática<sup>12</sup> do enunciado. Perspectiva pela qual a prática já não permite ao magistrado da instância inicial, pois ele deve refletir sobre a natureza da *base de cálculo para justificar a incidência de juros, bem assim examinar o termo inicial dessa conta de indexação*. Quando se cogita da indenização pela prática de fato sem que exista um termo legal previsto na lei ou no contrato, de pronto advém o legado da Súmula 54, que atualmente está positivado no art. 398 do Código Civil.

Entretanto, é preciso refletir que em todos os casos elencados não existe um anterior “arbitramento judiciário” dos danos ou prejuízos a serem indenizados. Se arbitramento existe, trata-se de uma decorrência do trabalho do perito (art. 509, I, CPC), que parte de premissas metajurídicas para o cálculo do prejuízo.

O julgamento do ilícito, do dever de reparar o dano extrapatrimonial e a definição do termo inicial dos juros é decorrente de uma jurisdição preditiva que *concretiza a norma* da questão em demanda.

Com efeito, a liquidação por arbitramento<sup>13</sup> efetuada pelo perito não tem nada a ver com o arbitramento de um dano indenizável a ser efetuado pelo juiz – esse último deve justificar a respectiva decisão se valendo de parâmetros objetivos para adjudicar o valor do dano extrapatrimonial. Está coarctado à adjudicação da norma do caso concreto. A teoria e a prática da decisão judiciária não se encaixam na submissão do Judiciário ao Legislativo e ao caráter meramente descritivo da sentença.

---

12 Aplicação automática que examina somente a validade formal das premissas e da inferência lógica instrumentalizada, sem uma maior preocupação em nível apofântico. Trata-se de um silogismo categórico. COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* (pensamento, raciocínio e lógica no direito). 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31.

13 A liquidação efetuada por perito é reservada a casos em que os danos patrimoniais possuem peculiaridade casuística. Nas hipóteses em que os objetos destruídos ou deteriorados são fungíveis e facilmente substituídos no mercado, a liquidação é dispensada pela precificação (vide *a fortiori* o art. 871 do CPC e a plasticidade que lhe permite a aplicação). Em realidade, em vez de arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial, seria melhor falar em “precificação” dessa indenização – na medida em que o juiz se vale das máximas de experiência para atribuir o montante a ser reparado (art. 375 do CPC).

Respeitosamente, a questão do arbitramento judiciário do dano extrapatrimonial redimensiona a base de cálculo e acarreta uma releitura da Súmula 54 do STJ. Afinal, a separação entre o texto da lei em relação à norma remete a uma supremacia funcional da jurisdição para concretizar o direito em tempos de constitucionalismo.

## 1.2 Os fundamentos determinantes do enunciado sumulado

A súmula de um tribunal consiste no resumo de casos decididos de maneira similar. O enunciado consolida a sinopse da jurisprudência em determinado sentido, então demonstrando um entendimento que abarca diversos casos<sup>14</sup>. Ele serve como um “modelo”, por isso tem caráter aparentemente abstrato e uma linguagem que se aproxima aos tipos positivados na legislação.

A Súmula 54 do STJ determina que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual”. Uma redação quase idêntica ao previsto no art. 398 do atual Código Civil, que estipula que “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

A questão da ilicitude<sup>15</sup> é compromissada com a clássica noção civilista de contrariedade ao direito – seja violação do direito positivo no sentido estrito, seja violação das cláusulas do contrato (em *ultima ratio*, esse direito decorre da legislação); em qualquer hipótese o civilista trata como “ilícito”. Necessário lembrar que o art. 398 tem a redação elaborada por Miguel Reale antes mesmo da publicação da Súmula 54 do STJ nos anos de

---

14 SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, p. 385.

15 O direito positivo encampa a proposição jurídica de matriz kelseniana em que uma obrigação (direito subjetivo) subentende um dever (a origem mais prematura advém de Windscheid). Além de essa correlação não ser necessária – existem deveres sem obrigações correlatas –, a questão da ilicitude não é absolutamente vinculada à indenização. Com efeito, o sistema jurídico estipula normas de conduta que podem ser descumpridas e *não causarem um dano imediato* (vide normas de direito ambiental). É importante situar o contexto civilista que se reflete na tutela do direito subjetivo, diversamente do que ocorre quando o *foco da jurisdição é a entrega da tutela do direito*, o que acontece na atualidade e a partir de uma posição jurídica. Os interesses a serem satisfeitos na atualidade são muito mais variados que na milenar dicotomia.

1990. Vale dizer que os enunciados são *contemporâneos em termos da mesma antiguidade entabulada no milênio passado*. Peculiaridade evidenciada ao tratar genericamente o praticante de um ato ilícito como um “devedor”.

O direito contemporâneo sistematiza normas que predis põem *posições jurídicas* – não meros direitos subjetivos. Portanto, os *novos direitos* encerram inúmeros deveres, prestações ou encargos outrora não imagináveis quando da elaboração dos citados dispositivos. Em outras palavras, nem todo sujeito que pratica um ato contrário ao direito se trata de um “devedor” perante outro sujeito determinado. Além disso, observa-se que, no início da década de 1990, pouco se admitia o “dano moral”, ou a dogmática determinava uma comprovação “defensivista” do dano moral. Hoje, ninguém discorda de que o dano *extrapatrimonial consiste em um gênero* do qual são espécies o dano existencial, o dano estético, o dano biológico, a perda da capacidade produtiva, o dano aos direitos da personalidade, enfim, o dano moral puro<sup>16</sup>.

Com efeito, pensar apenas na literal dicotomia entre dano contratual ou extracontratual como diferentes bases de cálculo para a incidência dos juros é reducionismo do próprio *princípio da integralidade da reparação* a um perfil conceitual. Embora os arts. 397 e 398 do Código Civil ratifiquem a Súmula 54 do STJ, parece nítido que a diferenciação da base de cálculo que realmente importa para a melhor identificação do termo inicial dos juros está condicionada pela *estrutura e pela funcionalidade da reparação* – reparação como norma do caso concreto perfectibilizada pela jurisdição.

A função de reparar o dano material é recolocar o estado de coisas como eles estavam antes da agressão ao direito – por isso existe uma liquidação ou precificação imediata entre a violência e a reconstrução patrimonial em caso da indenização material. De outro lado, o dano extrapatrimonial não permite uma simples reposição do estado das coisas ao patamar anterior – tendo em

---

<sup>16</sup> Quando se fala em posição jurídica, descobre-se a questão dicotômica do credor-devedor. A posição jurídica viabiliza uma série de interesses dignos de proteção, daí se falar em tutela “híbrida” da personalidade – uma leitura ampliativa do art. 12 do CC e dos dispositivos da Constituição.

vista que esse estado é particular ou de imprecisa definição absoluta (a tutela é híbrida). Em segundo lugar, porque a indenização por dano extrapatrimonial tem *função reparatória e também pedagógica*, sendo que a fixação dessa espécie de indenização é pautada por critérios jurídicos extraídos do sistema (dogmática) e do caso concreto, mas analisados por intermédio de um método bifásico elaborado pelo próprio magistrado.

A tese jurídica da Súmula 54 do STJ repercute a dicotomia entre atos contrários ao direito: quando já existe um termo determinado (art. 397 do CC, vencimento *ex re*) para a incidência dos juros ou quando esse termo inicial dos juros é inexistente (vencimento *ad personae*). A legislação constitui o sujeito em mora *ex re* (art. 398 do CC) pela prática do ilícito, quando da prática de um ato contrário ao direito extracontratual. A separação é conceitual e funcionalmente válida para separar a dicotomia do contrato ou ilícito absoluto – mas a diferença não tem sustentabilidade para conferir uma plena satisfação do dano extrapatrimonial.

A nova feição da separação dos poderes desde o constitucionalismo reflete a primazia da jurisdição sobre o ato de legislar. Em decorrência, o arbitramento do dano extrapatrimonial é metodologicamente diferente do dano material – fenômeno que enseja a releitura do termo inicial da incidência dos juros para a indexação da indenização por dano extrapatrimonial.

## 2 A PERSPECTIVA FUNCIONAL DA JURISDIÇÃO

A separação absoluta dos poderes no Estado Legislativo reservou uma atividade *subalterna* da jurisdição em relação ao Legislativo. Esse modelo de Estado<sup>17</sup> no qual a função judiciária era

17 No Estado Legislativo, a lei oriunda do parlamento era a fonte do direito que conferia segurança jurídica e derrotava todas as possíveis lacunas dogmáticas. Essa concepção a respeito do próprio direito transformava o Judiciário em órgão interlocutor, que, por uma interpretação cognitivista – que meramente declarava a vontade da legislação – reduzia a função do juiz a um exegeta descobridor da literalidade da legislação para o caso concreto. Somente uma visão crítica da função jurisdicional permite *dinamizar* os demais institutos do processo e, finalmente, conferir uma capacidade de atualização da jurisdição conforme as implicações do Estado Constitucional. Ora, a elevação do contraditório a um caráter material, a exaltação da fundamentação com o dever de *accountability* e a importância da transição da jurisprudência aos precedentes das Cortes demonstram que a jurisdição alavanca um papel de relevo por sobre a própria atividade legislativa. A segurança jurídica já não depende da univocidade do texto da lei, mas do sentido e unidade do direito conferidos pela consistência das decisões exaradas pelas Cortes – instituições comprometidas com a jurisdição em uma matriz constitucionalista. FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição



somente para declarar a vontade da legislação por intermédio de um raciocínio cognitivo e silogístico, perdurou pelo século XIX e foi confirmada no processo civil pela Escola Processualista, influenciando a dogmática da Alemanha e da Itália. A teoria declaratória da jurisdição explicita um cenário que respalda a visão do processo por intermédio da lente civilista, fazendo com que institutos e até práticas sejam remetidos a uma sistematização estática porque focada em normas atributivas de direitos-deveres nesse duplo binário avalorado, fechado e abstrato.

O constitucionalismo, desde meados do século XX, confere nova motricidade às funções estatais<sup>18</sup> – elas passam a atuar *harmonicamente*, implicando primazia aos direitos fundamentais e alvitando a preservação da dignidade da pessoa humana. Isso resultou em um novo aparato de fontes jurídicas e em uma técnica legislativa repleta de cláusulas gerais e conceitos indeterminados que retratam a plasticidade dos dispositivos constitucionais. Em realidade, a tríplice modificação em termos das fontes (teoria das normas, técnica legislativa e interpretação jurídica) funcionalizou a jurisdição<sup>19</sup>, que não meramente descreve ou explica exegeticamente textos da lei, *mas concretiza a norma do caso para entregar a tutela do direito* para as pessoas em uma perspectiva em que o texto da lei difere da norma – a dinamicidade está na valoração, no caráter aberto e na maneira casuísta da operação jurídica da interpretação que concretizava a norma do caso concreto.

---

incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 290.

18 A doutrina assinala que o “French style” consiste em um modelo histórico que não resiste à mudança implicada pela verdadeira revolução contemporânea dos direitos humanos e da legitimação de meios e instituições que os concretize. Mauro Cappelletti enfatiza que não existe um futuro para a humanidade que não recobre a filosofia da tolerância e do mútuo respeito, que serve aos indivíduos enquanto fins em si mesmos e serve também para propulsionar as instituições – no sentido de elas providenciarem instrumento de salvaguarda das pessoas. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, ano 2001, p. 285.

19 “O legislador deve resignar-se a considerar as próprias leis como ‘partes’ do direito, não como ‘todo’ o direito. Em outros termos, o ‘universo jurídico’ acaba por concretizar-se na atividade argumentativa da classe dos juristas, em uma contínua integração de sujeitos que compartilham preparação e mentalidade similares”. PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia com tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 23.



A propedêutica que adjudica o dever de responder civilmente pela prática de danos a outrem, bem assim com o arbitramento do dano extrapatrimonial – enquanto *base de cálculo dos juros* – não é um exame situacional, pois a instituição assume uma nota de *proteção da posição jurídica*, que pode ser efetuada por diversos meios<sup>20</sup> que alvitram as necessidades do direito material e da realidade social em julgamento. Quer dizer que o Judiciário consubstancia valorativamente a contrariedade ao direito e estipula o valor do dano extrapatrimonial com uma preocupação compensatória e outra razão pedagógica dos danos extrapatrimoniais. Fatores que subjazem a importância de levar em conta a data da prolação da decisão para fins de indexação.

A matriz adjudicatória da jurisdição autorrestringe o termo inicial dos juros moratórios a um patamar diferente do previsto na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e nos arts. 397 e 398 do Código Civil – afinal, a instituição desempenha uma função outrora não admitida.

## 2.1 A metodologia multifuncional para o arbitramento do dano extrapatrimonial

A aplicação do direito subentende a interpretação do texto da legislação<sup>21</sup>, tanto que a doutrina de Eros Roberto Grau assinala que “interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”<sup>22</sup>. O Estado

20 Em termos de responsabilidade civil contemporânea, possível dizer que a tutela do direito não apenas se movimenta a partir do elemento central “dano”. As posições jurídicas reclamam técnicas de direito material adequadas à especificidade da proteção, seja contra o dano, seja contra o ilícito. Por exemplo, a multa, a prisão, a compensação em dinheiro, o fechamento da fábrica e assim por diante. No direito processual, esse cenário maleável de *técnicas materiais* se expressa pela efetividade, adequação e tempestividade da tutela jurisdicional, cujo corolário é a previsão de “técnicas processuais” que melhor efetuem a atendibilidade do direito material. Dentro das possibilidades que o efeito do tempo e da reposição das coisas ao estado anterior viabiliza, o processo experimenta uma sucessão de meios-técnicas para o achado da tutela do direito.

21 “Recognizing that not all rights are rights against rules should motivate deeper inquiry into the purposes that rights serve and, again, should promote acknowledgement of plurality”, os direitos devem ser levados a sério (Dworkin) e, também, os fatos devem ser levados a sério. Ver FALLON JR., Richard H. Applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, April 2000, v. 113, number 6, p. 1366.

22 GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).

Constitucional harmoniza a supremacia da jurisdição como a função que confere segurança jurídica ao tráfego através da consistência dos julgados que atribuem sentido e unidade ao direito. A nova teoria das normas, bem assim a atualização das técnicas legislativas desenvolve uma nova maneira de interpretar – com um caráter lógico-argumentativo<sup>23</sup> que encerra uma justificação interna (sem contradições entre as premissas e tendente à completude na resposta do problema) e com a justificação externa que abarca as razões sensíveis para a ratificação justificacional. Do ponto de vista do resultado, a interpretação deve ser coerente e tendente ao universal.

Uma resposta que não seria tão complexa na maneira de recompor um prejuízo patrimonial. Com efeito, quando existe um dano material, a coisa afetada já possuía um preço estimado – por exemplo, se um *carro da marca Alfa do ano de 2015* é completamente destruído, existe uma tabela FIPE que lhe atribui uma precificação aproximada. Se não houve destruição total, uma avaliação por técnico (dispensável que seja perito) pode aferir os gastos para a recomposição. Quer dizer que os danos materiais possuem um limitador dentro da própria classe de coisas que estimam a fungibilidade desses bens. A liquidação judicial (por arbitramento ou por artigos), a estimativa por analogia (art. 871 do CPC) ou uma *prova técnica simplificada* soluciona a depreciação (art. 464, §2º, do CPC).

A *quantificação do prejuízo material* foi abarcada pela *holding* dos julgados que convergiram na Súmula 54 do STJ. A tese judiciária incluiu o termo inicial dos juros se o caso decorresse de ilícito contratual ou de ilícito extracontratual, assim como está escrito nos arts. 397 e 398 do Código Civil.

---

8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 33.

23 A doutrina refere que os tribunais do direito comum cumprem uma dupla tarefa. A primeira se volta ao passado, resolvendo a disputa entre as partes. Por outro lado, também desempenham a função de enriquecer o ordenamento jurídico em um sentido prospectivo, firmando precedentes que asseguram a consistência à segurança jurídica. O atual Código de Processo Civil acompanha essa tradição no sentido de emprestar força ao triplice supedâneo da reengenharia da segurança jurídica: contraditório material, fundamentação sustentável e precedente vinculante. Ver PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law brasileira* (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

Nada foi destacado quanto à indexação do dano extrapatrimonial – em termos de *ratio decidendi* no sentido de unificar o direito.

Respeitosamente, essa visão é descritiva em termos de jurisdição. A análise que meramente recompõe preços defasados ou mesmo verifica se houve significativa destruição do objeto é mais explicativa ou cognitiva que *reconstrutiva do direito*. A margem da discussão monetária está delimitada e pressuposta por experiências cotidianas que obviamente poderiam assumir complexidade frente a objetos de rara significação (os “novos direitos” – que não estavam na pauta dos anos 1990 e hoje respaldam uma tutela atualmente assinalada como *híbrida*).

O problema é referente ao dano extrapatrimonial – porque ele não possui um preço de prateleira, ele não possui uma taxatividade de precificação<sup>24</sup>. Vale dizer que não existe preço para a perda de um ente querido, para a perda de um braço ou de uma perna, para um dano estético no rosto de uma modelo ou de um pedreiro, para um dano biológico que comprometeu o crescimento de uma criança em seus primeiros anos de vida.

Enfim, o dano extrapatrimonial depende das circunstâncias tendencialmente objetivas do caso para ser adjudicado e arbitrado. Esse cálculo é multifuncional porque o interesse<sup>25</sup> pressuposto não resiste a uma simples recomposição do patrimônio afetado. É muito difícil calcular o exato valor do dano que malferiu uma prerrogativa da personalidade. Daí que ocorre uma duplicação de funções<sup>26</sup>: uma função compensatória, que algo procura ressarcir à vítima, levando em conta uma estimativa do prejuízo causado e uma função pedagógico-dissuasória, que impulsiona

---

24 No final do ano de 2020, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul disponibilizou uma interessante ferramenta que elenca uma “média” das indenizações referentes ao dano moral. Trata-se de uma tabela não vinculante que ameaha alguns indicativos jurisprudenciais, até pelo fato de que o Enunciado 550 das Jornadas CJF estipula que: “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”. O importante é consignar que a jurisdição concretiza o montante do dano conforme a dogmática e as circunstâncias do caso – dentre elas, a perspectiva do tempo, confirmando a tese ora defendida e que afeta o termo inicial dos juros moratórios.

25 Interesse como categoria metaprocessual, como um conjunto de meios que ligam a posição jurídica à tutela do direito.

26 MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* (responsabilidade civil). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 380/5.

um dever de maior cuidado nas ações do sujeito que praticou o evento lesivo, e de resto também servindo de exemplaridade para a comunidade (pretensão de universalidade).

A dupla funcionalidade remete a uma metodologia bifásica para o cálculo da indenização. A doutrina<sup>27</sup> refere que o art. 946 do Código Civil estabelece que o valor das perdas e danos deve ser apurado na forma da lei processual. Contudo esse arbitramento é diferente daquele “arbitramento” decorrente da liquidação processual (que o perito nomeado pelo juízo elabora). Também se denomina *arbitramento* a apuração dos danos extrapatrimoniais, mas ele é decorrente de um capítulo efetuado na sentença e que avalia as funções da indenização e se vale de critérios (dogmáticos e casuístas) para, em um cálculo bifásico, chegar a um patamar que tende a recolocar as partes ao estado anterior da causação do prejuízo (melhor seria falar em “precificação”, *a fortiori* do art. 871 do CPC).

O próprio ordenamento jurídico oportuniza a utilização de alguns critérios para o arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial. Embora não tenha sido recepcionada pela Constituição, a Lei 5.250/67 entabula que no arbitramento desses danos deve ser considerada a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido. Aqui, também vale considerar a posição social e econômica do ofensor e a peculiaridade de o dano ser repetido para outros sujeitos. A intensidade do dolo ou o grau de culpa do sujeito também são objetos para serem aferidos juntamente com o comportamento da vítima e do ofensor no decorrer do fenômeno. Para além desses critérios que a Lei de Imprensa já estipulava, a questão da hipossuficiência (art. 39, IV, CDC) também é nota a ser considerada, assim como outros aspectos que se encontram na legislação – como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e as agravantes e atenuantes genéricas no cálculo da pena criminal. O importante é que o juiz, na prática, sistematize uma série de aspectos que o ambiente jurí-

---

27 *Idem*, *ibidem*, p. 387.

dico considera relevantes, inclusive fazendo inserir o *fator tempo entre a data da ofensa e a data da sentença* no valor da indenização – o fator tempo interessa ao processo e ao direito material.

Um trecho da fundamentação do REsp 1.152.541 (Terceira Turma, DJ 13/09/11), relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, explica o método bifásico no arbitramento do dano extrapatrimonial:

O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa, que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

No primeiro momento, o julgador deve observar o contexto jurídico – como ensina a experiência do círculo hermenêutico que garante a razoabilidade para a manutenção da igualdade perante o direito<sup>28</sup>. Identificados os fatores de convergência jurídica, no segundo momento são assinaladas as circunstâncias do caso concreto que de maneira objetiva tendem a uma universalização.

---

28 Na *civil law*, os juízes dão uma maior importância aos enunciados legislados; na *common law*, os juízes dão maior importância ao caso em julgamento e suas circunstâncias. A principal disparidade entre *civil law* e *common law*, portanto, é referente ao método utilizado para a solução de determinado caso – a ordem das premissas influencia, em termos de tradição jurídica, a classificação da conclusão. SHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico* (una nuova introduzione). Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ristampa. Roma: Carocci Editore, 2018, p. 106-110.

zação do valor pautado. Esse precedente converge à *ratio decidendi* do REsp 710.879 (Terceira Turma, DJ 01/06/2006), relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que estipulou o método bifásico nessas equivalentes premissas: no primeiro momento, analisando o contexto de julgamentos análogos e, no momento derradeiro, valorando as circunstâncias do caso concreto.

Em outras palavras – o primeiro momento traduz a dogmática (legislação e julgamentos-líderes) e o segundo momento avalia as circunstâncias do caso concreto. O arbitramento do dano extrapatrimonial deve ser razoável à conjugação dessas premissas. Além do valor monetário que é arbitrado, o julgador ainda deve ter em vista o *tempo que levou entre o evento danoso e o julgamento*. Certamente, o transcurso do tempo é fator internalizado na decisão como uma “circunstância objetiva” do caso, que pode ensejar até a dificuldade do acesso à justiça. Ora, não se pode demarcar um valor fazendo crer que os juros desde a data do evento resolvem a situação – o problema é melhormente resolvido com o arbitramento transparente do montante indenizável (ainda mais tendo em vista a hipercomplexidade da Sociedade 4.0 e a matriz dinâmica da adjudicação judicial, que varia na imanência dos padrões culturais de momentos cada vez mais fugazes).

*A fortiori*, quando o juiz efetua o raciocínio pelo método bifásico, ele deve levar em conta que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”. O citado art. 493 do CPC expressamente determina tal consideração – o dispositivo ratifica que o *tempo* é fato que atinge diretamente a existência, a permanência e o próprio arbitramento do dano extrapatrimonial, com importância decisória que toca o direito material e o processo.

Considerando que os precedentes relacionados resumem uma primeira fase dogmática, porque amalha semelhanças entre julgados ou aspectos legais pervasivos no sistema jurídico, e tendo em vista que na segunda fase as peculiaridades do caso

concreto ajustam o montante a ser indenizado, é possível concluir que a decisão interpreta e aplica a norma, daí arbitrando o valor da reparação por dano extrapatrimonial.

É nesses termos que a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça merece uma respeitosa análise quanto à indexação, *levando em conta a própria mudança da literalidade do Código de Processo Civil* explicitada abaixo.

## **2.2 *Narrowing*: o termo inicial dos juros sumulados e ratificados por precedentes exaspera a autorrestrrição em relação ao arbitramento judicial do montante para reparar o dano extrapatrimonial. Para uma base de cálculo diferente, o termo inicial dos juros é diferente**

Identificada a *holding* dos precedentes que culminaram na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e assentado que a jurisdição constitucionalizada desempenha uma função concretizadora da norma através dos novos precedentes que ratificaram a novel súmula, evidente que a decisão constitui e arbitra o montante da indenização por prejuízo extrapatrimonial. Assim, o art. 85, §16, do Código de Processo Civil resume e ratifica a solução proposta: “quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão”.

Os precedentes anteriores à Súmula 54 do STJ permitem separar os institutos que se tornaram verdadeiros dogmas: a responsabilidade por dano contratual e a responsabilidade por dano aquiliano, bem assim a incidência de juros compostos apenas ao sujeito que praticou o fato “delitivo” que ocasionou o dano. No REsp 9.753-SP (DJ 09-12-1991), em *obiter dictum*, falou-se em dano extrapatrimonial sem aprofundar a concretização desse ressarcimento em termos de teoria da decisão judicial.

Os precedentes relatados pela Ministra Nancy Andrighi e pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino não modificaram o termo inicial dos juros, conforme anotado nos acórdãos-líderes referidos.



A delimitação da questão firmada na tese do precedente permite *distinguir os casos futuros que ocorrerem e que não se enquadram no arranjo do acórdão*. “O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação”<sup>29</sup>. Quando se mexe na base de cálculo do valor indenizável, porque tal indenização é decorrente de arbitramento do juiz, diversas circunstâncias são abarcadas na conta, em especial, *circunstâncias outrora não previstas* nos precedentes clássicos. Com efeito, mudando a base de cálculo, também é caso de mudar o termo inicial dos juros moratórios, porque o acessório segue o principal.

A não aplicação do precedente pela distinção restritiva caracteriza o fenômeno do *narrowing*<sup>30</sup>. Trata-se de uma técnica que implica uma interpretação mais limitada, que restringe a aplicação do precedente. Em um mesmo movimento, a distinção pelo *narrowing* mantém o precedente-base no ordenamento ao lhe conferir uma aplicação diferenciada quanto à figura que excepciona em relação ao precedente. Por exemplo, quando se examina que a Súmula 54 do STJ e os precedentes que lhe ratificaram a continuidade vinculante forte não distinguem a maneira de calcular o dano extrapatrimonial, com uma metodologia e resultados diversos da apuração da indenização por dano material, verifica-se a hipótese de *estreitamento do precedente em relação à indexação do dano extrapatrimonial*. Conseqüentemente, os juros sobre o valor do dano extrapatrimonial concretizado fluem desde o trânsito em julgado. Isso é decorrência do *narrowing*, que “espreme” a razão de ser do precedente, com vistas à manutenção da própria finalidade desses enunciados que ficam no entorno da Súmula 54 do STJ.

Marinoni ressalta que “embora o precedente possa ter o seu conteúdo restrito ou ampliado, é preciso ver que a aplicação

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1009.

30 M. RE., Richard. Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, p. 1868. In: <https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>, acesso: 05-01-21.



do precedente deve ser compatível com a sua finalidade. Não há como admitir a adoção de um precedente quando é incompatível com a sua finalidade ou com as razões que justificaram a sua instituição. Todavia tal incompatibilidade também pode se dar diante de razões que estão à base de uma situação nova, não tratada no precedente, que impõem a limitação do alcance do precedente e, assim, em termos concretos, a sua não aplicação ao caso sob julgamento”<sup>31</sup>. Exatamente o que acontece quando a jurisdição do Estado Constitucional concretiza a norma do caso e arbitra o dano indenizável – daí considerando esse “termo para frente” como marco da indexação: a atualização monetária começa a contar desde a data da decisão, em especial, os juros moratórios fluem a partir do trânsito em julgado.

O arbitramento do dano extrapatrimonial indenizável consiste em uma faceta de ativismo judicial. Coetâneo a tal implicação está a autorrestricção dessa indenização para não extrapolar as funções compensatória e dissuasória dessa reconstrução<sup>32</sup>. Na medida em que o julgador avalia critérios que firmam patamares para o achado do montante a ser reparado, também é intuitivo que a decisão considera um valor calculado na data em que elaborado o raciocínio. Em outras palavras, o magistrado não retorna à data do fato para resolver a indenização como se nada tivesse acontecido – o grau de reprovação do fato lesivo<sup>33</sup> está

31 Marinoni, *Precedentes...*, cit., p. 231.

32 “A delimitação da *ratio decidendi* será realizada pelos julgados posteriores, atuando aquele julgado original como um parâmetro inicial do texto a ser interpretado. Ou seja, há um trabalho conjunto tanto da Corte competente para estabelecer o precedente como dos demais julgados que vão interpretar aquele texto e incorporar novos elementos à *ratio decidendi*”. Vale dizer que o precedente originário é paulatinamente firmado com a ajuda dos julgados posteriores e por vezes dissonantes. A mudança de entendimento sobre a função jurisdicional – de uma predição conceitual a uma predição concretizadora da norma do caso – acarreta efeitos para uma distinção ampliativa ou restritiva do precedente. PEIXOTO, Ravi. A técnica da distinção (*distinguishing*) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza *et ali*. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 648. A tarefa não é fácil e depende de um verdadeiro arranjo de derivações. “A statute may have an interpretation section which provides general definitions or elucidations of the rule. However, doubts about interpretation very commonly arise with reference to some particular event or case that may allegedly have occurred or may be hypothetical. In such contexts, it is not always easy to distinguish between interpreting a rule (general) and applying it to the facts of the case (particular). TWINING, William; MIERS, David. *How to do thing with rules*. London: Cox & Wyman Ltd, 1976, p. 85.

33 Uma distinção clássica efetuada pelos penalistas é que o “grau de reprovação” da conduta não está na própria conduta, mas é fruto de uma valoração raciocinada pelo juiz. O objeto da valoração (os pressupostos da indenização) é diferente da valoração do objeto. No cálculo da pena criminal, ao asseverar que o juízo de reprovação não está na cabeça do autor do *fato criminoso*, antes, é produto de uma *valoração que está na*

na “cabeça do juiz”, logo o fator tempo está abarcado no arbitramento judiciário. Equivale dizer que a reconstrução do ordenamento tem efeito *ex nunc* para o ressarcimento do dano extrapatrimonial. Essa conclusão faz com que a base de cálculo do dano extrapatrimonial seja concretamente menor que a base de cálculo do dano material (pode ser virtualmente analisada, mas não entra concretamente na conta).

Ao mesmo tempo em que valora a existência da contrariedade ao direito, a “ilicitude” passa a existir na sentença para viabilizar o arbitramento da indenização. Afinal, o fato jurídico ilícito é um acontecimento com aptidão para produzir consequências no mundo jurídico somente após a constatação judiciária da reprovação, pois consiste na reunião do “fato sensível + incidência da norma”. Segundo Marcos Bernardes de Mello, “a norma jurídica, portanto, enquanto não se materializa no mundo o seu suporte fático, não passa de uma proposição linguística sem consequências jurídicas quaisquer. Só a cópula norma/suporte fático cria fato jurídico, e somente de fato jurídico nascem efeitos jurídicos. Por isso, qualquer doutrina que não leve em conta esses elementos, como as doutrinas normativistas que somente veem a norma, relegando a plano secundário, ou mesmo deixando de lado o fato jurídico, jamais poderão explicar convenientemente o fenômeno jurídico”<sup>34</sup>.

A decisão é imprescindível na ocasião em que existe litígio sobre a constatação do ilícito e da responsabilidade pessoal. E somente a partir desse pressuposto decisório é que se passa ao arbitramento da indenização. Uma operação que encerra valoração, casuísmo e caráter aberto aos parâmetros debatidos em contraditório. O dinamismo do processo enseja a definição do ato ilícito com o escopo de funcionalizar o dever de reparar-dissuadir, sendo que a dialética que estrutura o processo atribui força consti-

---

*cabeça do juiz*, ao examinar o fato-crime, James Goldschmidt revela que o sistema jurídico predispõe normas afirmativas de valores que previnem a desestruturação ocasionada pela contrariedade ao direito. Porém, quando ocorre o dano, a adjudicação da responsabilidade e o cálculo do montante a ser reparado é objeto do conhecimento do juiz. GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, Bdef, 2007, p. 73.

34 Prefácio do ensaio *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, de Didier Jr. e de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, p. 12.

tutiva à demarcação da indenização. Segundo Fazzalari, consiste “nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione dell’atto); nella rilevanza delle medesime per l’autore dell’atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l’autore dell’atto debba tener conto dei risultati”<sup>35</sup>.

O contraditório legitima e confere sustentabilidade aos fundamentos da decisão judiciária. O arbitramento do dano extrapatrimonial é capítulo da sentença e decorre do grau de reprovação que o magistrado justifica, ao aferir o contexto de responsabilização<sup>36</sup> que ensejou o prejuízo. Em decorrência, quando o art. 292, V, do Código de Processo Civil, determina que “na ação indenizatória, inclusive fundada em dano moral, o valor pretendido” deverá ser individualizado na petição inicial – esse dispositivo ratifica todas as premissas entabuladas. Afinal, o contraditório não consiste em um instrumento de luta entre as partes, mas uma metodologia e um instrumento de operação do juiz<sup>37</sup>, que deve levar em conta a dialética processual para *concretizar a norma do caso e entregar a tutela do direito*.

Se a própria parte autora deve postular um valor que reputa “justo” para indenizar o dano extrapatrimonial (art. 292, V, CPC), quer dizer que na medida em que a jurisdição trabalha para concretizar a solução do caso em demanda é reduzida a aplicação do precedente em relação à total abertura do dano material. Afinal, a função de concretizar a norma do caso para adjudicar a responsabilização e arbitrar o montante a ser repara-

---

35 FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

36 Por “contexto de responsabilização” se remete aos pressupostos da responsabilidade civil, em especial, levando em conta a conduta, o elemento subjetivo (dolo) ou normativo (culpa), bem como o nexos causal.

37 PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Ensaio dedicado à memória de Angelo Bonsignori, com tradução de Luís Alberto Reichelt. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

do deixa claro que o sistema jurídico analisa o montante da indenização por intermédio de um “juízo elaborado pelo magistrado no momento da sentença”. A partir dessa data é que incidem os indexadores: atualização monetária desde a sentença, e os juros moratórios desde o trânsito em julgado (conforme o também citado art. 85, §16, do CPC).

## CONCLUSÃO

A Súmula 54 do STJ estabelece que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual”. Um enunciado que se sistematiza na inteligência conjunta dos arts. 397 e 398 do Código Civil (todos esses enunciados foram elaborados no milênio passado).

Ocorre que, na hipótese da responsabilidade por dano extrapatrimonial, a *concretização da norma jurídica pela jurisdição* possui o efeito de estipular a contrariedade ao direito e, ao mesmo tempo, arbitrar a indenização referente ao prejuízo – na prática, a jurisdição “constitui” o prejuízo. Essa espécie de dano permite um espaço de valoração mais aberto ao julgador, sendo que o *factor tempo também está inserido na delimitação da conta (diálogo das fontes entre art. 944 do Código Civil e art. 493 do Código de Processo Civil)*.

Se a base de cálculo do dano extrapatrimonial é diferenciada em relação às peculiaridades da base de cálculo do dano patrimonial, os fatores de indexação também merecem uma reflexão particularizada. Considerando o efeito *constitutivo* da decisão<sup>38</sup> que arbitra a recomposição dos danos extrapatrimoniais, portanto, a atualização monetária desse montante começa a valer desde a data da sentença (ou do acórdão, observado o efeito substitutivo do art. 1.008 do CPC) e, em especial, o termo inicial dos juros moratórios é contado a partir do trânsito em julgado.

A releitura estreita (*narrowed*) dos precedentes decorrentes da Súmula 54 do STJ distingue a aplicação do enunciado para outros casos, mantém o enunciado válido, mas não para ser apli-

<sup>38</sup> Aqui não se trata de classificações de ações ou sentenças, mas do efeito prático que a decisão implica por intermédio da concretização da norma do caso.

cado em termos de indexação do dano extrapatrimonial, cujos juros devem fluir a partir do trânsito em julgado.

## REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, ano 2001.

CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica de interpretação jurídica* (breviário para juristas). Trad. Daniel Mitidiero *et ali*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* (pensamento, raciocínio e lógica no direito). 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

FALLON JR., Richard H. As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, April 2000, v. 113, number 6.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Fairea – Editor, Bdef, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro. In ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), julho-dezembro 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. Prefácio do livro Teoria dos fatos jurídicos processuais. In: DIDIER JR., Fredie Didier; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* (responsabilidade civil). São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEIXOTO, Ravi. A técnica da distinção (distinguishing) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza et alii. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Ensaio dedicado à memória de Angelo Bonsignori com tradução de Luís Alberto Reichelt. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia, com tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PUGLIESE, William. Precedentes e a Civil Law brasileira (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

M. RE., Richard. Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, p. 1868. In: <https://columbia-lawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>, acesso: 05-01-21.

SHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico* (una nuova introduzione). Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ristampa. Roma: Carocci Editore, 2018.

SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense.

TWINING, William; MIERS, David. *How to do thing with rules*. London: Cox & Wyman Ltd, 1976.

ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.



# ITBI, Momento da Ocorrência do Fato Gerador e a Tese Fixada pelo Supremo Tribunal Federal

**Irapuã Gonçalves de Lima Beltrão**

*Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1993); especialização em Direito Econômico pela FGV (2002) e em Direito do Estado pela UERJ (2007); Master of Law pela University of Connecticut (2002); mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (2009); e doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (2014). É professor de Direito Tributário e Constitucional da Universidade Veiga de Almeida e foi professor substituto de Direito Tributário e Financeiro nos cursos de Direito e Contabilidade da UFRJ. Atualmente participa dos cursos de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, do Ibmec Rio, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, da Fundação Getúlio Vargas – FGV, da Universidade Estácio de Sá e da Escola Nacional de Seguros. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Tributário, finanças públicas, regulação, teoria do estado, seguro privado e constituição.*

**RESUMO:** Apesar de enormes críticas doutrinárias e conceituais, a prática de vários municípios brasileiros acostumou-se a exigir a realização do pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis nas operações onerosas antes mesmo de identificados os elementos do fato gerador do tributo. Não raro identifica-se a exigência do imposto muitas das vezes como condição para a realização dos atos negociais relativos aos direitos reais. A jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal como do Su-



perior Tribunal de Justiça, caminhou para repelir tal prática, culminando com a fixação da tese definitiva em repercussão geral em um julgamento em fevereiro de 2021, sendo este o caminho de interpretação judicial que se pretende ora analisar.

**PALAVRAS-CHAVE:** ITBI; imposto municipal; fato gerador; elemento temporal; jurisprudência

**ABSTRACT:** Despite enormous doctrinal and conceptual criticism, the practice of several Brazilian municipalities has become used to demand payment of the Real Estate Transmission Tax on onerous operations even before the elements of the tax triggering event are identified. It is not uncommon to identify the tax requirement often as a condition for carrying out business acts relating to real estate law. The jurisprudence of the Supreme Court and the Superior Court of Justice has moved to reject this practice, leading up to a definitive position in general repercussion judgment in February 2021, which is the path of judicial interpretation that is intended now analyze.

**KEY WORDS:** ITBI, municipality tax, tax trigger, temporal element, jurisprudence

Este artigo pretende analisar toda a celeuma alimentada durante anos sobre o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis nas operações *inter vivos* e onerosas, notadamente quanto ao desdobramento dos aspectos que cercam seu fato gerador e, em especial, sua perspectiva temporal. Para tanto, apreciaremos toda a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito, até finalmente a fixação da tese definitiva no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário – ARE nº 1294969 em fevereiro de 2021.

## 1. TRIBUTAÇÃO DAS TRANSMISSÕES IMOBILIÁRIAS

Como sabido, a tributação da transmissão de bens não é nova no país, remontando suas origens ao famoso Alvará de 1809<sup>1</sup>, que determinou o pagamento da sisa de dez por cento das

---

1 Reino de Portugal, Rio de Janeiro, Alvará de 9.6.1809, disponível em [http://objdigital.bn.br/acervo\\_digital/div\\_obrasraras/or22b\\_1\\_5n19.pdf](http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_obrasraras/or22b_1_5n19.pdf); acesso realizado em 12.03.2021

compras e vendas de bens de raiz, e meia sisa de cinco por cento nas compras e vendas de escravos ladinos, em todo o Estado do Brasil e Domínios Ultramarinos. Daquela inicial previsão, evoluiu-se para a figura de imposto de transmissão de bens imóveis que, nas primeiras constituições republicanas, sempre esteve na competência dos estados-membros até a virada da primeira metade do século XX.

Após alguma tentativa de divisão em 1961<sup>2</sup> da base material tributável para que uma parcela da matéria tributável passasse para a competência dos municípios, a festejada Emenda nº 18, de 1965, e o Código Tributário Nacional trouxeram de volta o velho modelo em toda transmissão onerosa ou gratuita de bens móveis e imóveis que pertenciam à competência dos Estados. Releva sempre destacar esse aspecto para ressaltar que somente a Constituição de 1988 fracionou a tributação nas transações de transmissões de bens, sendo destacado ao Município parcela dessa tributação (art. 156, II, CRFB) nos atos *inter vivos* e onerosos, remanescendo as operações gratuitas na competência estadual. Assim sendo, a recepção do art. 35 do CTN deve ser relida, e devem ser feitas adaptações:

- O atual ITBI pertence à competência dos municípios e do DF.
- O ITBI envolve só bens imóveis e direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia.
- Essa transmissão de bens imóveis deve ocorrer por ato oneroso e *inter vivos*.

A função do ITBI é predominantemente fiscal, ou seja, sua função é arrecadar recursos para os cofres públicos em virtude da manifestação de riqueza exteriorizada pelo patrimônio imobiliário urbano. É classificado como imposto direto, ou seja, não há a possibilidade de repercussão do ônus financeiro decorrente da tributação, ônus esse suportado pelo contribuinte. Ainda na percepção inicial, constitui imposto real, ou seja, é cobrado em

<sup>2</sup> Estados Unidos do Brasil, Emenda Constitucional nº 5, de 21.11.1961, Diário Oficial da União - Seção 1 de 22/11/1961 disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-5-21-novembro-1961-363625-publicacaooriginal-1-pl.html>, acesso realizado em 12.03.2021

virtude da propriedade pura e simples, não importando as condições pessoais do contribuinte.

Mas, independentemente desse processo de recepção do imposto, a materialidade da tributação nas transmissões de direitos reais manteve sua configuração histórica, mantendo a racionalidade decorrente da unicidade dos institutos jurídicos afetados.

## 2. A MATERIALIDADE DO FATO GERADOR DO ITBI

Seria simples repetir a constitucional ao mencionar que o fato gerador do ITBI é a transmissão onerosa, a qualquer título, de bens imóveis e de direitos reais a ele relativos, exceto os de garantia. Mas é sempre relevante destacar que a menção à tributação da transmissão não pode ser resumida apenas ao negócio da compra e venda, ainda que esta seja a forma mais comum da incidência do imposto municipal. Ademais, impende que seja caracterizado como ato oneroso, exigindo, portanto, uma contrapartida do adquirente, que igualmente não se pode limitar ao pagamento em dinheiro.

A redação definida na Constituição permite a identificação de tais elementos sobre o fato gerador, com os necessários cuidados na recepção do art. 35 do Código Tributário Nacional.

Mas grande parte da jurisprudência nacional para a compreensão da incidência da tributação nas transmissões imobiliárias já havia até mesmo sido construída pelo Supremo Tribunal Federal antes da atual Constituição Federal e, até mesmo, do Código Tributário Nacional, como se pode ilustrar pelas Súmulas 326 e 329, que remontam ao final do ano de 1963, *ex vi*:

Súmula 326 STF. É legítima a incidência do Imposto de Transmissão *inter vivos* sobre a transferência do domínio útil.<sup>3</sup>

Súmula 329 STF. O Imposto de Transmissão *inter vivos* não incide sobre a transferência de ações de sociedade imobiliária.<sup>4</sup>

3 Supremo Tribunal Federal, Súmula 326, aprovada na sessão plenária de 13.12.1963, publicação em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 144

4 Supremo Tribunal Federal, Súmula 329, aprovada na sessão plenária de 13.12.1963, publicação em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição:

De tudo, o fundamental para a materialização da hipótese de incidência é a transferência do direito real ou da propriedade, afastando as chamadas aquisições originárias como no caso da usucapião, sendo histórico o escólio do Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> de que não haverá a incidência do imposto na hipótese.

Assim, é fácil perceber que, ainda diante das normas anteriores, o Supremo Tribunal Federal consagrou algumas interpretações importantes para compreensão da hipótese de incidência do atual imposto de transmissão municipal, na forma de vários enunciados e julgados.

Tais comentários se mostram ainda mais importantes para reforçar o fato de que, apesar de o atual ITBI ser um produto da Constituição de 1988, muito de sua compreensão já estava sedimentada na forma dos impostos anteriormente previstos, inclusive em relação aos outros aspectos da hipótese de incidência.

### 3. DA INCORPORAÇÃO DOS INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL

Assim como outras bases de tributação, a transmissão de bens imóveis não configura evento exclusivo do mundo fiscal, sendo, ao contrário, incorporado pelos modelos de tributação a partir de reconhecimento anterior do negócio jurídico em si. Pode-se até afirmar que o tratamento dos ordenamentos jurídicos sobre a transferência imobiliária são aspectos secularmente tratados pelas normas jurídicas que cuidam das relações privadas nas nações.

Tal determinação é fundamental destacar sempre para que se observe que o legislador, no momento de redigir tais hipóteses, não poderia jamais desconhecer os conceitos já existentes nos demais ramos do Direito, notadamente ao usar os institutos do Direito Privado. Como já assinalava o art. 109 do CTN, a integridade do Direito é única, e as definições, conteúdos e alcances havidos nos institutos do Direito Privado devem sempre ser respeitados pelo legislador tributário.

---

Imprensa Nacional, 1964, p. 145.

5 Supremo Tribunal Federal – 2ª turma, Recurso Extraordinário nº 103.434, recte: Maria de Lourdes Maciel, recdo: Estado de Minas Gerais, rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 24.10.1985, DJ 14.2.1986

Não por outro motivo, os primeiros passos no caminhar da ciência jurídica exigem o destaque para a linguagem do Direito, justamente para reconhecer que alguns institutos existentes na materialidade do ITBI são, na verdade, formas e conteúdos já tratados pela lei civil. E essa adoção de uma linguagem própria do campo jurídico, em nome do princípio constitucional da segurança jurídica, deve ser única, assegurando aquela existência unitária dos institutos, como sempre defendida pelos diversos operadores, doutrinadores e aplicadores. Mesmo ao buscar uma visão didática do estudo de qualquer ramo jurídico, por meio da separação histórica entre o Direito Público e o Direito Privado, todos são concordes em afirmar a unicidade do Direito.

Exatamente para preservar situações como essas, as normas codificadas previram a necessidade de respeito aos limites do predomínio do Direito Privado no que tange ao exercício do poder de tributar. Assim, as normas codificadas ainda detalham mais, vedando ao legislador tributário, no momento das definições dos efeitos fiscais (art. 110, CTN), a adoção de qualquer conceito distinto daqueles já havidos no campo privado, sob o argumento lógico de que, se tal ocorresse, estar-se-ia diante de uma deturpação clara do escopo e da amplitude constitucional ao definir as linhas preliminares da tipificação dos impostos.

De toda sorte, para que não houvesse dúvidas na hermenêutica e aplicação das leis tributárias, as normas codificadas definiram a questão, orientando que a exegese da norma não poderia, a despeito de sua interpretação, ganhar uma força construtiva. Nesse ponto, lição hialina ocorreu, já na vigência da atual Constituição, quando a mais alta corte do país, analisando a arguição de inconstitucionalidade de contribuição tributária afirmou:

INTERPRETAÇÃO - CARGA CONSTRUTIVA - EXTENSÃO. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação a ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e

humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe “inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que “conviria” fosse por ela perseguida” - Celso Antonio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele. CONSTITUIÇÃO - ALCANCE POLÍTICO - SENTIDO DOS VOCÁBULOS - INTERPRETAÇÃO. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.<sup>6</sup>

Essa complexa compatibilização entre o instituto privado existente no núcleo do fato gerador e as previsões tributárias sempre representou o ponto nodal da definição do ITBI, já que a hipótese de incidência derivará necessariamente da definição, conteúdo e alcance de mercadoria, que advêm de negócio jurídico civil, dos conceitos imobiliários e dos atos ali praticados. Assim, toda a interpretação sobre os desígnios da hipótese de incidência deve guiar-se pelas regras de entrelaçamento entre o Direito Tributário e o Direito Privado, *ex vi* o contido nos arts. 109/110 do CTN.

Por isso, em se tratando de transmissão de bens imóveis, o fato gerador ocorre quando do registro do título translativo (escritura pública de compra e venda ou de outros negócios imobiliários onerosos) no respectivo cartório de registro de imóveis por força do art. 1.245 do Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

---

6 Supremo Tribunal Federal – Pleno; Recurso Extraordinário nº 166.772-9-RS, recte: Abastecedora Tonolli Ltda., recdo: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. em 12.5.1994, publ. DJU de 16.12.1994, p. 34.896; Ement. Vol. 1771-04 pp. 703 RTJ Vol. 00156-02 pp. 666

Se parecem óbvias tais afirmações, por outro lado, na legislação e tratamento dado pelos mais diversos municípios para o imposto, tal fato não se verificou.

#### 4. O ASPECTO TEMPORAL DO FATO GERADOR DO ITBI

Inquestionáveis tais elementos de integração do tratamento dado pela lei civil, não há dúvidas de que, tecnicamente, somente com o registro dos atos translativos de propriedade é que ocorrerá o fato gerador do imposto.

Se tal assertiva é de fácil conclusão, em muitas situações pretéritas houve alguma celeuma quanto a isso, especialmente para aferição dos elementos tributários, inclusive quanto à recuperação das mais cristalinas determinações havidas no sistema tributário nacional. Ilustra-se: tal elemento é determinante para efeito de aplicação dos patamares incidentes e legislação aplicável, notadamente para definição da alíquota e o valor do bem, à luz da determinação contida no art. 144 do CTN.

Apesar da clareza da determinação e da conclusão hermenêutica resultante daquela integração determinada pelos artigos 109 e 110 quanto ao emprego dos institutos e forma extraídas dos conceitos do Direito Privado, o Poder Judiciário nacional sempre foi chamado para reafirmar tais conclusões. Nunca demais lembrar também que o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de destacar:

Súmula 108 STF. É legítima a incidência do Imposto de Transmissão *inter vivos* sobre o valor do imóvel ao tempo da alienação, e não da promessa, na conformidade da legislação local.<sup>7</sup>

Tais conclusões são igualmente válidas para o imposto de transmissão estadual, notadamente a sua verificação nas doações imobiliárias. Além da obviedade quanto ao valor do bem, aplicar-se-ia o mesmo raciocínio quanto aos patamares de alíquotas incidentes e também quanto aos dados e aspectos da coisa que influenciarão nos elementos quantitativos.

---

<sup>7</sup> Supremo Tribunal Federal, Súmula 108, aprovada na sessão plenária de 13.12.1963, publicação em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 69

E a história das afirmações da Suprema Corte nacional se repete também nesses aspectos, como novamente se reproduz a seguir:

Súmula 110 STF. O Imposto de Transmissão *inter vivos* não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada pelo adquirente, mas sobre o que tiver sido construído ao tempo da alienação do terreno.<sup>8</sup>

Súmula 470. O Imposto de Transmissão *inter vivos* não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada, inequivocamente, pelo promitente comprador, mas sobre o que tiver sido construído antes da promessa de venda.<sup>9</sup>

Sem prejuízo de toda a clareza dessas conclusões, é de praxe já nacionalizada em muitos municípios a exigência da demonstração do pagamento realizado quando na realização nas promessas ou compromissos de compra e venda.

Como sabido, não há transferência de titularidade ou de domínio nesses contratos preliminares, ainda que sua realização seja reconhecida por grande parte dos ordenamentos jurídicos. Sem prejuízo da importância que todos esses atos preparatórios tenham para o mundo jurídico e para o mercado imobiliário, não se pode equiparar aos atos translativos de propriedade, mesmo que levados para a transcrição no cartório do registro de imóveis.

E, na vigência do atual Código Civil, tal aspecto ganha explícita forma nos termos do art. 1.417 que reconhece ao promitente comprador direito real à aquisição do imóvel resultante do ato de promessa de compra e venda, desde que não se tenha pactuado o arrependimento, seja tal ato celebrado por instrumento público ou particular, desde que registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

O conteúdo de tal disposição é igualmente cercado de clareza solar para implicar numa completa inexistência, naquele momento, do fato gerador do ITBI, mesmo que em tal negócio

---

8 Supremo Tribunal Federal, Súmula 108, aprovada na sessão plenária de 13.12.1963, publicação em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 70

9 Supremo Tribunal Federal, Súmula 470, aprovada na sessão plenária de 1.10.1964, publicação DJ de 08.10.1964, p. 3648; DJ de 09.10.1964, p. 3668; DJ de 12.10.1964, p. 3700.



preliminar estejam todas as condições e características da futura transferência de domínio.

Por tudo, qualquer exigência de ITBI naquele momento preliminar é incabível, tendo a história nacional repelida qualquer pretensão nesse sentido. Novamente para recuperar a história associada à tributação das transferências imobiliárias, é relevante recuperar que o Supremo Tribunal Federal repeliu a exigência de imposto nos contratos preliminares antes mesmo da promulgação do Código Tributário Nacional, chegando a editar em dezembro de 1963 o seguinte verbete de enunciado:

Súmula 82 - São inconstitucionais o imposto de cessão e a taxa sobre inscrição de promessa de venda de imóvel, substitutivos do imposto de transmissão, por incidirem sobre ato que não transfere o domínio.<sup>10</sup>

Sem prejuízo da explícita determinação da Suprema Corte nacional, diversos municípios, após a promulgação da atual dicotomização na tributação das transferências imobiliárias, voltaram com a pretensão de tributação das promessas e dos compromissos de compra e venda, recebendo o necessário rechaço do Superior Tribunal de Justiça, como ora se ilustra:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.(TRIBUTÁRIO. ITBI. DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS E PROGRESSIVIDADE. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA RESCINDIDA) O fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel motivo pelo qual não incide referida exação sobre o registro imobiliário de escritura de resilição de promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo.<sup>11</sup>

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ITBI. MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. AVERBAÇÃO,

<sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal, Súmula 82, aprovada na sessão plenária de 13.12.1963, publicação em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 60

<sup>11</sup> Superior Tribunal de Justiça – 1ª turma, Agravo Regimental no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 764808, recte: Município de Santa Luzia, recdo: Companhia Vale do Rio Doce, rel. Min. Luiz Fux, j. em 15.3.2007, DJ 12.4.2007

NO REGISTRO IMOBILIÁRIO, DA TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE (COMPRA E VENDA). (...) 6. São incontroversos, portanto, os seguintes fatos: a) o negócio jurídico (lavatura de escritura pública de promessa de compra e venda) conferiu direitos de natureza meramente obrigacional, à luz da legislação cível então vigente (os direitos reais, segundo o CC/1916 e a Lei de Registros Públicos, somente se adquiriam com o registro do negócio jurídico no Cartório de Imóveis, o que não ocorreu no caso concreto); b) na época da celebração do negócio jurídico acima referido - isto é, em 28.6.1978 -, já se encontrava em vigor o art. 35, I, do CTN, que disciplina como fato gerador do ITBI a transmissão da propriedade. 7. A exegese do STJ, a respeito do art. 35, I, do CTN, é de que a transmissão do bem imóvel (fato gerador do ITBI) ocorre com o registro da compra e venda (não da simples promessa de compra e venda) no Cartório de Imóveis. Precedentes: AREsp 1.425.219/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 1/3/2019; AgRg no AREsp 813.620/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 5/2/2016; AgRg no AREsp 659.008/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/4/2015. (...) <sup>12</sup>

E, como estas, inúmeras decisões se reproduzem nos demais tribunais, especialmente na Justiça estadual das diversas unidades federativas nacionais.

## 5. DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DO ITBI ANTES DO REGISTRO NO CARTÓRIO IMOBILIÁRIO

Por tudo que já se reconhece no desenvolvimento acima, não haveria dúvidas de que, sendo a percepção do aspecto temporal do ITBI apenas no registro do cartório imobiliário, o imposto somente poderia ser exigido após a respectiva transcrição junto àquela serventia.

Mas, ao contrário do que a óbvia conclusão acima inclinava, a prática dos municípios se deu de forma diversa. Mediante toda uma estrutura normativa que usualmente compõe a legislação dessas unidades municipais, foi se criando a percepção de

---

12 Superior Tribunal de Justiça – 2ª turma, Recurso Especial nº 1809411, recte: Léa Schwery Abdalla e outros, recdo: Município de Nova Andradina, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 10.9.2019, DJe 18.10.2019

que o pagamento do imposto seria exigido já para que até mesmo a escritura fosse feita.

Tal exercício se percebe por meio de normas legais municipais que constroem os agentes cartorários a tal exigência, muitas vezes impondo a responsabilidade pelo tributo caso não tenha sido exigido para a realização dos atos. É corriqueiro para qualquer um que atue no mercado imobiliário – ou que até mesmo tenha simplesmente realizado uma transação imobiliária – que, para realizar uma escritura pública de compra e venda, por exemplo, é necessário que o ITBI já tenha sido recolhido. E mesmo que eventualmente conseguisse celebrar a escritura pública, o imposto voltaria a ser exigido na prévia apresentação dos títulos para registro no cartório de imóveis.

Respeitada aquela mencionada integração dos aspectos tributários com os institutos do Direito Privado, a tradicional exigência de pagamento do ITBI para a feitura da escritura pública que antecede ao registro nunca foi algo regular, ainda que o STJ tenha uma antiga decisão vedando tal prática, *litteris*:

TRIBUTARIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMOVEIS – FATO GERADOR - REGISTRO IMOBILIARIO - (C. CIVIL, ART. 530). A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro do respectivo título (C.Civil, Art. 530). O registro imobiliário e o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis. Assim, A pretensão de cobrar o ITBI antes do registro imobiliário contraria o ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

Ainda que apreciando um caso do imposto estadual sobre doações – cujas conclusões seriam as mesmas – é lapidar o testemunho do Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer tal cenário:

O recolhimento do ITCMD, via de regra, ocorre antes da realização do fato gerador, porquanto o prévio pagamento do imposto é, normalmente, exigido como condição para o registro da transmissão do domínio. Assim, no presente caso, não é possível afirmar que o pagamento antecipado pelo con-

---

13 Superior Tribunal de Justiça – 1ª turma, Recurso Especial nº 12.546, recte: Mercator – empreendimentos mercantis Ltda., recdo: Estado do Rio de Janeiro, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 21.10.1992, DJ 30.11.1992

tribuinte, ao tempo de seu recolhimento, foi indevido, porquanto realizado para satisfazer requisito indispensável para o cumprimento da promessa de doação declarada em acordo de separação judicial.<sup>14</sup>

Numa percepção realística, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente reafirmado isso por várias décadas, sempre corrigindo a irregular prática trazida pelos municípios quanto à administração do ITBI. Como se já não bastassem as múltiplas decisões históricas, o STJ ainda tem martelado nessa tecla, como novamente se ilustra:

(...) 10. O Tribunal a quo foi claro ao dispor que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. A partir daí, portanto, é que incide o tributo em comento.

11. O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente. Precedentes do STJ.<sup>15</sup>

Dentro da capacidade das múltiplas decisões do STJ, entretanto, não houve uma mudança na realidade das transações imobiliárias, nem da recorrente exigência perpetuada pelos municípios já enraizada nas atividades cartorárias.

Entretanto, o ano de 2021 traz grande olhar de positividade para tal retrato, com o tema sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal já com as ferramentas que lhe são atribuídas, notadamente pela forma da repercussão geral e seus vinculantes efeitos. A questão foi analisada no Recurso Extraordinário com Agravo n° 1294969<sup>16</sup>, com repercussão geral, em sessão do Plenário Virtual encerrada no dia 12 de fevereiro. Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência do-

---

14 Superior Tribunal de Justiça – 1ª turma, Recurso Especial n° 1236816, recte: Tiago Strett Fontana e outros, recdo: Oscar Aloysio Sheibel, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 15.3.2012, DJe 22.3.2012

15 Superior Tribunal de Justiça – 2ª turma, Recurso Especial n° 1754011, recte: Município de Fortaleza e outros, recdo: os mesmos, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 17.12.2019, DJe 28.8.2020

16 Supremo Tribunal Federal – Pleno, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n° 1294969, Recte: Município de São Paulo, recdo: Drausio Ferreira Leme e outros, rel. Min. Luiz Fux, j. em 11.2.2021, DJe 19.2.2021

minante de que o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis só é devido a partir da transferência da propriedade imobiliária, efetivada mediante o registro em cartório, consolidando sob a forma do Tema nº 1124.

O tema ganha ainda mais relevo porque envolvia o Município de São Paulo ao ser devolvido de decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que considerou ilegal a cobrança do ITBI tendo como fato gerador a cessão de direitos decorrentes de compromisso de compra e venda de imóvel firmado entre particulares.

Sem prejuízo das peculiaridades do caso concreto, diversos integrantes daquele colegiado apontaram diversas decisões, colegiadas e monocráticas, dos mais diversos tribunais nacionais no sentido de que a exigência do ITBI ocorre com a transferência efetiva da propriedade, que se dá com o registro imobiliário, e não na cessão de direitos, por exemplo, pois não se admite a incidência do tributo sobre bens que não tenham sido transmitidos.

O mais interessante desse caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal deu-se no sentido de reconhecer que a questão jurídica tributária-constitucional já estava pacificada, mas que era extremamente necessário reafirmar a jurisprudência do próprio STF e do STJ – como se verificou acima – para que fosse fixada tese de repercussão geral, em razão do potencial impacto em outros casos e dos múltiplos recursos sobre o tema. Os múltiplos processos judiciais continuavam se avolumando no Judiciário porque a prática dos municípios, apesar da iterativa jurisprudência, insistia na indevida exigência.

Por bem, o sistema jurídico-constitucional atual já possui ferramentas para tentar dotar de alguma racionalidade, sobremaneira pelo sistema de precedentes qualificados, de fora que o Supremo Tribunal Federal possa exercer seu papel de Corte Constitucional e, com isso, garantir segurança jurídica.

## 6. ALGUMAS CONCLUSÕES (E ESPERANÇAS)

Pelo esposado, não há como ser negada a perspectiva temporal do ITBI como tão somente o registro do cartório imobiliário e a conclusão de que o imposto não poderia ser exigido antes da respectiva transcrição junto àquela serventia. Tal conclusão não é nova, nem num perfuntório raciocínio jurídico, nem mesmo das decisões dos tribunais pátrios.

Sem prejuízo da hialina conceituação jurídica quanto ao momento da incidência da exação, os municípios vinham perpetuando uma prática de exigir a demonstração do tributo antes mesmo da realização dos atos mínimos necessários para identificação do fenômeno tributável, em muitas ocasiões constringendo os agentes notariais, registrais e cartorários com a fixação da responsabilidade sob o tributo. Apesar das evidentes críticas conceituais, a praxe da edilidade transcendeu para o senso comum das pessoas em geral e até mesmo para os profissionais relacionados ao negócio jurídico, como, por exemplo, nas atividades de corretagem, intermediação e assessoria imobiliária.

Os casos levados aos tribunais refutavam tal praxe e, ainda assim, não foram capazes de alterar a prática de exigir o ITBI antes em si da ocorrência do fato tributário. A novidade é atribuir a tal jurisprudência a efetividade por meio do efeito vinculante, esperando-se, portanto, que as legislações municipais sejam afetadas, diante da potencial inconstitucionalidade de suas previsões.

Na comunidade jurídica temos agora a seguinte tese fixada: *“O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro”*. Cabe agora à sociedade recepcionar tal formulação e impor mudanças nas transações imobiliárias, exigindo que os municípios (e porque não dizer o mesmo para os estados quanto ao imposto nas doações) alterem sua forma de lidar com o imposto.

# “Jurisprudência da Crise” no Brasil? Entre a Proibição do Retrocesso Social, a Crise Econômica e a Pandemia da Covid-19

**Leonardo Scofano Damasceno  
Peixoto**

*Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA. Professor convidado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Defensor Público do Estado de São Paulo.*

**José Jerônimo Nogueira de Lima**

*Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor assistente em Direito Administrativo PUC/SP. Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito – EPD. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.*

**Jamile Cruzes Moysés Simão**

*Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília. Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisadora do grupo “Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF” da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.*

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de investigar a possibilidade de identificação de uma “jurisprudência da crise” no Brasil, como ocorreu outrora em Portugal, a partir da análise de precedentes judiciais desses dois países e das medidas de austeridade, em cotejo com os meandros da proibição do retrocesso social, do Poder Judiciário no atual cenário, dos impactos da crise econômica e da pandemia do novo coronavírus. Antes de tudo, é preciso delimitar o conceito de “jurisprudência da crise” e a sua extensão à identificação interna, já que a concepção portuguesa remete a matérias financeiras, remuneratórias, tributárias, previdenciárias e assistenciais durante a crise econômica de 2007/2011. No presente momento, o conceito de “jurisprudência da crise” deve ser atualizado à realidade fática, envolvendo não só o juízo das medidas de austeridade da crise econômica, mas também das medidas emergenciais em combate à pandemia, que demandam prioridade até mesmo na definição discricionária da pauta do STF. Dentro do critério metodológico empírico-jurisprudencial, adotado neste artigo, pode-se constatar que a “jurisprudência da crise” está em processo de formação e consolidação no STF. O último intérprete formal da Constituição, assim, deve considerar as circunstâncias concretas excepcionais/emergenciais, os limites textuais da Constituição e a proibição do retrocesso social nesse período de crise econômica e calamidade pública da COVID-19.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisprudência da crise. Proibição do retrocesso social. Austeridade. Pandemia.

**ABSTRACT:** This article aims to investigate the possibility of identifying a “crisis jurisprudence” in Brazil, as was the case in Portugal, based on the analysis of judicial precedents in these two countries and austerity measures, in comparison with the intricacies of prohibition of social retrocess, of the Judiciary in the current scenario, of the impacts of the economic crisis and the pandemic of the new coronavirus. First of all, it is necessary to delimit the concept of “crisis jurisprudence” and its extension to internal identification, since the Portuguese conception refers to financial, remuneration, tax, social security and assistance mat-



ters during the 2007/2011 economic crisis. At the present moment, the concept of “crisis jurisprudence” must be updated to the factual reality, involving not only the judgement of the austerity measures of the economic crisis, but also of the emergency measures to combat the pandemic, which demand priority even in the discretionary definition of the Supreme Court’s agenda. Within the methodological criteria established in this article, it can be seen that the “crisis jurisprudence” is in the process of formation and consolidation in the Supreme Court. The last formal interpreter of the Constitution, therefore, must consider the exceptional/emergency concrete circumstances, the textual limits of the Constitution and the prohibition of social retrocess in this period of economic crisis and calamity of COVID-19.

**KEYWORDS:** Crisis jurisprudence. Prohibition of social retrocess. Austerity. Pandemic.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. Perspectivas para os direitos sociais no Brasil em tempos de austeridade – 2. A COVID-19 e a questão orçamentária – 3. O Poder Judiciário no atual cenário austero e pandêmico – 4. “Jurisprudência da crise” no Brasil? – Conclusão – Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

Segundo Pinheiro (2014, p. 170), “a ‘jurisprudência da crise’ traduz um ‘processo negocial’ entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as ‘exigências das circunstâncias’”. Nessa ordem transitória e excepcional decorrente da crise financeira de 2007/2008, Portugal firmou um Memorando de Entendimento com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional (*troika*) para a redução do déficit e o ajuste econômico na política fiscal portuguesa. O autor aborda que o Tribunal Constitucional de Portugal (TCP) amparou-se no interesse público para decidir pela constitucionalidade de medidas de austeridade que teriam um diferente final em outros tempos, em “manifesta cedência da normatividade à verdade do mundo”.

No Brasil, a crise político-econômica se desencadeou em 2014, gerando forte recessão, desemprego e adversidades na manutenção de direitos sociais. Agora, então, com o novo coronavírus, a situação se agravou a ponto de se afirmar que essa pandemia representa o maior desafio econômico-social que o Brasil já enfrentou em sua história.

Desde a crise econômica até a pandemia, o STF tem sido provocado a decidir questões socioeconômicas, como o orçamento impositivo de 2015, a redução em investimentos da saúde e da educação, a reforma previdenciária, a supressão de direitos trabalhistas, a flexibilização da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) diante da COVID-19 etc. O Judiciário como um todo também tem sido acionado nas referidas questões (*v.g.* previdência de servidores estaduais e a escolha das prioridades orçamentárias).

Não só isso. O STF também tem recebido outras ações ligadas à calamidade pública da pandemia, como a suspensão do prazo de resposta da Lei de Acesso à Informação aos órgãos públicos em quarentena, a restrição à locomoção intermunicipal, a proteção de dados dos cidadãos e o exercício do poder de polícia sanitária pelos entes federativos.

Nesta pesquisa, aborda-se a seguinte questão: alcançado determinado nível de garantia dos direitos sociais é possível pura e simplesmente retroceder? E na circunstância atual de recessão econômica, emergência e necessidade?

Por fim, o presente artigo investiga a possibilidade de identificação de uma “jurisprudência da crise” no Brasil, como ocorreu outrora em Portugal, a partir da análise de precedentes judiciais desses dois países e das medidas de austeridade, acrescentando-se a novidade da pandemia na pesquisa.

## **1- PERSPECTIVAS PARA OS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL EM TEMPOS DE AUSTRIDADE**

Antes de abordar as medidas de austeridade e perspectivas dos direitos sociais, é necessária uma breve exposição histórica

dos governos brasileiros, desde a pré-crise de 2014 até os dias atuais, para a compreensão mínima da crise político-econômica.

No período pré-crise de 2014, o governo Lula (2003-2010) foi marcado pela manutenção da estabilidade econômica, retomada do crescimento do país e redução da pobreza e da desigualdade social (FAGNANI, 2011). O governo registrou crescimento de 32,62% do PIB, média anual de 4%, e 23,05% da renda per capita, média anual de 2,8% (BANCO MUNDIAL, c2019). O presidente Lula assumiu a presidência com a inflação anual em 12,53% e a entregou a 5,90%, mas com altas taxas de juros (RECORD, c2019).

A política social do governo Lula foi marcada pelo Bolsa Família (programa de redistribuição de renda para famílias pobres, que reformulou e ampliou o Programa Bolsa Escola do governo FHC), pelo “Fome Zero” e o “Primeiro Emprego”.

Mesmo com o relativo avanço social, o governo Lula foi marcado negativamente pela corrupção, como o escândalo do “Mensalão”, com a Ação Penal 470 no STF.<sup>1</sup> Ademais, a busca em sediar grandiosos eventos esportivos (Olimpíadas e Copa do Mundo) gerou bastante controvérsia sobre os prejuízos e legados, diante da necessidade progressiva de investimentos sociais e em infraestrutura para o crescimento econômico do país.

Se antes o governo Lula fora beneficiado com o *boom* das *commodities* para o grande crescimento econômico e o consequente surgimento da nova classe média, o governo Dilma Rousseff (2011-2016) foi marcado pela baixa dos seus preços no mercado externo, atingindo as exportações brasileiras e reduzindo a entrada de capital estrangeiro no país (CARVALHO, 2018).

No âmbito interno, a “nova matriz econômica”, baseada em redução da taxa de juros, desvalorização do real, elevação

---

<sup>1</sup> O processo do “Mensalão”, originado da compra de votos de parlamentares em projetos de interesse do governo (v.g. Reforma da Previdência), envolveu o julgamento de 38 réus, tais como o ex-ministro-chefe da Casa Civil, o ex-presidente da Câmara dos Deputados e deputados federais, pelos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, evasão de divisas, formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta.

de gastos estatais, concessões de subsídios, desonerações fiscais e intervenção em preços, não alcançou os efeitos esperados (SCHYMURA, 2017).

Gonçalves (2017) menciona as heranças calamitosas dos governos Lula e FHC não rompidas pelo governo Dilma: (i) No campo econômico, houve tendências estruturais fragilizantes, como a desindustrialização, a reprimarização das exportações, a dependência tecnológica, a vulnerabilidade externa estrutural, a concentração de capital, a dominação financeira, o endividamento de empresas e famílias etc.; (ii) No campo ético-institucional, aprofundou-se o sistema patrimonialista e clientelista gerador de ineficiência e corrupção.

O governo Dilma foi marcado, então, por uma grave crise econômica no segundo mandato, com acentuada queda do PIB brasileiro e encolhimento do PIB per capita em mais de 9% entre 2014 e 2016 (LEITÃO, 2017).

Em seu governo, a “PEC do Orçamento Impositivo” (EC nº 86/2015) foi aprovada, determinando o gasto mínimo federal em saúde de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro (art. 198, § 2º, I), a ser cumprido gradativamente dentro de cinco anos de sua promulgação (EC nº 86/2015, art. 2º). A proposta significou um claro retrocesso, pois os valores eram menores do que os estabelecidos pela EC nº 29/2000, caracterizando uma inaceitável perda de 0,8% da receita (SARLET; PINTO, 2015, p. 04).

Na efervescência política, econômica e social do país, a presidente Dilma sofreu *impeachment*, com a perda do mandato. Assumiu, então, o vice-presidente Temer (2016-2018), com baixa legitimidade popular, em período marcado pelo retrocesso de direitos sociais, como as reformas para desvincular receitas sociais e impor limites a gastos futuros.

A EC nº 93/2016 renovou a desvinculação de receitas da União (DRU) até 31/12/2023, ampliando para 30% a DRU relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social.

Nessa conjuntura, surgiu a indagação da Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal (2019, p. 31) em “Análise da Seguridade Social em 2018”:

Mas por que desvincular 20% ou 30% dos recursos da seguridade social? Porque historicamente o Orçamento da Seguridade Social sempre foi superavitário. Para dar uma ideia, entre 2005 e 2016, o superávit médio anual foi de R\$ 50,1 bilhões. Coincidência ou não, nesse mesmo período, entre 2005 e 2016, o valor médio de recursos desviados da Seguridade Social afastados pela DRU foi de R\$ 52,4 bilhões, ou seja, da mesma ordem de grandeza da média dos superávits da Seguridade no mesmo período.

Sem a DRU, a exposição pública dessa sobra de recursos incentivaria os projetos de reajuste de aposentadorias, de aumento da aplicação de recursos na Saúde ou na Assistência Social, entre outros.

Se, ao longo dos anos, os superávits não tivessem sido desviados da Seguridade Social, poderiam ter servido para melhorar o valor dos benefícios previdenciários e assistenciais, bem como os serviços nas áreas da Saúde e Assistência Social, promovendo, assim, uma melhor distribuição de renda na sociedade. Os superávits ainda poderiam ter sido utilizados para constituir uma grande reserva com o objetivo de dar solidez à Seguridade Social e serem usados em momentos de crise, como a que o país vive atualmente.

Assim, além de contribuir para a criação do artificial discurso de déficit da Seguridade, a DRU promove a subtração de recursos disponíveis para a disputa alocativa no processo de elaboração do orçamento da Seguridade e evita a constituição de um fundo de reserva que contribuiria para compensar perdas de arrecadação em momentos de crise. A utilização desse expediente visa a construir uma conta de déficit da Seguridade Social e demonstra que o interesse real na desvinculação nunca foi resolver problemas de gestão financeira de recursos, mas potencializar os discursos em prol das reformas para supressão de direitos financiados pela Seguridade Social.

A EC nº 95/2016 alterou o ADCT para instituir o “Novo Regime Fiscal”, que vigorará pelos próximos 20 exercícios financeiros (art. 106), fixando-se para cada exercício limites para as despesas primárias. Em 2017, a despesa primária correspondente ao exercício de 2016, acrescida de 7,2%, e, nos demais anos, a despesa do ano anterior corrigida pela inflação, o que se aplica sobretudo nas políticas públicas de saúde e educação (art. 110).

Em estudo realizado pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos, após um ano de vigência da EC nº 95/2016, revelou-se que a reforma impactou o orçamento federal de 2017 das dotações em saúde e educação na ordem respectiva de 17% e 19% (INESC, 2018).

Segundo projeção do IBGE (c2019), em 2036, haverá quase 230 milhões de brasileiros, 20 milhões a mais que o número atual. Evidente que o exercício financeiro apenas corrigido anualmente pela inflação não acompanhará o crescimento geométrico populacional, atendendo-se cada vez menos a demanda dos milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha de pobreza.

Não só isso, a pobreza, o desemprego e o subemprego avançam de mãos dadas com a precarização dos serviços públicos, pois mais pessoas buscarão os serviços de saúde pública e os benefícios assistenciais (*v.g.* LOAS, Bolsa Família) e trabalhadores (seguro-desemprego). Esse aumento de demanda acaba compensado por cortes efetivos em gastos e em qualidade, pois a ampliação corrigida pela inflação não atende ao aumento das despesas (ANFIP, 2019, p. 21).

Passados três anos da promulgação das ECs nº 93/2016 e nº 95/2016, eis que surge a PEC 188/2019 do governo Bolsonaro, com a equivocada política de flexibilizar novamente as vinculações de receitas para saúde e educação (respectivamente, 12% e 25%).

Apesar da malsucedida Reforma da Previdência (PEC 287/2016) da gestão Temer, foi aprovada, no atual governo Bolsonaro, outra Reforma (EC nº 103/2019) mais rígida que a anterior e eivada de inconstitucionalidades a serem abordadas no tópico 3.

Ainda há a “PEC paralela da Previdência” nº 133/2019, já aprovada em dois turnos pelo Senado e remetida à Câmara, nos seguintes termos: adesão dos Estados e Municípios ao novo regime da EC nº 103/2019; alterações e ajustes para cálculos de aposentadoria, regras de transição para mulheres, pensão por morte, tempo de contribuição para homens, tratamento de servidores com deficiência, reabertura de prazo para adesão ao regime de previdência complementar e aposentadoria por incapacidade e acidente. Essa PEC também traz regras brandas a algumas categorias, inserindo que lei complementar poderá estabelecer os requisitos para concessão de aposentadoria e pensão a policiais federais, civis, militares, agentes penitenciários e socioeducativos, peritos criminais e integrantes das Polícias Legislativas.

A despeito da crise econômica e da necessidade de reformas previdenciárias em razão do progressivo envelhecimento da população, não houve ajustes efetivos no combate às renúncias fiscais.<sup>2</sup> Em 2018, a desoneração fiscal chegou a R\$ 292,8 bilhões (4,29% em relação ao PIB e 22,6% em relação à arrecadação) e, em 2019, a R\$ 307,1 bilhões. Apenas nas renúncias de contribuições sociais, em 2018, a desoneração atingiu R\$ 150,7 bilhões, equivalentes a 19% de todas as receitas de contribuições sociais (ANFIP, 2019, p. 23-25).<sup>3</sup>

---

2 Segundo Teixeira Júnior (2016, p. 26), “a partir da Medida Provisória 540/2011, convertida na Lei 12.546/11, o governo federal lançou mão de desonerações previdenciárias, culminando por estendê-las para 56 setores econômicos, responsáveis por 50% do PIB nacional, incumbindo-lhe promover a compensação das receitas de que abriu mão, devendo o Tesouro compensar à Previdência. Para o exercício de 2014, o total da desoneração previdenciária foi de 30,052 bilhões de reais, com o repasse pelo Tesouro à Previdência de tão somente 18,052 bilhões de reais, faltando o repasse de 12 bilhões de reais”.

3 “Durante a crise 2008-2009, o governo utilizou crédito, incentivos fiscais, programas sociais, um enorme pacote de investimentos em infraestrutura dos Orçamentos Fiscal e das Estatais para impedir que a maior parte de seus efeitos atingisse o país. O resultado foi bom. Entre 2007 e 2011, incluindo o biênio da crise, o PIB subiu 4,5% na média anual. E com a economia, cresceram os empregos. Até então, o uso das renúncias tributárias não foi significativo. Todavia, a partir de 2011 elas foram incorporadas à agenda, para se contrapor a um volume descomunal de moedas que as grandes economias liberaram para sair de suas crises. Com moedas fortes em profusão, o real se valorizou, dificultando a produção local. O governo optou por utilizar renúncias fiscais para financiar direta ou indiretamente a economia, o emprego, as exportações e os investimentos das empresas. O processo de aprovação dessas medidas no Congresso Nacional resultou em uma expansão descontrolada dos volumes de recursos envolvidos. O resultado não evitou a queda dos níveis de crescimento; entre 2012 e 2014, o PIB subiu apenas 1,8% na média anual, bem inferior à do período anterior; e ainda reduziu a capacidade de o Estado financiar o conjunto de suas despesas e inviabilizou outros instrumentos que poderiam ser úteis para combater os efeitos negativos da crise sobre a economia. Em especial, as renúncias subtraíram do Estado a capacidade de investir na infraestrutura e de adotar outras medidas essenciais para o maior dinamismo da economia” (ANFIP, 2019, p. 22).

Essa Reforma da Previdência visa a aquecer o setor de previdência privada,<sup>4</sup> seja pela necessidade de complemento para a aposentadoria dos prejudicados, apesar da contribuição por longos anos, seja pela necessidade de contratação de seguro de vida para compensar a redução da pensão aos dependentes (TEIXEIRA JR., 2016, p. 88-89).

Nesse sentido, as palavras de Innerarity (2017, p. 154):

A austeridade, que pode soar puro senso comum, é, na sua formulação dominante, uma opção política que beneficia certos interesses econômicos e é apoiada por um campo ideológico que exalta os valores da frugalidade, especialmente no setor público, apesar dos enormes custos sociais que isso supõe, ao mesmo tempo em que fecha os olhos aos lucros espetaculares no setor privado, por exemplo, no setor de plano de pensões.

A proibição do retrocesso social é determinante em um país marcado pela pobreza e desigualdade social,<sup>5</sup> ainda mais com a atual tendência de precarização dos direitos sociais mínimos para reduzir o déficit público. Este, por sua vez, não é ignorado neste artigo, mas deve ser objeto de discussão social sobre as prioridades orçamentárias.<sup>6</sup>

Não se despreza aqui a análise econômica do direito, conforme Canotilho (2008, p. 99) critica os juristas na “metodologia *fuzzy*” dos direitos sociais, que compreende a vagueza “quando abordam os complexos problemas econômicos, sociais e culturais”.

---

4 Segundo o ministro Ayres Britto, em seu voto vencido na ADI nº 3105, “a questão do equilíbrio atuarial e financeiro não diz respeito ao servidor, diz respeito ao gerente. Compete ao gerente administrar a arrecadação de recursos para fazê-los render o suficiente para a autossustentação financeira do sistema. [...] Quando se fala em déficit, senhora relatora, não é uma questão de Previdência, porém de providência [...]. Tanto assim o sistema é teoricamente rentável e autossuficiente, que o mercado previdenciário privado experimenta o maior assanhamento para abocanhar uma fatia desse mercado promissor. E os fundos de pensão, que nadam em dinheiro, evidenciam que o sistema é rentável”.

5 Conforme a Síntese de Indicadores Sociais do IBGE (2019), 52 milhões de brasileiros (quase da população) estavam abaixo da linha internacional da pobreza do Banco Mundial (2018), vivendo com menos de US\$ 5,50 por dia.

6 Vide “Orçamento Participativo” do artigo 48, parágrafo único, I da LRF: “A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.



Blanco de Moraes (2011, p. 241) também se posiciona sobre a análise econômica do direito, sobretudo em decorrência da recente crise econômica europeia:

O Estado Social de Direito é um modelo e uma conquista que, em tempo de incerteza sobre os recursos disponíveis para alimentá-lo, deve ser garantido, mas também reformado, de modo a que, com um menor volume de recursos disponíveis, possa ser mantido nas suas prestações fundamentais, sob pena de gastos descontrolados com prestações sociais e carentes de ação comprometam a solidez do próprio Estado em períodos de escassez de meios, os quais nunca são considerados como possíveis nos tempos de abundância. Isso sem prejuízo de as Constituições sociais, como a brasileira e a portuguesa, conterem uma “cláusula de bem-estar” que inibe o Estado de se abster perante as tarefas prestacionais mínimas que a ordem constitucional lhes assina. O abalado modelo social europeu é de tudo isso um exemplo paradigmático, e a crise sem precedentes ocorrida no período 2010-2011 em Portugal demonstra como um gasto desmesurado e acrítico em prestações sociais sustentado num endividamento externo incontrolado pode conduzir a um pré-colapso financeiro e, posteriormente, à supressão ou redução brutal e inimaginável de muitos benefícios antes conferidos, inclusive a situações chocantes de violação da proteção de confiança, ignoradas pelo Tribunal Constitucional com base em cruas razões de ordem pública.

Entretanto, as consequências das reformas citadas atribuem aos desfavorecidos o ônus de um Estado cada vez mais ausente nas prestações sociais e a necessidade de uma crescente judicialização das demandas sociais para assegurar o mínimo existencial, tornando o texto constitucional muitas vezes “uma mera folha de papel” (LASSALE, 2000).

Por fim, recentemente, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe da ONU, em relatório do “Panorama Social da América Latina de 2019”, sobressaltou a regressão no combate à redução da pobreza e desigualdade, com prognóstico de aumento do número de pobres e miseráveis para 191 milhões no final de 2019 (contra 185 milhões de 2018), principalmente em

razão do Brasil e da Venezuela. Diante disso, o relatório enfatizou que é preciso “avançar na formação de sistemas de proteção social integrais e com vocação universal”, firmando um novo pacto social de igualdade e redistribuição de renda, assim como garantindo “o acesso a serviços públicos de qualidade (pensões, saúde, educação, transporte, habitação, infraestrutura básica)” à população (CEPAL, 2019).

## 2. A COVID-19 E A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Para piorar, e muito, a recessão econômica brasileira com as suas políticas rígidas de esvaziamento e precarização dos direitos sociais mínimos, o novo coronavírus surgiu como o maior desafio econômico-social que o país deve enfrentar em sua história.

As necessárias medidas de confinamento da população para diminuir a proliferação da doença e evitar os colapsos hospitalares, naturalmente, geraram a suspensão das atividades econômicas não essenciais e a recessão do sistema econômico brasileiro, com queda do PIB em 4,1% só em 2020 (IBGE, 2021).

A inesperada crise sanitária impõe uma concentração de esforços e recursos à saúde e à economia, confirmando a necessária intervenção estatal forte, planejada, coordenada e urgente dos entes federativos, em uma contundente guinada keynesiana também seguida por líderes de ideologia liberal, como Macron e Trump (BADIE, 2020).

A despeito disso, a defesa do presidente Bolsonaro pelo fim do isolamento, recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo próprio Ministério da Saúde (ao menos até a demissão seguida dos dois ministros da pasta), promove a desinformação, com potenciais danos reais às pessoas e à economia (SCHREIBER, 2020).

A adoção de políticas, tendo por base o conhecimento científico, as informações técnicas e a oposição ao discernimento puramente político, mostra-se mais adequada para proteger a população dos efeitos devastadores da pandemia.

Nesse cenário caótico, as ECs nº 86/2015 e nº 95/2016, que subfinanciaram a saúde, representam um óbice à contenção do coronavírus e um risco de colapso do SUS, com insuficiência de profissionais, de equipamentos e de infraestrutura em UTI. Decerto que nenhum sistema de saúde mundial estava preparado para o devido enfrentamento, porém o retrocesso dessas reformas atrasou a capacidade de reação do Estado às adversidades da COVID-19 e de outras doenças.

A fim de acelerar o enfrentamento da atual pandemia, o empréstimo compulsório poderia ter sido instituído por lei complementar “para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública”, na forma do artigo 148, I, da CRFB. O PLP 34/2020 da Câmara dos Deputados propunha esse tributo para atender exclusivamente às despesas urgentes na situação de calamidade pública do coronavírus. No caso, as corporações com patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 1 bilhão estariam sujeitas a esse tributo.

Até o jamais instituído imposto sobre grandes fortunas foi objeto do PL 924/2020 da Câmara dos Deputados, como alternativa de receita, servindo como um relevante instrumento de redistribuição de riquezas, mas com risco de afugentar do país os investidores com grandes fortunas. As alíquotas do projeto oscilavam entre 0,5% para fortunas de R\$ 5 milhões até R\$ 10 milhões, e 5% para fortunas acima de R\$ 40 milhões.

Como forma de aliviar o orçamento, o governo também cogitou a drástica redução de subsídios e vencimentos dos servidores públicos (assunto do tópico 4), mesmo em afronta ao artigo 37, XV, da CRFB, mas não seguiu em frente até o momento.

O Congresso Nacional promulgou a EC nº 106/2020 (“PEC do Orçamento de Guerra”), que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações durante esta calamidade pública nacional. A Emenda formou um orçamento específico para as despesas de combate ao novo coronavírus, permitiu a criação de despesas sem as limitações legais atuais, desincumbiu

o Poder Executivo de observar a “regra de ouro”<sup>7</sup> e simplificou o processo de compras, obras e serviços, e contratação de pessoal.

Para atender à população vulnerável, a recente Lei 14.029/20 autorizou os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a utilizarem o saldo remanescente de anos anteriores dos Fundos de Assistência Social durante a pandemia enquanto durar o estado de calamidade pública. Estima-se a liberação aproximada de R\$ 1,5 bilhão desses Fundos, como o atendimento à população em situação de rua, o acesso à alimentação adequada, a ampliação dos espaços de acolhimento temporário, a disponibilização de água potável e banheiros públicos. Tais medidas produzem efeitos imediatos, atendendo à Resolução nº 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (“Pandemia e Direitos Humanos nas Américas”) e à Declaração da Corte Interamericana (“COVID-19 e Direitos Humanos”).

O retrocesso social das ECs nº 86/2015 e nº 95/2016 na área da saúde evidenciou-se com o advento da pandemia, restando ao Estado tomar as medidas emergenciais para reduzir os danos à população, principalmente em regiões mais pobres.

Por fim, Badie (2020) reforça a nova realidade estatal intervencionista imposta pela pandemia: “Se hoje os profetas do neoliberalismo estão se transformando em promotores da economia social é porque concebem, diante da catástrofe atual, que já não será possível fazer o mesmo que antes e que será necessário voltar aos imperativos sociais”.

### 3. O PODER JUDICIÁRIO NO ATUAL CENÁRIO AUSTERO E PANDÊMICO

Diante das perspectivas negativas para os direitos sociais, o STF tradicionalmente prestigia a proibição do retrocesso social e

<sup>7</sup> A “regra de ouro” do orçamento é a proibição do uso de recursos provenientes de dívidas para o pagamento de despesas correntes, como o custeio da máquina pública (art.167, III, da CRFB). O governo, assim, só tem autorização de endividamento para o pagamento de dívidas pretéritas ou para a realização de investimentos com potencial de estimular o crescimento da economia ou o aumento da arrecadação. Também tem autorização de contrair dívidas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Legislativo por maioria absoluta. Essa regra visa a evitar o aumento exacerbado da dívida pública em prejuízo de gerações futuras. O descumprimento da “regra de ouro” pelo chefe do Executivo pode ensejar o *impeachment* (art. 85, VI da CRFB).

o mínimo existencial em detrimento da alegada insuficiência de recursos.<sup>8</sup> Entretanto, não é uma tarefa fácil ao Judiciário manter a coerência na aplicação desses preceitos durante a atual crise sanitária, política e econômica, que não pode fechar os olhos à realidade na concretização constitucional.<sup>9</sup>

Em questões polêmicas recentes submetidas ao STF, Skaff (2017) alerta que “o direito financeiro vem sendo usado para atacar a saúde pública”. O artigo 2º da EC nº 86/2015 instituiu uma inconstitucional progressividade temporal até o alcance de 15% da receita corrente líquida de financiamento à saúde (em 2016, 13,2%; 2017, 13,7%; 2018, 14,1%; 2019, 14,5%; e 2020, 15%). Por violar a saúde, a proporcionalidade e a proibição do retrocesso social, o Procurador-Geral da República ingressou com a ADI 5595.

O dispositivo citado fora revogado pelo artigo 3º da EC nº 95/2016, que fixou um limite máximo para a saúde pública, garantindo-se apenas a correção monetária ao limite mínimo. O Executivo, todavia, desrespeitou esse novo limite, aplicando, em 2016, montante inferior aos 15% atribuídos constitucionalmente. Uma vez que tais percentuais transitórios geraram efeitos concretos, a ADI 5595 não perdeu o objeto. Logo, faltaram R\$ 2,5 bilhões em 2016 para o alcance do limite constitucional da saúde pública (SKAFF, 2017).

Na ADI 5658, o PDT questiona a EC nº 95/2016, para que o STF atribua interpretação conforme a Constituição, excluindo os gastos de educação e saúde do novo limite, pois o “o aumento da população fará com que os gastos públicos per capita nas áreas

---

8 ARE 639337 AgR/SP, Rel. Min. j. 23.08.2011; RE 763667/CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.10.2013; ARE 727864/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.11.2014.

9 Segundo Hesse (2009, p. 111), o processo de concretização das normas constitucionais é composto pelo “programa normativo” (análise dos elementos linguísticos) e pelo “âmbito normativo” (análise da realidade concreta). Müller (2000) aduz que os fatos são elementos inseparáveis da norma no processo de compreensão. O concreto é constitutivo da normatividade, mas o intérprete só poderá relacionar com o problema os elementos extratextuais pertinentes, e não qualquer ponto de partida ou fato. O acoplamento entre fato e texto na estrutura da norma afasta a tese de suposta força normativa do fático, uma vez que tais fatos devem ser verificados a partir da “perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo”. Complementa que “uma norma pode parecer clara ou mesmo única no papel. Já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que se afigure extremamente destituída de clareza. Isso se evidencia sempre na tentativa efetiva da concretização”.

de saúde e educação sejam, na verdade, progressivamente reduzidos” (BRASIL, 2017).

Evidente que o STF deverá avaliar as consequências<sup>10</sup> econômico-políticas de suas decisões, porém, ao mesmo tempo, deverá respeitar o mínimo existencial, já que a camada pobre que busca saúde e educação pública é a mais afetada.

A EC nº 103/2019 promoveu a Reforma da Previdência, motivada pelo argumento fiscal e pelo apelo de desigualdade, com pontos impugnados nas ADIs nº 6254, 6255, 6256 e 6258, em especial: (i) a instituição de contribuição extraordinária e alíquota progressiva (arts. 1º, 9º e 11); (ii) a revogação de regras de transição constantes em emendas constitucionais anteriores (art. 35); e (iii) a nulidade de aposentadorias com contagem de tempo especial (art. 25, § 3º).

No ponto (i), as alterações geram confisco, vedado pelo art. 150, IV, da CRFB, pois a carga tributária total a ser sofrida pelo servidor público pode alcançar mais de 40% de sua renda, levando em conta a contribuição de 14% (com possível acréscimo de até 8%), a nova contribuição extraordinária para equacionar o déficit e o imposto de renda até 27,5%.

No ponto (ii), a revogação das regras de transição de reformas anteriores (ECs nº 41/2003 e nº 47/2005) é inconstitucional por frustrar expectativas de direito próximas de sua consolidação, quebrar o pacto de confiança e afrontar a segurança jurídica.

No ponto (iii), a EC nº 103 estabelece a nulidade de aposentadorias do regime próprio que consideraram o tempo de serviço sem o recolhimento da contribuição previdenciária; em sentido contrário ao artigo 4º da EC nº 20/1998, que assegura o devido

---

10 As consequências práticas das decisões remetem ao pragmatismo norte-americano, em que a justiça é medida pelas consequências, e não pelo direito. Na concepção de William James, o resultado do pensamento deve ser traduzido em comportamento, em contraste com a filosofia europeia abstrata, “descendo dos céus” para a resolução dos problemas reais. A grande vantagem é a percepção de que certa interpretação pode gerar consequências indesejáveis na prática. Porém a extrema flexibilização do direito e o antiformalismo do pragmatismo conduzem à insegurança jurídica no ordenamento (AUTOR, ANO). Bachof (1963, p. 41) assinala que o Tribunal Constitucional não pode ser cego às consequências políticas de suas decisões, porém existe um limite: “em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está somente vinculado ao direito”.

tempo sem a contribuição, desde que adquirido até 15/12/1998.<sup>11</sup> Atente-se que viola a irretroatividade normativa (art. 5º, XXXVI, da CRFB) o ato de nulificar aposentadorias concedidas consoante os critérios legais e administrativos até então vigentes.<sup>12</sup>

As medidas de austeridade citadas reforçam a posição irrelevante dos direitos sociais nas políticas de governo. Em matéria de gastos, é possível continuar fazendo política. Decerto que são limitadas as possibilidades de gastos discricionários do governo, quando grande parte, por exemplo, vai à previdência ou ao financiamento de dívidas; todavia a maior parte da consolidação fiscal é praticada por cortes de despesas não produtivas (mais do que aumentando tributos), sendo fundamental a definição das prioridades (INNERARITY, 2017, p. 154-155).

Entretanto, não é o que parece estar ocorrendo. Recentemente, presidentes e líderes no Congresso Nacional de 13 partidos (PP, PMDB, PT, PP, PSL, PSD, PL, PSB, PSDB, PDT, Republicanos, DEM e Solidariedade) oficiaram o relator do Orçamento de 2020, solicitando o remanejamento de recursos de emendas impositivas para o Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, com aumento desse fundo para R\$ 3,8 bilhões e com cortes de recursos em saúde (R\$ 500 milhões), incluindo o enxugamento de R\$ 70 milhões à Farmácia Popular; em infraestrutura e desenvolvimento regional (R\$ 380 milhões), incluindo obras de habitação e saneamento; e em educação (R\$ 280 milhões). Essa bancada representa 430 dos 513 deputados e 62 dos 81 senadores. Apenas Podemos, Cidadania, PSOL e Novo não aderiram à emenda (FOLHA DE S. PAULO, 2019).

Depois de bastante pressão da mídia, a Comissão Mista de Orçamento reduziu a previsão do fundo eleitoral para R\$ 2 bilhões, a fim de financiar as campanhas municipais, com posterior aprovação do Congresso Nacional, mas ainda superior à previ-

---

11 Atualmente, por exemplo, há 484 magistrados aposentados no Estado de São Paulo, considerando o tempo de advocacia anterior à EC nº 20/1998, sem recolhimento de contribuição previdenciária. Informação recebida da Coordenadoria de Benefícios do TJSP, via protocolo 2019/00187800, 10 jan. 2020.

12 Vide Súmula 359 do STF: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”.

são de R\$ 1,7 bilhão do fundo eleitoral de 2018 para as campanhas federais e estaduais.

Nessa linha, ainda há previsão de corte de 7,8% do Programa Bolsa Família (com 400 mil famílias desassistidas) e de 42% do “Minha Casa, Minha Vida” (previsão de R\$ 4,6 bilhões, em 2019, para R\$ 2,7 bilhões, em 2020), programa que aqueceu a construção civil nos anos mais difíceis de recessão (CARDOSO; BRÉTTAS, 2019).

Enquanto isso, a verba de publicidade de 2019 aumentou mais de R\$ 30 milhões em relação ao ano anterior (R\$ 448,3 milhões, em 2018, e R\$ 478,7 milhões, em 2019). Essa cifra apenas computa as despesas de publicidade da administração direta. Não é possível, assim, a comparação com os anos anteriores, já que, entre 2000 e 2016, os valores também incluíam verbas publicitárias de entidades da administração indireta, conforme disponibilizado oficialmente pelo “Siga Brasil” (MONNERAT; NETTO; SARTORI, 2019).

Essas verbas de publicidade foram utilizadas, inclusive, para a Reforma da Previdência de interesse do governo, mas não houve, sequer, o incentivo ao debate público. Não se discute que as verbas de publicidade possuem a sua essencialidade para as políticas de informações de interesse público, como, por exemplo, esclarecimentos sobre a prevenção da pandemia. Porém, até nisso, o governo federal distorceu a relevância ao contratar publicidade para a campanha “O Brasil não pode parar”,<sup>13</sup> que contraria as medidas de confinamento recomendadas pela OMS em combate ao coronavírus.

Em contramão das prioridades e objetivos fundamentais do artigo 3º da CRFB, o presidente Bolsonaro vetou um dispo-

---

13 O Ministério Público Federal ingressou com ação civil para proibir a veiculação da campanha publicitária “O Brasil não pode parar”, por falta de base técnica, o que poderia agravar a disseminação da doença pelo país. A Justiça Federal concedeu a liminar para que a União se abstenha de veicular, por qualquer meio de comunicação, peças publicitárias relativas à campanha ou qualquer outra que sugira à população brasileira comportamentos que não estejam estritamente embasados em diretrizes técnicas, emitidas pelo Ministério da Saúde, com fundamento em documentos públicos, de entidades científicas de notório reconhecimento no campo da epidemiologia e da saúde pública. O descumprimento enseja a aplicação de multa de R\$ 100.000,00 por infração. Decisão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiza-uniao-parar-campanha-isolamento.pdf>. Acesso em 09 jun. 2020.



sitivo do Plano Plurianual (PPA) 2020/2023, que inseria como diretriz a Agenda 2030 da ONU (2020), com 17 objetivos a serem alcançados pelas nações, tais como a redução da pobreza e das desigualdades, o combate à fome, a promoção da educação inclusiva e de qualidade, o desenvolvimento sustentável, saneamento básico etc.

Nas razões do veto, o dispositivo que direciona o PPA à Agenda 2030 da ONU “acaba por dar-lhe, mesmo contrário a sua natureza puramente recomendatória, um grau de cogência e obrigatoriedade jurídica, em detrimento do procedimento dualista de internalização de atos internacionais, o que viola a previsão dos arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal”.

Ressalte-se que a Agenda 2030 não é um tratado internacional (veto equivocado ao abordar o fenômeno da incorporação), mas apenas um compromisso de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, com a mera reprodução de normas já previstas nos fundamentos, objetivos e princípios da Constituição. Esse veto jurídico poderia ser até objeto de ADPF perante o STF, por afrontar os artigos 1º, 3º, 4º, 5º e 6º.<sup>14</sup>

Observa-se, ainda, que as Casas Legislativas vêm tentando aprovar ajustes fiscais do Executivo a “toque de caixa”, sem o devido debate e transparência.<sup>15</sup> Na ALESP, por exemplo, em tra-

---

14 Sobre o controle judicial do veto do chefe do Executivo por inconstitucionalidade, a matéria é controversa. Barroso (2009b, p. 68) explica: “O entendimento mais tradicional é o de que se trataria de uma competência política discricionária, e, conseqüentemente, insuscetível de apreciação de mérito pelo Judiciário. Nada obstante, a literatura jurídica mais recente tem optado, com melhor razão, pela vinculação do chefe do Executivo à Constituição e à realidade dos motivos que invoca para a prática de determinado ato. Por essa linha, representantes da maioria que aprovou o projeto deveriam ter reconhecido a possibilidade de suscitar a controvérsia, utilizando-se, por exemplo, de mandado de segurança”. Em sentido favorável: MENDES, 1998, p. 296-297. Na ADPF nº 45, apesar de não conhecida a ação, o rel. Celso de Mello admitiu a possibilidade de controle judicial de veto, reconhecendo a dimensão política da jurisdição constitucional (Informativo nº 345 do STF). Entretanto, na ADPF nº 01, o rel. Moreira Alves considerou o veto um ato político insuscetível de apreciação judicial, não inserido no conceito de ato do Poder Público. Em dissertação de mestrado, Bispo (2016, p. 109-112) analisou um grupo de ADPFs em que o STF decide ser esse instrumento hábil ou não para questionamento de veto (ADPF-QO 1; ADPF 63; ADPF-MC 45; ADPF 73). A decisão do STF, para todos esses casos, é no sentido de não conhecer a ação (ADPFs 45, 63 e 73) ou, quando conhecida, denegá-la (ADPF-QO 1). Conclui que a ADPF não pode ser usada para questionar veto quando não finalizado o processo legislativo, pois o Legislativo ainda tem espaço, tempo e legitimidade para tratar do tema, logo tratando-se de atos independentes e autônomos de cada um dos poderes participantes, Executivo (vetar) e Legislativo (votar o veto); e, também, não pode ser utilizada para questionar veto após o fim do processo legislativo, pois o questionamento passa a ser da lei em si e não do veto.

15 Conforme Gutman e Thompson (1996, p. 129), “o princípio deliberativo da *accountability* requer que os representantes façam mais que tentar ganhar eleições e respeitar direitos constitucionais. Em uma demo-

mitação da PEC nº 18/2019, que modifica o Regime Próprio de Previdência Social, designou-se um relator especial para proferir um parecer substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), em nítida ofensa ao devido processo legislativo.

No Mandado de Segurança nº 2273599-90.2019.8.26.0000, o TJSP concedeu a liminar para suspender a tramitação e anular a designação do relator especial, com o retorno da PEC nº 18/2019<sup>16</sup> à CCJ, pelo prazo regimental, para ser objeto de discussão e deliberação dos deputados (“o Parlamento não é mera casa de homologação”).<sup>17</sup>

Entretanto, em Suspensão de Segurança nº 5340, o ministro Dias Toffoli liberou a tramitação da PEC nº 18/2019, por considerar indevida a intromissão do Judiciário em atos *interna corporis* do Legislativo.<sup>18</sup>

A PEC nº 18/2019, então, foi promulgada (EC nº 49/2020), e a Lei Complementar estadual nº 1.354/2020, logo depois, fixou alíquotas progressivas e confiscatórias, que variam de 11% a 16%, sendo objeto da ADI nº 2097377-39.2020.8.26.0000 perante o TJSP.

---

cracia deliberativa, os representantes devem justificar suas ações em termos morais”. Barcellos (2015, p. 76) alude que o devido procedimento de elaboração normativa está ligado às exigências democráticas ao direito fundamental de receber justificativas. Nesse sentido, Sarlet e Souza Neto (2020) citam precedentes estrangeiros: na Corte Constitucional da Colômbia (CCC), a consistência deliberativa tem sido exigida, com uma série de decisões que estabelecem o “dever de deliberação mínima”. Em razão disso, a CCC exige respeito ao “princípio da consecutividade”, de acordo com o qual cada iniciativa de lei deve vir precedida de debates para se converter em lei (C-277 de 2011); o Tribunal Constitucional Federal Alemão, por sua vez, também tem exigido que as inovações legislativas se assentem em premissas empíricas confiáveis.

16 Em São Paulo, a economia prevista com a Reforma da Previdência estadual é menor que as desonerações fiscais. Na proposta da LDO, o Governador João Dória propôs o aumento de R\$ 2 bilhões em renúncias fiscais, comparado ao orçamento de 2019, perfazendo o total anual de R\$ 20 bilhões. Segundo o governo paulista, a aprovação da PEC nº 18/2019 acarretará por dez anos uma economia anual de R\$ 3,2 bilhões, ou seja, valor seis vezes menor que a renúncia fiscal. Na proposta da LDO, a retirada das renúncias fiscais “pode gerar a saída de empresas do Estado, gerando perda de receitas imediatas, mas também fechando postos de trabalho e eventualmente a saída de fornecedores do Estado, intensificando ainda mais as perdas a longo prazo”. Porém, o TCE-SP advertiu o governo pela falta de transparência dos cálculos das renúncias fiscais. Não houve, sequer, a apresentação da lista das empresas beneficiadas pela isenção do ICMS (OLIVEIRA, 2019). Sobre a transparência das renúncias fiscais, vide voto das Contas do Governador 2019 pelo Rel. Cons. Renato Martins (p. 47-70), disponível em: [https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/Voto-Contas-Governador\\_SP-2019.pdf](https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/Voto-Contas-Governador_SP-2019.pdf). Acesso em 07 jul. 2020.

17 Acórdão disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-06/desembargador-suspende-proposta-reforma-previdencia-paulista>. Acesso em 11 dez. 2019.

18 Acórdão disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SS5340MC.pdf>. Acesso em 09 jun. 2020.

Cometer equívocos nas decisões e não debater abertamente as prioridades orçamentárias com transparência, participação e responsabilidade são erros políticos, e não o resultado de apertos impostos pela economia globalizada (INNERARITY, 2017, p. 153-155). Cabe, então, ao Judiciário definir as prioridades constitucionais ou impedir abusos, com instrumentos de participação (v.g. audiências públicas e *amicus curiae*), quando o Legislativo e o Executivo falharem nesse mister. No entanto, o Judiciário também pode cometer abusos ou excessos e deve observar o princípio da separação de poderes.

A declaração do estado de calamidade por COVID-19, editada pelo Decreto Legislativo federal nº 06/2020 e replicada pelos entes federativos em seus respectivos âmbitos, determinou o excepcional regime fiscal do artigo 65 da LC nº 101/2000. Nessa situação, as medidas sanitárias de isolamento social resultaram externalidades negativas: redução da arrecadação pública e da atividade econômica. Identificou-se, na ocasião, a judicialização das escolhas político-orçamentárias do Legislativo.

Essa circunstância pode ser verificada em recentes decisões judiciais, que determinavam a realocação orçamentária de verbas do fundo partidário (destinadas às eleições municipais de 2020) para as políticas públicas de combate à pandemia, com base na dignidade humana, razoabilidade, moralidade e na proteção de direitos fundamentais.<sup>19</sup>

As liminares foram suspensas pelos presidentes do TRF-1 e TRF-2 por afronta à separação de poderes, na medida em que o remanejamento de recursos de uma categoria orçamentária para outra dependeria de autorização legislativa (artigo 167, VI, da CRFB). Ademais, as decisões não apontaram a omissão específica que justificasse a intervenção.<sup>20</sup>

19 Nesse sentido, a liminar da ação popular, no processo nº 5019082-59.2020.4.02.5101, que tramita na 26ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro. Acórdão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiza-prazo-definir-uso-fundo-campanha.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020. No mesmo sentido, a liminar da ação popular, no processo nº 1020364-92.2020.4.01.3400, em trâmite na 4ª Vara Federal Cível do Distrito Federal. Acórdão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/covid-19-juiz-df-bloqueia-fundos.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

20 Acórdão do TRF-1 disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/omissao-judiciario-nao-bloquear-fundo.pdf>. Acesso em 15 jun. 2020. Acórdão do TRF-2 disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/>

Registre-se, todavia, que o Legislativo poderia ter rediscutido e autorizado a realocação de parte do fundo eleitoral-partidário diante do atual caos sanitário. Evidente que tais fundos financiam a democracia representativa, porém faltou bom senso à maioria dos parlamentares, movidos por interesses eleitorais. Seria possível, sim, a realização de eleições municipais de 2020, mesmo com a destinação parcial de recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha para o combate ao coronavírus. O Parlamento, ao não remanejar qualquer valor do fundo para a preservação da saúde e vida, cometeu um grande equívoco na decisão política de escolha das prioridades orçamentárias.<sup>21</sup>

A questão é menos controversa quando a realocação de verbas ocorre na mesma categoria orçamentária, desde que demonstrada a omissão específica do Poder Público. No *leading case Grootboom*, por exemplo, a Corte Constitucional sul-africana não realocou verbas de um programa orçamentário para outro, mas apenas determinou a utilização da própria dotação orçamentária destinada à moradia para atendimento de uma situação desesperadamente necessária ao grupo vulnerável que buscava a tutela jurisdicional.<sup>22</sup>

---

uploads/2020/03/fundo-eleitoral.pdf. Acesso em 15 jun. 2020.

21 O Partido Novo, em Consulta ao TSE (processo nº 0601012-64.2018.6.00.0000), questionou se os partidos políticos poderiam devolver a integralidade dos recursos recebidos do Fundo Partidário diretamente ao Tesouro Nacional. O rel. min. Luís Felipe Salomão não conheceu do pedido cautelar e determinou o exame da Consulta pelo Plenário com urgência. No acórdão, o relator entendeu que “o partido almeja, nos autos de procedimento de cunho administrativo que somente pode envolver situações hipotéticas, obter decisão judicial versando sobre caso concreto, tendo como fundamento incerta e futura resposta positiva a questionamento formulado em tese na própria Consulta, o que não se admite”. Acórdão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tse-destinar-fundo-partidario-covid-19.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

22 No caso, a Sra. *Grootboom* e outros autores moravam em acampamentos informais em uma região sujeita a alagamentos. Muitos deles se candidatavam a programas de habitação popular, mas aguardavam na lista havia muito tempo e sem previsão de disponibilidade de residências. Com a proximidade da estação das chuvas, mudaram-se para um terreno particular, mas foram retirados judicialmente. Na tentativa de retorno ao antigo acampamento, outras pessoas já ocupavam o lugar. Então os prejudicados ingressaram com uma ação perante a *High Court*, que entendeu não haver violação ao artigo 26 da Constituição, mas sim ao artigo 28, que confere às crianças o direito de abrigo. Assim, a *High Court* determinou o imediato atendimento do governo às famílias com crianças e fixou condições mínimas sanitárias. O governo, então, recorreu à Corte Constitucional alegando a reserva do possível, baseado no caso *Sobramoney*. A Corte definiu que um programa social para a moradia deveria ser abrangente e que uma política que exclui parcela relevante da sociedade não poderia ser considerada válida. A política, assim, falhou ao não priorizar as pessoas em imediata e desesperada necessidade, devendo ser modificada para atender a esse público miserável, mesmo em prejuízo de objetivos de longo prazo e de construções de residências permanentes. A Corte não menosprezou a reserva do possível, mas determinou que parcela razoável do orçamento da moradia fosse direcionada àquela situação emergencial; todavia deixou a implementação específica ao encargo das autoridades administrativas competentes (MAURÍCIO JR., 2009, p. 253-258).

Assim, observados os limites constitucionais, o Judiciário assume função atípica na conjuntura política de “escolhas trágicas” (CALABRESI; BOBBITT, 1978) das prioridades orçamentárias quando os demais Poderes falharem no exercício dessa função, sendo uma instituição contramajoritária comprometida com a progressividade dos direitos sociais em detrimento da atual lógica de novos regimes fiscais cada vez mais ausentes em políticas sociais; todavia sem descurar da realidade fática vivenciada em tempos excepcionais.

#### 4. “JURISPRUDÊNCIA DA CRISE” NO BRASIL?

Feitas as considerações do papel do Judiciário diante das medidas de austeridade/ emergenciais desde a crise econômica de 2014 até a atual pandemia, cabe agora analisar se já é possível a identificação de uma “jurisprudência da crise” no Brasil.

Na “jurisprudência da crise” do Tribunal Constitucional de Portugal, conseqüente das medidas de austeridade da crise econômica de 2007-2008, as decisões pautadas em critérios utilitários de déficit orçamentário passaram a integrar a interpretação constitucional, sendo criticadas pela materialização da “crise do princípio da segurança” e ampliação da discricionariedade legislativa em prejuízo do texto constitucional (PINHEIRO, 2014, p. 170).

Assim, efeitos macroeconômicos foram atribuídos às decisões do TCP, tentando-se acompanhar o “mundo dos fatos”. Em tempos de crise, a inconstitucionalidade, na interpretação da Corte, não dependia apenas do “texto”, mas também do “contexto” (PINHEIRO, 2014, p. 169-186) em verdadeira mutação constitucional.

No acórdão nº 396/2011<sup>23</sup>, o TCP decidiu pela constitucionalidade da Lei 55-A/2010 (Lei Orçamentária de 2011), que estabeleceu as reduções remuneratórias de 3,5% a 10% dos servidores públicos. Reconheceu a liberdade de conformação do Legislativo,<sup>24</sup> mas dentro dos “limites de sacrifício” aos cidadãos.

23 Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. Acesso em 09 dez. 2019.

24 A interpretação da Constituição pelo Legislativo consiste na sua aplicação a um escalão inferior, es-

Assim, com base no princípio da proporcionalidade, isentou da diminuição as remunerações inferiores a € 1.500,00.

O TCP frisou que a Constituição da República Portuguesa (CRP) não assegurou diretamente a irredutibilidade dos vencimentos, sendo apenas prevista no artigo 89, *d*, do Regime do Contrato de Trabalho em Fundações Públicas e no artigo 129, 1, *d*, do Código de Trabalho português. Além disso, não reconheceu a “força constitucional paralela” do artigo 16º, 1, da CRP, dispositivo similar ao artigo 5º, § 2º, da CRFB (CARVALHAL, 2012).

No acórdão nº 613/2011,<sup>25</sup> o TCP também decidiu pela constitucionalidade da Lei 55-A/2010, não reconhecendo qualquer ofensa à autonomia legislativa, financeira e administrativa da Região Autónoma da Madeira. A ação versava sobre a redução remuneratória dos seus servidores; a obrigatoriedade de relatório trimestral do recrutamento de novos servidores ao governo português; e a limitação de endividamentos (FERREIRA, 2018, p. 67-68).

No acórdão nº 353/2012,<sup>26</sup> o TCP, dessa vez, com base na “regra de evidência”<sup>27</sup>, na isonomia e na intensidade do sacri-

---

pecificamente na elaboração da lei. A relação entre os escalões superior e inferior da ordem jurídica é de determinação ou vinculação. Entretanto, essa determinação é relativa, isto é, a norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções o ato por meio do qual é aplicada (HESSE, 2009, p. 118-122). O direito a aplicar, então, forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro dessa moldura. Em caso de o legislador optar por uma solução situada fora da moldura, estaria excedendo a sua competência, já que Kelsen (2009, p. 397-391) esclarece que o aplicador nunca poderá desrespeitar o conteúdo semântico-normativo do direito. Recorde-se que não é só o Judiciário que concretiza a Constituição, embora tenha a “última palavra” na figura do STF, mas também o Legislativo dentro de sua liberdade de conformação, nos significados possíveis insertos na moldura da constitucionalidade (AUTOR, ANO).

25 Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110613.html>. Acesso em 07 jul. 2020.

26 Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Acesso em 09 dez. 2019.

27 Apesar do preceito do Tribunal Constitucional como órgão máximo da justiça constitucional, Perry (2007), influenciado por James Bradley Thayer, considera, ainda, o Legislativo como seu principal limite. Perry sugeriu que a Suprema Corte americana tivesse apenas a “penúltima palavra” na proteção de direitos humanos constitucionalizados, havendo uma postura deferencial ao Congresso Nacional, que poderia, por exemplo, derrubar a decisão judicial por uma simples lei ordinária. A apologia de Thayer não tinha origem na simples crença de que os legisladores sempre possuem a capacidade de solucionar as matérias constitucionais da melhor maneira. O argumento “thayeriano” era fundado na capacidade política do povo e sua responsabilidade moral de deliberar sobre os assuntos constitucionais, ou seja, os cidadãos são o poder político supremo por meio de seus representantes eleitos (soberania popular). Nessa “deferência thayeriana” ou “regra do erro evidente” (denominada por Alexander Bickel), a Suprema Corte só poderia desconsiderar a lei impugnada quando os legisladores não tiverem apenas cometido um mero erro, mas

fício, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 64-B/2011 (Lei orçamentária de 2012), que suspendiam o pagamento de subsídios de férias, Natal, 13<sup>o</sup> e 14<sup>o</sup> meses. Entretanto, com fulcro no artigo 282<sup>o</sup>, 4, da CRP,<sup>28</sup> manipulou os efeitos da decisão, para autorizar a suspensão dos pagamentos relativos a 2012. Para Pinheiro (2014, p. 187), essa modulação corresponde a “uma decisão que desaplica a sua própria decisão”.

Em relação à Lei 66-B/2012 (Lei orçamentária de 2013), os artigos questionados estatuíam a manutenção da redução das remunerações dos servidores públicos, a suspensão do subsídio de férias para os servidores e aposentados, e a incidência da Contribuição Extraordinária de Solidariedades (CES) sobre as pensões situadas entre € 1.350,00 e € 3.750,00, fixada entre as taxas de 3,5% e 10% (PINHEIRO, 2014, p. 181).

No acórdão 187/2013,<sup>29</sup> o TCP considerou que o estado financeiro continuava deficitário, decidindo pela manutenção da redução das remunerações, pois não haveria “efeito surpresa” aos cidadãos. Porém, em relação à suspensão de pagamentos de subsídios de férias, o TCP admitiu uma maior expectativa de direito resultante do acórdão 353/2012, decidindo pela inconstitucionalidade. No tocante à nova incidência da CES, decidiu pela constitucionalidade, visto que dentro dos “limites do sacrifício” e da liberdade de conformação do legislador (PINHEIRO, 2014, p. 182-185).

---

um erro muito evidente, ou seja, a Constituição deixaria uma margem de escolha ao Legislativo, e não haveria inconstitucionalidade caso a escolha fosse racional. O objetivo de Thayer era diminuir a liberdade do Judiciário na decisão de inconstitucionalidade (AUTOR, ANO).

28 “Artigo 282<sup>o</sup> da CRP - (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) - 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinção das normas que ela, eventualmente, haja revogado; 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última; 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido; 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”.

29 Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>. Acesso em 09 dez. 2019.



No acórdão 413/2014<sup>30</sup>, relativo à Lei 83-C/2013 (Lei Orçamentária de 2014), o TCP declarou constitucional a redução salarial até 2014 (último ano do Plano de Ajustamento Econômico e Financeiro), com a ampliação dos servidores públicos afetados (remunerações superiores a € 675,00); inconstitucional a redução do benefício de quem cumulasse aposentadoria com pensão de sobrevivência, por violar a isonomia entre os trabalhadores da ativa e os aposentados, já que aqueles não teriam redução na pensão; inconstitucional a redução dos benefícios por desemprego e doença em razão da vulnerabilidade desse público e da desproporcionalidade do ato; constitucional a suspensão da complementação de pensões aos destinatários pelas empresas públicas com resultados negativos nos últimos três exercícios apurados (FERREIRA, 2018, p. 73-74).

Por fim, o acórdão 572/2014<sup>31</sup> envolveu a Lei 13/2014, que alterou a Lei 83-C/2014, ao fixar limites mais baixos de isenção para a CES e supostamente criar um novo imposto. O TCP entendeu inexistir violação à proteção da confiança àqueles que não foram atingidos pela CES quando da sua criação, prevalecendo o interesse público. Ademais, a CES não se mostrava inadequada, desnecessária ou excessiva diante da crise. O TCP também decidiu que a reversão de 50% da Contribuição da Assistência na Doença dos Servidores Civis do Estado aos cofres do Estado não criaria um novo imposto, apenas se alteraria a destinação de parte das receitas arrecadadas (FERREIRA, 2018, p. 75-76).

Antes de tudo, é preciso delimitar o conceito de “jurisprudência da crise” e a sua extensão à identificação no cenário nacional. Conforme exposto na introdução, “a ‘jurisprudência da crise’ traduz um ‘processo negocial’ entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as ‘exigências das circunstâncias’” (PINHEIRO, 2014, p. 170). As circunstân-

30 Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>. Acesso em 07 jul. 2020.

31 Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140572.html>. Acesso em 07 jul. 2020.



cias, no caso, dizem respeito à recessão econômica portuguesa, que exigiu do TCP maior sensibilidade ao “mundo dos fatos”.

Segundo Pinheiro (2014, p. 169), o TCP “tornou-se, desde 2011, um ator público fundamental, incontornável na comunicação social, considerado a figura nacional do ano de 2013 pelo influente semanário ‘Expresso’”, fenômeno similar ao STF nos últimos anos, tornando-se mais conhecido do que nunca, questionado como sempre, odiado e às vezes até atacado pela camada antidemocrática da população.

Consoante as decisões analisadas do TCP nesse tempo de crise, a “jurisprudência da crise” abordou as seguintes temáticas: reduções remuneratórias de servidores públicos e aposentados; restrição ao recrutamento de novos servidores; limitação de endividamentos públicos; suspensão do pagamento de subsídios de férias, Natal, 13º e 14º meses de servidores; criação da CES sobre as pensões; redução da pensão de sobrevivência e dos benefícios por desemprego e doença; e suspensão da complementação de pensões pelas empresas públicas.

Em outras palavras, a “jurisprudência da crise” portuguesa abordou matérias financeiras, remuneratórias, tributárias, previdenciárias e assistenciais. Verifica-se, ainda, que os direitos sociais foram os mais afetados pelas decisões do TCP.

No atual momento, o conceito de “jurisprudência da crise” deve ser atualizado à realidade fática da pandemia, envolvendo não só o juízo das medidas de austeridade econômica, mas também das medidas emergenciais sanitárias, que demandam prioridade até mesmo na definição discricionária da pauta do STF. Ressalte-se que, nessa análise, “a Constituição não pode ficar em quarentena” (ROTHENBURG, 2020).<sup>32</sup>

---

32 Segundo Hesse (2009, p. 128-138), “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”. Essa pretensão de eficácia deve estar acompanhada das condições históricas, sociais, econômicas e dentro do substrato espiritual de um povo. Assim, “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”, buscando imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Saliente-se que a Constituição normativa não se vê submetida à sua prova de força em tempos tranquilos e felizes, mas em situações de emergência. Em tempos de necessidade, o importante não é verificar “a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim constatar a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas”.

Com base nas informações deste tópico, eis alguns critérios de identificação da “jurisprudência da crise” no STF: (i) circunstâncias de crise econômica ou excepcionais da pandemia; (ii) “cedência da normatividade” em conformação à realidade sanitária, econômica e social; (iii) pertinência temática às questões financeiras, à calamidade pública da pandemia e aos direitos sociais.

Partindo à análise de julgados no Brasil, diversamente dos precedentes portugueses da crise, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 23, § 2º, da LRF, que institui a redução de jornada de trabalho e de salários de servidores públicos quando a despesa pública extrapolar o limite máximo de 60% da receita.<sup>33</sup>

Entretanto, aos trabalhadores privados na ADI 6363, o STF manteve a eficácia da regra da MP nº 936/2020, que autorizou a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da COVID-19, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria.<sup>34</sup> Essa decisão da Corte pode ser caracterizada facilmente como integrante de uma “jurisprudência da crise”, apesar de ter cedido *totalmente* a normatividade (confrontando, inclusive, o texto constitucional como limite interpretativo) às circunstâncias excepcionais da pandemia.<sup>35</sup>

33 O Plenário do STF reconheceu a irredutibilidade dos subsídios e vencimentos dos servidores públicos (artigo 37, XV c/c artigo 7º, VI da CRFB). Nesse sentido, os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. Vencido, o relator Alexandre de Moraes sustentou que o artigo 169 da CRFB (perda do cargo em caso de descumprimento dos limites fiscais) estatui medida mais severa que o artigo 23, § 2º, da LRF, trazendo um caminho intermediário (acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli). Julgamento conjunto das ADIs 2238, 2241, 2250, 2256, 2261, 2324 e 2365, e ADPF 24). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446218&ori=1>. Acesso em 06 jul. 2020.

34 Este julgamento do STF se aproxima, e muito, do realismo jurídico, escola interpretativa em que o “verdadeiro legislador é o julgador” (DIMOULIS, 2006, p. 153). No caso, “a Constituição é o que o Tribunal Constitucional diz que é”. Assim, a “moldura interpretativa” (limite normativo) é construída pelo próprio julgador em um amplo espaço de discricionariedade. Para Hesse, todavia, a primazia do texto é o “limite inultrapassável” da interpretação constitucional. Esse “limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder própria da Constituição. Tal função admite a possibilidade de uma mudança constitucional, mas exclui o enfraquecimento constitucional – desvio de texto num caso concreto – e a reforma da Constituição por interpretação. [...] o juiz que está submetido à Constituição não pode escolher livremente os *topoi* (pontos de vista), como ocorre na tópica pura de Viehweg” (HESSE, 2009, p. 111-117).

35 O Plenário do STF não referendou a liminar do rel. min. Lewandowski, que conferia interpretação conforme a Constituição ao artigo 11, § 4º, da MP 936/2020 “de maneira a assentar que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes”. Prevaleceu a divergência aberta pelo min.

Na ADI 6357, antes da perda do seu objeto por causa da aprovação da EC nº 106/2020, o relator Alexandre de Moraes, baseado na “proteção à vida, à saúde e a subsistência de todos os brasileiros, com medidas socioeconômicas protetivas aos empregados e empregadores”,<sup>36</sup> concedeu a liminar afastando as exigências da LRF e da LDO/2020 para atender às despesas necessárias ao combate da COVID-19.

Dentre outras ações relacionadas à pandemia e decididas em Plenário do STF: 1) Na ADI 6347, referendou-se a liminar para suspender a eficácia do art. 1º da MP nº 928/2020, que suspende o prazo de resposta da Lei de Acesso à Informação aos órgãos públicos em regime de quarentena;<sup>37</sup> 2) Na ADI 6343, concedeu-se parcialmente a medida cautelar para que Estados, Distrito Federal e Municípios, dentro de suas competências, adotem, respectivamente, medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local durante o estado de calamidade (*v.g.* isolamento social, quarentena) sem o aval do Ministério da Saúde. Porém essas medidas dependem de recomendação técnica e motivada, resguardando-se o transporte de produtos e serviços essenciais definidos por decreto da autoridade federativa própria;<sup>38</sup> 3) Na ADI 6387, referendou-se a liminar para suspender a MP nº 954/2020, por violar a proporcionalidade e os dados pessoais dos cidadãos em pesquisa genérica do IBGE sobre COVID-19, sem finalidade prevista;<sup>39</sup> 4) Na ADI 6341, referendou-se a liminar para afirmar a competência concorrente e administrativa dos Estados, Distrito

---

Alexandre de Moraes: em razão do momento excepcional, a previsão de acordo individual é razoável, pois garante uma renda mínima ao trabalhador. A abertura de negociação coletiva geraria insegurança jurídica e aumentaria o risco de desemprego. No caso, os ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli acompanharam Moraes no sentido de convergência entre a manutenção da atividade empresarial e do emprego. Além do relator, ficaram vencidos os ministros Edson Fachin e Rosa Weber. O voto vencido do relator respeita o limite do texto constitucional (artigo 7º, VI) e parece mais acertado, pois, na realidade, os sindicatos não teriam qualquer força de negociação em face do gravíssimo risco de demissão massiva dos sindicalizados durante a pandemia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651>. Acesso em 08 jun. 2020.

36 Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>. Acesso em 08 jul. 2020.

37 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881595>. Acesso em 08 jul. 2020.

38 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em 08 jul. 2020.

39 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em 08 jul. 2020.

Federal e Municípios no poder de polícia sanitária;<sup>40</sup> 5) Na ADPF 770, referendou-se a liminar para os Estados, DF e Municípios importarem e distribuírem vacinas contra a COVID-19 registradas por uma autoridade sanitária estrangeira e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países caso a Agência Nacional de Vigilância Sanitária não observe o prazo de 72 horas para a expedição da autorização (“federalismo cooperativo” do artigos 23, XII e 30, I e VII, da CRB).<sup>41</sup>

Não se pode olvidar das inúmeras ações diretas, citadas no tópico 3, decorrentes de medidas de austeridade da crise econômica, ainda pendentes no STF. As ADIs 5595 e 5658, que questionam o aperto orçamentário da saúde em razão das ECs nº 86/2015 e 95/2015, por exemplo, afetam diretamente o cenário atual da crise sanitária.

Dentro do critério empírico-jurisprudencial, adotado neste artigo, pode-se constatar que a “jurisprudência da crise” está em processo de formação e consolidação no STF, conforme as decisões citadas que sinalizam essa tendência, seja na cedência da normatividade aos fatos ou na definição de pauta emergente da Corte.

## CONCLUSÃO

No Brasil, a crise político-econômica desencadeou em 2014, gerando forte recessão, desemprego e adversidades na manutenção de direitos sociais. Agora, então, com o novo coronavírus, a situação se agravou a ponto de afirmar que esta pandemia representa o maior desafio econômico-social que o Brasil já enfrentou em sua história.

Alcançado determinado nível de garantia dos direitos sociais, não é possível pura e simplesmente retroceder em “manifesta cedência da normatividade à verdade do mundo” (PINHEIRO, 2014, p. 170). Na atual circunstância de recessão econômica, emergência e necessidade, o STF deverá avaliar as consequências

40 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em 08 jul. 2020.

41 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461090&ori=1>. Acesso em 06 mar. 2021.

de suas decisões, porém, ao mesmo tempo, deverá respeitar os limites textuais da Constituição e o mínimo existencial, já que a camada pobre dependente dos serviços públicos é a mais afetada.

A “jurisprudência da crise” está em processo de formação e consolidação no STF; todavia “os direitos fundamentais, a democracia e o funcionamento das instituições são perfeitamente compatíveis com as restrições” (ROTHENBURG, 2020) legais e administrativas de combate a esta crise econômico-sanitária, mesmo porque não se está vivenciando um estado de exceção com os requisitos definidos pela própria Constituição.

A atual crise não pode conduzir à máxima de uma “dicotomia facticidade/normatividade”, como se pudesse excepcionalmente admitir um “Estado de não Direito”. Neste momento, o Estado Constitucional está sendo colocado à prova, mas até o momento não se pode sustentar o seu “ocaso”; bem longe disso (URBANO, 2013, p. 30).

O último intérprete formal da Constituição, assim, deve considerar as circunstâncias concretas excepcionais/emergenciais, os limites textuais da Constituição e a proibição do retrocesso social, sob a vertente do mínimo existencial a alcançar efetivamente os mais vulneráveis neste período de crise econômica e calamidade pública da COVID-19.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANFIP, Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. *Análise da seguridade social 2018*. Brasília: ANFIP, 2019. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/livros/>. Acesso em 16 dez. 2019.

BACHOF, Otto. *Der verfassungsrichter zwischen recht und politik. In summum ius summa iniuria*. Tübingen, 1963.

BADIE, Bertrand. *Os profetas do neoliberalismo viraram promotores da economia social. É preciso voltar aos imperativos sociais*. El País, 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-04-06/bertrand-badie-cientista-politico-a-acao-da-oms-se-reduz-a-ler-um-comunicado-todas-as-noites.html>. Acesso em 08 jun. 2020.

BANCO MUNDIAL. *GDP growth (annual %)*. The World Bank Group, c2019. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=BR>. Acesso em 29 nov. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito à justificativa*. Rio de Janeiro: UERJ, Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BISPO, Nikolay Henrique. *O veto presidencial no STF: estudo de um caso de tensão entre os poderes*. São Paulo: FGV Direito – SP, Dissertação de Mestrado, 2016.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Direitos sociais e controlo de constitucionalidade por omissão*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, nº 20, ano 5. Belo Horizonte, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Partido questiona incidência do teto dos gastos públicos nas despesas com educação e saúde*. STF, 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337949&caixaBusca=N>. Acesso em 17 dez. 2019.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices, The conflicts society confronts in the allocation of tragic scarce resources*. New York: Norton & Company, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Ed., coedição, 2008.

CARDOSO, Letycia; BRÊTTAS, Pollyanna. *Cortes no Bolsa Família: 400 mil famílias podem deixar de ser atendidas em 2020, diz economista*. Extra-Globo.com, 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/cortes-no-bolsa-familia-400-mil-familias-podem-deixar-de-ser-atendidas-em-2020-diz-economista-rv1-1-24123337.html>. Acesso em 11 dez. 2019.

CARVALHAL, Ana Paula. *Crise econômica e redução dos salários em Portugal*. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-03/observatorio-constitucional-crise-reducao-salarios-portugal>. Acesso em 09 dez. 2019.

CARVALHO, Laura. *As contas dos economistas devem ser orientadas por escolhas democráticas*. Globo.com, 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/laura-carvalho-as-contas-dos-economistas-devem-ser-orientadas-por-escolhas-democraticas-23090220>. Acesso em 06 jul. 2020.

CEPAL, Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe da ONU. *Panorama social da América Latina*. CEPAL, 2019. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45090/1/S1900909\\_pt.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45090/1/S1900909_pt.pdf). Acesso em Acesso em 02 dez. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

FAGNANI, Eduardo. *A política social do governo Lula (2003-2010): perspectiva histórica*. Texto para discussão. Campinas: IE/UNICAMP, n. 192, junho/2011. Disponível em: <https://www.econ.unicamp.br/images/arquivos/artigos/3105/TD192.pdf>. Acesso em 29 set. 2020.

FERREIRA, Kélvia Faria. *A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: a supremacia judicial em foco*. Juiz de Fora: UFJF, Dissertação de Mestrado, 2018.

FOLHA DE S. PAULO. *Veja quais partidos apoiam inflar o fundo eleitoral com dinheiro de áreas sociais*. Jornal Folha de S. Paulo, 05 dez. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/12/veja-quais-partidos-apoiam-inflar-o-fundo-eleitoral-com-dinheiro-de-areas-sociais.shtml>. Acesso em 11 dez. 2019.

GONÇALVES, Reinaldo. *Conjuntura internacional, falhas nacionais e crescimento econômico*. Instituto de Economia. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017. Disponível em: [https://www.ie.ufrj.br/images/IE/TDS/2017/TD\\_IE\\_001\\_2017\\_GONCALVES\\_jan.v.2.pdf](https://www.ie.ufrj.br/images/IE/TDS/2017/TD_IE_001_2017_GONCALVES_jan.v.2.pdf). Acesso em 06 jul. 2020.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; London: The Belknap Press, 1996.



HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas econômicas*. IBGE, 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30165-pib-cai-4-1-em-2020-e-fecha-o-ano-em-7-4-trilhoes>. Acesso em 06 mar. 2021

\_\_\_\_\_. *Projeções da população*. IBGE, c2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=downloads>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Síntese de indicadores sociais*. IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?edicao=25875&t=sobre>. Acesso em: 06 nov. 2019. Acesso em 06 nov. 2019.

INESC, Instituto de Estudos Socioeconômicos. Monitoramento dos direitos humanos em tempos de austeridade no Brasil. INESC, 2018. Disponível em: <http://www.inesc.org.br/noticias/biblioteca/publicacoes/monitoramento-dos-direitos-humanos-em-tempos-de-austeridade-no-brasil/view>. Acesso em: 29 nov. 2019.

INNERARITY, Daniel. *A política em tempos de indignação: a frustração popular e os riscos para a democracia*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEITÃO, Miriam. PIB per capita caiu mais desde 2014 do que em toda a década perdida. Globo.com, 2017. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/pib-capita-caiu-mais-desde-2014-do-que-em-toda-decada-perdida.html>. Acesso em 29 nov. 2019.

MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias – a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998.

MONNERAT, Alessandra; NETTO, Paulo Roberto; SARTORI, Caio. *Gráfico enganoso aponta valor menor de orçamento para publicidade do governo federal*. Estado de S. Paulo, 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/grafico-enganoso-aponta-valor-errado-de-orcamento-para-publicidade-do-governo-federal/>. Acesso em 13 dez. 2019.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Caroline. *SP: Economia prevista com reforma da Previdência é menor que gasto com isenção fiscal*. Brasil de Fato, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/12/18/valor-de-isencao-fiscal-em-sp-e-maior-que-economia-anual-da-reforma-previdenciaria/>. Acesso em 30 dez. 2019.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil*. ONU, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 04 jan. 2020.

PERRY, Michael J. *Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a suprema corte americana: da deferência thayeriana*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 2, p. 113-126, abr./jun. 2007.

PINHEIRO, Alexandre Sousa Pinheiro. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. In *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 168-189, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em 25 nov. 2019.

RECORD, REDE. *Inflação e dívida pública explodiram no Brasil após o fim da ditadura militar*. R7, c2019. Disponível em: <http://www.r7.com/r7/media/2014/20140331-info-ditadura/20140331-info-ditadura.html>. Acesso em 29 nov. 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A quarentena da Constituição*. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/walter-claudius-rothenburg-quarentena-constituicao>. Acesso em 08 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Reforma da previdência e devido processo de elaboração normativa*. Conjur, 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-fev-14/direitos-fundamentais-reforma-previdencia-devido-processo-elaboracao-normativa#\\_ftnref4](https://www.conjur.com.br/2020-fev-14/direitos-fundamentais-reforma-previdencia-devido-processo-elaboracao-normativa#_ftnref4). Acesso em 02 mar. 2020.

\_\_\_\_\_; PINTO, Élidea Graziane. *Regime jurídico previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde*. Conjur, 2015. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>. Acesso em 05 jun. 2020.

SCHREIBER, Mariana. *Cidades dos EUA que usaram isolamento social contra gripe espanhola tiveram recuperação econômica mais rápida, diz estudo*. BBC, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52075870>. Acesso em 10.06.2020.

SCHYMURA, Luiz Guilherme. *O rico debate sobre a nova matriz econômica no blog do IBRE*. Revista Conjuntura Econômica, Rio de Janeiro, v. 71, n. 11, p. 6-9, nov. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/view/75260>. Acesso em: 06 jul. 2020.

SKAFF, Fernando Facury. *STF deve estar alerta para o financiamento da saúde pública no Brasil*. Conjur, 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/contas-vista-stf-estar-alerta-financiamento-saude-publica#\\_ftnref3](https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/contas-vista-stf-estar-alerta-financiamento-saude-publica#_ftnref3). Acesso em 17 dez. 2019.

TEIXEIRA JUNIOR, Paulo Penteado. *Nota técnica sobre reforma da previdência*. São Paulo: APMP, 2016.

URBANO, Maria Benedita. *Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional*. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena e CALVÃO, Filipa (org.). *A Crise e o Direito*. Lisboa: ICJP, 2013. Disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrosdp\\_31out2013a.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf). Acesso em 10 jul. 2020.

# Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho vs. Brasil

**Marcelo Oliveira da Silva**

*Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Coimbra. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá.*

**RESUMO:** Este trabalho tem como escopo analisar o julgamento das medidas provisionais a respeito do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – Resolução nº 39, de 22 de novembro de 2018. Pautase na investigação do seguinte problema: a ofensa aos direitos humanos de forma endêmica no Sistema Penitenciário Brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional, e a imprescindibilidade do Julgamento pelas Cortes Internacionais para alteração da estrutura social e das instituições governamentais no âmbito interno em questões envolvendo o respeito aos direitos humanos no sistema carcerário brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Resolução nº 39, de 22 de novembro de 2018. Medidas Provisionais a respeito do Brasil pela Corte IDH - Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Estado de Coisas Inconstitucional.

**SUMMARY:** SUMMARY. ABSTRACT. 1. INTRODUCTION. 2. TRIAL 3. Conclusion. References.

**ABSTRACT:** This work aims to analyze the judgment of provisional measures regarding Brazil by the Inter-American Court of Human Rights, subject - Plácido de Sá Carvalho Penal Institute -, Resolution No. 39, November 22, 2018. The following problem is based on the investigation of the endemic offense to human rights in the Brazilian Penitentiary System and the State of Things Unconstitutional and the imprescindibility of the Trial by the International Courts to change the social structure and

government institutions at the internal level on issues involving respect for human rights in the Brazilian prison system.

**KEYWORDS:** Resolution No 39, 22 November 2018. Provisional measures regarding Brazil by the IACHR Court - Plácido de Sá Carvalho Penal Institute. State of Things Unconstitutional.

## 1. INTRODUÇÃO.

O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Em 03 de dezembro de 1998, o Congresso promulgou o Decreto Legislativo nº 89, reconhecendo a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). **Em 10 de dezembro de 1988**, o aceite foi depositado na Secretaria-Geral da OEA, sendo esta data o marco utilizado pela Corte IDH para o reconhecimento da responsabilidade do Estado Brasileiro.

Em 08 de novembro de 2002, o Poder Executivo promulgou o Decreto nº 4463, declarando o reconhecimento da competência obrigatória da Corte IDH.

Considera-se que a Corte IDH pode exercer sua jurisdição contenciosa para os casos posteriores a 10 de dezembro de 1998. A competência contenciosa é prevista no art. 61 da CADH. As decisões de caráter contencioso subdividem-se em três espécies: **medidas provisionais, sentenças e supervisões de cumprimento de sentença.**

O papel do litígio na Corte IDH possui também um **caráter estratégico**, ou seja, visa não apenas a atender aos interesses das vítimas/clientes (*client oriented*), mas principalmente a orientar para assuntos (*issue oriented*). **Significa que os casos são escolhidos pela capacidade de despertar uma mobilização transnacional ao passar pelo filtro da Corte IDH, gerar um precedente e desencadear um impacto sociocultural transformador, principalmente das instituições estatais.**

Trataremos superficialmente das medidas provisionais, por ser o objeto deste trabalho. Em linhas gerais, **a medida provisional destina-se a violações graves, urgentes e com risco de danos irreparáveis aos direitos humanos.**

As medidas provisionais destinam-se às situações de “graves violações” aos direitos fundamentais, cuja “urgência” e “risco de danos irreparáveis” justifiquem uma atuação mais rápida da Corte IDH, nos termos do art. 63 da CADH e do art. 27 do Regulamento da Corte IDH.

Na prática, os requisitos da gravidade e irreparabilidade se tornaram autônomos entre si, enquanto a urgência tem sido interpretada de forma mais flexível e menos rigorosa. **As medidas provisionais geralmente se prestam para prevenir ou combater violações ou o risco de violações a direitos, como a vida e a integridade.**

Destaque-se que, embora a tradução livre de “*medidas provisionales*” seria “medidas provisórias”, a melhor opção terminológica me parece ser “**medidas provisionais**”. O termo é relevante por não ser possível reduzir essa espécie de decisão proferida ao longo de uma medida provisional aos seus limites temporais.

As medidas provisionais, segundo a jurisprudência pacífica da Corte IDH, possuem natureza de tutela de direitos e não apenas cautelar de caráter provisório. Em outras palavras, não se destinam a uma tutela provisória pautada apenas no risco, cujo provimento poderia ser revisto. As medidas provisionais, na prática, vão muito além. É possível afirmar, a partir de uma análise de sua efetiva utilização pela jurisprudência, que servem como mecanismo híbrido entre as “sentenças” e as “supervisões de cumprimento de sentença”, por possuírem elementos de ambos os provimentos, já que, por um lado, operam como verdadeira sentença por terem um caráter tutelar e não apenas cautelar e, por outro, ao serem reiteradas, servem também para monitorar a medida provisional anterior, além de admitirem a tutela de questões urgentes supervenientes à primeira medida provisional.

No caso a envolver a unidade prisional Instituto Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, devemos fazer algumas observações antes de adentrar na medida provisional: trata-se de unidade prisional que mantém presos do sexo masculino, os quais cumprem pena privativa de liberdade em regime semiaberto e são classificados como neutros, além de ex-policiais.

Ao se levar em consideração os dados de 13/01/2020, referentes ao Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, sabemos que a **capacidade atual é de 30.031** internos, sendo que se encontram **custodiados 51.910**, com média global de ocupação de 172%, em 47 unidades prisionais. O sistema hoje conta com 15 unidades com até 100% da ocupação (32%) e 32 unidades acima de 100% (68%).

Porém, o sistema prisional fluminense, **em 10/12/2018**, contava com os mesmos 52 estabelecimentos prisionais, sendo 05 de natureza hospitalar, e havia 08 unidades destinadas ao regime semiaberto. A população **carcerária era de 51.768 internos, para uma capacidade declarada de 28.912 vagas**. O estado de superlotação carcerária era representado pela taxa global de ocupação de 179% da capacidade instalada.

Atualmente há 09 unidades destinadas ao regime semiaberto com capacidade atual de 6.634 internos, com efetivo real de 9.434, e excesso de 2.901 presos.

A taxa global de ocupação nas unidades masculinas é de 184%, havendo **49.799 internos para 27.042 vagas disponíveis**, representando 96,7% do efetivo total de internos.

As unidades são preenchidas levando-se em consideração a classificação do preso no momento de ingresso no sistema, e a principal ferramenta utilizada é a divisão dos internos por facção criminosa, subdividindo-os em Comando Vermelho, Terceiro Comando, Amigos dos Amigos, neutros, ex-policiais e milicianos.

O Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, no primeiro trimestre de 2018, abrigava uma população **total de 3.820 detentos para uma capacidade de 1.699 vagas**, sendo certo que cerca de 1/3 do total de pessoas em regime semiaberto no

Estado do Rio de Janeiro se encontrava no IPPSC. A unidade prisional, em 13 de janeiro de 2020, mantinha custodiados 1.740 internos, com capacidade atual de 1.699, ou seja, havia um excedente de 2%, consistente em números exatos de 41 presos.

Os dados numéricos demonstram a importância das decisões proferidas pelos Tribunais Internacionais na política interna de forma a propiciar mudança de paradigma na gestão e controle da superlotação carcerária pelos Estado-Membros.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 30 de março de 2016, requereu medida cautelar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com o intuito de exigir do Estado Brasileiro que adotasse medidas necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal (compreendida a integridade de natureza física, psíquica e moral) das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

Concomitantemente ao requerimento formulado junto à CIDH, tramitavam diversas ações coletivas junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro propostas pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público, com alicerce em ofensas aos direitos fundamentais dos presos, em especial, à dignidade da pessoa humana, com prolação de decisões impondo restrições ou interdições funcionais a determinados estabelecimentos prisionais, fundadas sempre no estado de superlotação. Os provimentos judiciais proferidos no âmbito interno impunham ao Estado a obrigação de não ultrapassar o limite de 100% da capacidade carcerária de cada unidade prisional.

As decisões reconheciam que a superlotação carcerária, por si só, já teria a capacidade de ofender a dignidade da pessoa humana, com afronta à integridade física, psíquica e à saúde do preso.

As premissas se prestam apenas para dar o tom do grau de dificuldade do sistema penitenciário fluminense para afastar o estado de superlotação carcerária e o Estado de Coisas Inconstitucional e todos os consectários inerentes às ofensas às condições dignas dos presos, em especial pelo momento de crise financeira gravíssima vivenciado à época, que resultou no decreto de calami-



dade financeira e na intervenção federal na área de segurança pública, com a delimitação da autonomia administrativa do Estado.

Adicione-se à crise financeira o reduzido número de unidades prisionais, a impossibilidade de aumento dos gastos públicos por conta do decreto de calamidade financeira, o pequeno número de unidades destinadas ao regime semiaberto e a impossibilidade de remanejamento dos presos entre as unidades, seja pela classificação dos internos por facção criminosa, seja por decisão judicial impondo a obrigação de fazer consistente em remanejar o excedente carcerário acima de 100% da capacidade da unidade.

Além do que, embasado no argumento da segurança pública, o Estado Brasileiro, e principalmente o Estado do Rio de Janeiro, vem adotando políticas de combate à criminalidade adequadas a um Estado policial, o que só faz aumentar o número de presos por pequenos delitos e, por sua vez, a massa carcerária.

O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro reconhecido, em âmbito liminar, na decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio no bojo da ADPF 347 do STF, pressupôs, dentro dos parâmetros fixados pela Corte Constitucional Colombiana, a existência de grave e massiva violação dos direitos fundamentais, uma omissão persistente do Estado em resolvê-la e, ainda, um litígio estrutural a demandar soluções interinstitucionais para os problemas.

Diante do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, e apesar do quadro adverso à época, foram tomadas medidas paliativas a fim de combater a superpopulação carcerária, principalmente no âmbito do Poder Judiciário, de forma a mitigar os problemas inerentes à superlotação, **salientando que jamais deixou-se de reconhecer as ofensas inerentes aos direitos fundamentais da pessoa humana daqueles que sofrem privação da liberdade.**

Dentre as medidas adotadas, podemos citar, dentre as mais importantes na tentativa de redução da massa carcerária: **a criação de um Comitê Interinstitucional de Combate à Superpopulação Carcerária, com a participação de todos os**



**operadores do sistema penitenciário; o estabelecimento do sistema de audiência de custódia em todo o Estado do Rio de Janeiro com a apresentação, no prazo de 24 horas, de todo preso em flagrante delito à autoridade judicial; o incremento do juízo da execução penal, com a digitalização de todos os processos de execução penal que envolvessem réus presos, e o aumento do número de servidores e juízes lotados na VEP, o que resultou na maior celeridade na análise dos pedidos e no aumento de benefícios concedidos no curso da execução penal, em especial de progressão de regime e de livramento condicional.**

Acreditou-se, por todos os integrantes do Comitê Interinstitucional, que haveria uma redução do número de presos. As medidas não atingiram o seu objetivo muito por conta das políticas adotadas no combate à criminalidade pela área de segurança pública no período de Intervenção Federal, que culminou, de forma considerável, no aumento de presos provisórios no Estado do Rio de Janeiro, mas, sobretudo, por uma cultura estabelecida e oriunda de um código de processo penal estruturado em um período autoritário e na formação profissional dos magistrados ainda muito atrelados ao recente período ditatorial vivenciado pelo Brasil, no qual a prisão cautelar para aqueles que respondiam ao processo penal era a regra, e a exceção seria a concessão da liberdade apenas em crimes passíveis de fiança e tidos como de menor gravidade.

A título de exemplificação, na formação dos operadores de Direito, em especial, por um positivismo jurídico exacerbado pela escola Kelseniana, e ainda nos dias de hoje muito operante sobre a questão da prisão como medida cautelar, vejamos alguns dispositivos do Código de Processo Penal originário: “*Art. 312: A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos; Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; Art. 408, § 1º : na sentença*

*de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura; Art. 594: o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”.*

O Superior Tribunal de Justiça chegou a editar o enunciado de Súmula nº 09 que diz que *“a exigência da prisão provisória, para apelar, não fere a garantia constitucional de presunção de inocência”*, e somente após o julgamento do HC 83.810/RJ pelo pleno do STF, Relator Min. Joaquim Barbosa, em 22/10/2009, através do qual se reconheceu que, para admissibilidade da apelação, o réu não deveria recolher-se à prisão por violar os princípios da igualdade e da ampla defesa, o STJ editou a Súmula nº 374: *“o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão”*.

Por todas essas questões, verificou-se, ao longo de 2 anos (2017/2018), que o contingente carcerário manteve-se praticamente inalterado, sem que se atingisse os objetivos previamente estabelecidos para diminuição da lotação carcerária. Porém, já se considerou pelo Poder Judiciário fluminense uma vitória a obtenção do refreamento da população carcerária das instituições engajadas nesse litígio estrutural.

Pois vejamos: o crescimento da população carcerária entre os anos de 2013 a 2018 foi de 33.627 para 51.768, o que representou um aumento de 53,9%, ou seja, um crescimento de 10,8% ao ano. Já o crescimento do número de vagas ao longo dos mesmos 05 anos foi apenas de 6%, saindo de 27.069 para 28.912.

Esse crescimento exponencial tem duas grandes razões: a política de governo na área de segurança pública de combate à criminalidade, com medidas de privação da liberdade como mecanismo de controle da população mais desvalida; e, também, por medida estrutural no âmbito da administração penitenciária. No ano de 2013, no Estado do Rio de Janeiro deixou de haver a custódia de presos provisórios em delegacias policiais, com a criação do que se denominou “Delegacia Legal”, sendo que todos os presos provisórios, sem que houvesse qualquer planeja-

mento, passaram a integrar o número de presos do sistema penitenciário, realocando-os nas unidades já existentes.

No fim do período de Intervenção Federal na área de segurança, em 26 de dezembro de 2018, celebrou-se um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), com a interveniência da Secretaria de Administração Penitenciária, Procuradoria-Geral de Justiça, Gabinete de Intervenção Federal e Poder Judiciário, no qual ficaram estabelecidas diversas medidas na tentativa de melhoria nas condições sanitárias, de hospedagem e de saúde, com o fito de guardar maior dignidade aos internos, além da suspensão das ações coletivas, a fim de permitir maior maleabilidade à Secretaria de Administração Penitenciária para realocação dos internos entre as unidades prisionais existentes. Tal circunstância permitiu que se adaptasse uma unidade penal já existente para o regime semiaberto.

Porém, não haverá o enfrentamento direto dos problemas inerentes à superlotação carcerária se não houver uma alteração da cultura do controle do crime, por ser a privação da liberdade o principal mecanismo de exclusão social.

A prisão reúne cada vez mais os atributos de um mecanismo explícito de exclusão e controle de contingentes populacionais rejeitados pelas instituições da família, do trabalho, da previdência e da economia de consumo. A prisão, na feliz síntese de Loïc Wacquant, é o principal instrumento da política habitacional do Estado para os inúteis da nova economia.

Como enfatiza Garland, sua reaparição – a prisão –, em forma renovada, se deu pelo papel essencial que vem desempenhando no funcionamento das sociedades pós-modernas neoliberais: o de instrumento “civilizado” e “constitucional” de segregação das populações problemáticas criadas pela economia e pelos arranjos sociais atuais.

Mas, voltemos à análise do requerimento da tutela cautelar ajuizada junto à CIDH pela Defensoria Pública com o intuito de exigir que o Estado Brasileiro adotasse medidas necessárias para proteger a vida e a integridade das pessoas privadas de liberdade no Instituto Plácido de Sá Carvalho.

O solicitante alegou que a situação fática do estabelecimento prisional levaria a reiteradas violações dos direitos humanos, em razão das condições a que os presos estariam submetidos.

Diante da análise dos fatos e dos documentos acostados pelos solicitantes, a Comissão IDH constatou a presença dos requisitos para concessão da medida cautelar, em conformidade com o art. 25 do Regulamento da CIDH, quais sejam: **a existência da gravidade, de urgência e do risco de dano irreparável.**

## 2. JULGAMENTO.

A **medida cautelar nº 208/16**, constante na Resolução nº 39/2016, foi concedida em 15 de julho de 2016 e teve como principais decisões: solicitar ao Estado Brasileiro que adote medidas necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Instituto; adotar medidas para reduzir a superlotação; propiciar condições adequadas de higiene; e elaborar um relatório com o objetivo de investigar os fatos que originaram a adoção da medida cautelar com o fito de evitar sua repetição.

O Estado Brasileiro não apresentou informações ou quaisquer esclarecimentos sobre as ações solicitadas pela CIDH para dar cumprimento às medidas cautelares. Os representantes dos beneficiários informaram à Comissão sobre a necessidade de solicitar medidas provisionais à Corte IDH.

A Corte IDH reconheceu que estavam presentes os requisitos necessários para adoção de medidas provisionais de acordo com o disposto no art. 62.3 da CADH. Isso porque havia **uma situação de extrema gravidade e urgência que poderia ocasionar danos irreparáveis à população carcerária daquela unidade prisional.**

A Corte IDH, em 13 de fevereiro de 2017, determinou que: (i) o Estado brasileiro adotasse de forma imediata todas as medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade física de todas as pessoas privadas de liberdade; (ii) informasse aos representantes dos beneficiários da medida sobre o cumprimento; (iii) informasse à Corte IDH até 31 de março de

2017 sobre as medidas adotadas, devendo mantê-la informada a cada três meses; (...) (vi) realizasse uma visita por parte da Corte ao estabelecimento prisional a fim de se obter informações diretas sobre o cumprimento das medidas.

A Corte IDH reiterou, inclusive, que deveriam ser observadas as Regras de Mandela - **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos** -, cujo conteúdo oferece diretrizes para estruturação e condições mínimas dos sistemas penais.

Nesse aspecto, é dever do Estado o atendimento à saúde e à manutenção das condições mínimas de habitabilidade dos detentos, com a preservação do ambiente sanitário, bem como a preservação da integridade pessoal. Vale a descrição de alguns dos princípios básicos das Regras de Mandela:

**“Regra 1 Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano.** Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

(...)

**Regra 3 A detenção e quaisquer outras medidas que excluam uma pessoa do contato com o mundo exterior são penosas pelo fato de, ao ser privada da sua liberdade, lhe ser retirado o direito à autodeterminação.** Assim, o sistema prisional não deve agravar o sofrimento inerente a esta situação, exceto em casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos em que seja necessário manter a disciplina.

**Regra 4 1. Os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência.** Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação para que possam levar uma vida

autossuficiente e de respeito para com as leis. 2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos”.

A Corte IDH, no bojo da medida provisional, reconheceu os esforços realizados pelo Estado; todavia, apontou que estes não eram suficientes e exigiu uma mudança estrutural no estabelecimento prisional para dar eficácia às medidas provisionais, de modo que o Estado erradicasse concretamente os riscos de mortes e de danos à integridade pessoal dos internos.

Com a medida provisional de 31 de agosto de 2017, a Corte IDH determinou que: (i) o Estado brasileiro adotasse as medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade física de todas as pessoas privadas de liberdade no instituto penal; (ii) (...).

Vale pontuar, sob a minha ótica, **o aspecto político e de parcialidade na defesa individual dos assistidos, com a busca, pela Defensoria Pública, contra o Estado brasileiro, das medidas provisionais junto à Corte IDH, não só pela capacidade de despertar uma mobilidade transnacional e desencadear um aspecto transformador de natureza sociocultural, mas, principalmente, para atingir a libertação em massa e indiscriminada do excedente carcerário** na unidade prisional que se encontrava naquela situação degradante, sem que houvesse a preocupação institucional com a sociedade fluminense devido aos altos índices de criminalidade, causa determinante para o estabelecimento do estado de medo generalizado, além da ruptura social com o Estado Brasileiro que tal medida implicaria.

Não houve o esgotamento dos recursos internos na solução do litígio concretamente. Dentre as exceções preliminares que constituem questões incidentais, as quais impedem a análise da questão de mérito pela Corte IDH (art. 61 da CADH)), está o esgotamento dos recursos internos.

A exceção preliminar de esgotamento dos recursos internos decorre do princípio da subsidiariedade das Cortes Internacionais frente ao ordenamento jurídico interno.

Ajuizaram-se um sem número de ações coletivas para impedir o transbordamento do número total da capacidade de cada unidade prisional isoladamente.

Vários provimentos judiciais foram proferidos nessas demandas impedindo que o Estado do Rio de Janeiro, através da Secretaria de Administração Penitenciária, custodiasse internos acima da capacidade estipulada para a unidade prisional. Nada obstaría que se adotasse o mesmo expediente.

A Corte IDH, contudo, levou em consideração a Opinião Consultiva nº 11/90, que **consolida o esgotamento material dos recursos internos**, levando-se em conta a pobreza extrema e o medo generalizado que inviabilizam o acesso à justiça no plano interno.

O Estado reconheceu a situação crítica de superlotação do IPPSC capaz de atingir a dignidade da pessoa do preso com ofensas ao direito à vida e à integridade pessoal. Porém, aludiu que não seria um problema exclusivo dessa unidade, e que, ao contrário, se trata de um problema que abrange todo o sistema penitenciário no Estado do Rio de Janeiro.

Os representantes dos beneficiários reuniram-se com o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro e demais instituições, em reunião capitaneada pelo GMF-RJ – Grupo de Monitoração e Fiscalização do Sistema Carcerário, em 08 de março de 2018, na qual apresentaram duas propostas para reduzir a superlotação da unidade carcerária: **(i) a concessão de benefícios temporariamente antecipados, principalmente a liberdade condicional e a progressão para o regime aberto na modalidade de prisão domiciliar; e (ii) a proibição de novos detentos na unidade.**

O próprio CNJ – Conselho Nacional de Justiça, em data pretérita, 31 de outubro de 2017, enviou pedido ao GMF/RJ para que fosse avaliada a pertinência de se concentrar esforços para aplicação da Súmula Vinculante nº 56 em favor das pessoas

custodiadas no IPPSC. (Súmula n 56 do STF: a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS).

O precedente utilizado pelo STF especificou que, havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada do sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que fossem estruturadas as medidas alternativas propostas, o juiz da execução poderia deferir a prisão domiciliar ao sentenciado.

O GMF/RJ, na reunião realizada, apresentou duas propostas próprias para reduzir a superlotação carcerária do IPPSC: (i) a construção de um pavilhão com capacidade para abrigar 500 detentos no IPPSC; (ii) a conclusão de obras para criar um novo estabelecimento carcerário.

Todas as propostas para ampliação do número de vagas dentro do sistema prisional destinado ao regime semiaberto foram refutadas pelos representantes dos beneficiários, pois, ao meu juízo, ficou muito claro que a intenção seria a concessão da progressão do regime *per salto* para o regime aberto, com a concessão da prisão domiciliar para todos os presos lá custodiados de forma indeterminada e indiscriminada, por já não mais existir unidade prisional destinada ao regime aberto – casa do albergado – para aqueles que progridem de regime quando já integram o sistema penitenciário fluminense. Ou seja, colocar-se-ia em liberdade todos aqueles que tivessem cumprido um 1/6 da pena imposta, com a progressão para o regime semiaberto, incondicionalmente, e para tanto, bastaria que integrasse o grupo de custodiados excedentes do IPPSC.

Qual seria o critério a ser utilizado para definição do grupo de custodiados beneficiados com a concessão da liberdade em



regime domiciliar? Para os presos reclusos há mais tempo, para os de menor periculosidade, para os mais velhos... seja qual fosse o critério, a medida seria claramente não isonômica e ilegítima.

**Não se nega aqui a extrema ofensa aos direitos dos presos**, contudo, dever-se-ia buscar um critério que não fosse generalizado, sem que se analisasse de forma individualizada a possibilidade de ressocialização do preso. Afinal de contas, a finalidade precípua da pena é permitir que o preso se regenere e se reintegre à sociedade.

A decisão da Corte IDH fez alusão à decisão proferida pela Corte Constitucional Colombiana que, como um bom critério em face da emergência, resolveu que **“uma pessoa privada da liberdade não adquire um direito constitucional de ser liberada, pelo fato de ter sido destinada a lugar de reclusão que se encontra em situação de superlotação e que supõe, por si só, um atentado à dignidade humana. Ponderou que não cabe uma liberação automática da pessoa privada de sua liberdade nessas condições, dado que afetaria outros direitos fundamentais de vítimas e da população em geral, ou seja, que a situação de superlotação não geraria automaticamente um direito subjetivo imediato de ser excarcerado. (...)”**.

Permitir a liberação implicaria na proteção dos direitos da pessoa que se encontra acusada ou condenada, mas suporia, ao mesmo tempo, **um amplo sacrifício dos direitos das vítimas dos atos criminosos. A resposta que se dê ao problema jurídico suscitado deve ponderar todos os valores, regras, princípios e direitos constitucionais que se encontram em tensão.**

É preciso esclarecer que, para enfrentar uma grave crise penitenciária e carcerária como a atual, em que a superlotação exerce um papel determinante, é necessário incluir políticas que favoreçam a liberdade e o desencarceramento, inclusive de forma maciça. O uso desmedido e exagerado da política criminal e penitenciária é insustentável em um estado democrático de direito, pelos custos que implica para os direitos fundamentais, para a coesão

social e para os escassos recursos públicos de que se dispõe para cumprir os variados e múltiplos encargos e funções estatais.

A Corte Constitucional Colombiana entendeu que a superpopulação carcerária se opera por um uso exagerado da privação de liberdade, que se deve reduzir conforme uma política e decisões prudentes de desencarceramento, **não indiscriminadas, porque nega que haja um direito subjetivo automático ao desencarceramento**, mas reclama uma política de desencarceramento razoável, **atendendo à particularidade dos casos para fazer cessar uma situação constitucionalmente insustentável**.

A Corte IDH concluiu que o único meio para fazer cessar a continuação da eventual situação ilícita da execução da pena frente à Convenção Americana consiste em procurar a redução da população do IPPSC.

É inegável que as pessoas privadas de liberdade no IPPSC suportam uma pena que lhes impõe um **sofrimento antijurídico** muito maior que o inerente à mera privação da liberdade. Por um lado, **é justo reduzir seu tempo de encarceramento**, para o que se deve ater a um cálculo razoável, e, por outro lado, essa redução implica em compensar, de algum modo, **a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução**.

Apesar de a Corte IDH não ter assim explicitado, em sua decisão por certo aplicou a teoria da ponderação de interesses de Robert Alexy, com a proporcionalidade dos princípios, a fim de dar solução ao caso concreto.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios terá precedência em face do outro, sob determinadas condições.

A lei de colisão, no caso concreto, implicou em uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal, com a busca da ressocialização do apenado e proteção da sociedade, e o interesse dos internos na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados.

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres. O conflito, ao contrário, deve ser resolvido “por meio de um sopesamento entre interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.

A Corte IDH determinou, dentre as medidas de cunho estruturais, como a remodelação de todos os pavilhões, celas e espaços comuns, o aumento considerável de profissionais de saúde e agentes penitenciários e a redução substancial do número de internos para proteger eficazmente a vida e a integridade de todas as pessoas privadas de liberdade no IPPSC, ao fixar a remição de 50% pela ilicitude da pena na fase de execução.

Por não se ter dúvidas sobre a degradação em curso decorrente da superpopulação do IPPSC, cuja densidade seria de 200%, ou seja, duas vezes a capacidade, pode-se deduzir que há a duplicação também da inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, **o que impõe que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação da liberdade em condições degradantes.**

Com a imposição das medidas provisionais, a Corte IDH buscou adequar a situação de custódia dos internos no IPPSC aos Princípios e Boas Práticas para Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas.

**Atualmente, o número de custodiados no IPPSC corresponde a 100% da sua capacidade declarada, ou seja, 1.699 internos.**

### 3. CONCLUSÃO.

O documento na disposição geral define o que se entende por “privação da liberdade” e impõe no princípio I – tratamento humano – “que toda pessoa privada de liberdade que esteja sujeita à jurisdição de qualquer dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos será tratada humanamente, com

irrestrito respeito à sua dignidade própria e aos seus direitos e garantias fundamentais e com estrito apego aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos. Em especial, levando em conta a posição especial de garante dos Estados frente às pessoas privadas de liberdade, terão elas respeitadas e garantidas a vida e a integridade, bem como asseguradas condições mínimas compatíveis com sua dignidade.

Na minha ótica, aí reside o grande cerne da questão sobre a superlotação carcerária e o respeito aos direitos humanos dos internos. Não vou me apegar à definição de inimigo trazida por Jakobs, que o define como alguém que não se submete ou não admite fazer parte do Estado, e, por isso, não deve usufruir do estatuto de cidadão. Porém, como nos ensina Zaffaroni, em *O Inimigo no Direito Penal*, o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do Direito Penal liberal, isto é, das garantias que hoje o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece universal e regionalmente.

Na realidade, o Direito Penal sempre aceitou o conceito de inimigo, e este é incompatível com o Estado de Direito. Na verdade, seria adequado a ele uma *renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que o acompanharam ao longo de quase todo seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do Direito Penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado Constitucional de Direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de Polícia, incompatíveis com seus princípios*.

O E. Professor Eduardo Manuel Val, em seu texto produzido na obra destinada ao 70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos – La Protección Internacional de los Derechos Humanos em Cuestión, ressalta a importância das Cartas Internacionais sobre Direitos Humanos como mecanismo

desencadeador para um impacto sociocultural transformador junto às instituições estatais, por serem os principais documentos *soft law* que, pela ética, pelo alto grau de adesão internacional e pela sua permanente confirmação no decorrer das décadas, têm se constituído em direito costumeiro internacional e, consequentemente, importante fonte de direito internacional.

Nasceu, como afirma Stépháne Hessel (2011), com o intuito de libertar a humanidade das ameaças do totalitarismo, e, para isso, seria necessário conseguir o comprometimento dos Estados-Membros das Nações Unidas com o respeito aos direitos humanos universais.

Na América Latina, houve duas vias de promoção dos direitos humanos universais: a primeira através de um sistema regional próprio de direitos humanos, tendo como eixo principal a Organização dos Estados Americanos (OEA), que funcionou desde seu início como espelho da ONU, como observamos na Carta de Bogotá (1948), e elaborando também sua própria Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, e a segunda via através da incorporação dos direitos humanos na condição de direitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados da região.

No contexto dos Estados de Direito que compõem a América Latina e que são signatários da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a sedimentação e respeito aos direitos humanos e à condição de humano do interno exigirá uma atuação proativa da Corte Internacional para impor aos Estados-Membros medidas e políticas públicas de reconhecimento aos direitos humanos.

Cabe pontuar, por fim, que no dia 13 de fevereiro de 2017, data do deferimento da medida provisional contra o Estado Brasileiro, a Corte IDH, em sua fundamentação, decidiu reunir 04 casos brasileiros referentes a estabelecimentos carcerários. Foram presídios localizados em várias regiões diferentes do país, o que demonstra não ser esse um problema isolado, ou contingencial, mas um litígio estrutural que permeia as mais variadas instâncias do poder público em todo o país.

Ao reunir os casos, a Corte IDH também demonstrou ser este um problema endêmico no país e que, de certa forma, identifica um padrão comum de violações aos direitos humanos.

As semelhanças desses casos permitem dizer, como afirma o professor Siddharta Legale, que há um ciclo de casos brasileiros envolvendo pessoas privadas de liberdade como grupo vulnerável que, devido à grave omissão do Estado, acaba por gerar um “Estado de Coisas Inconvencional”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

www.corteidh.or.cr, Resolução n 22 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, Medidas Provisórias a Respeito do Brasil, Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF. N 347/DF;

Entre a Reclusão e a Liberdade, Vol. II, Pensar a Reclusão (coord. de João Luís de Moraes Rocha), Almedina, 2008

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, comentada (coord. de Alessandra Silveira e Mariana Canotilho), Almedina, 2013.

Garland, David, A Cultura do Controle, Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea, Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, reimpressão, abril de 2017.

Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, 2ª edição, 5ª tiragem, janeiro de 2017.

Melossi, Dario, Controlar el Delito, Controlar la Sociedad, teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo xviii al siglo xxi, siglo veintiuno editores Argentina S.A, 2018.

Zaffaroni, E. Raúl, O Inimigo no Direito Penal, Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 3ª edição, 6ª reimpressão, setembro de 2019.

Wacquant, Loic, Punir os Pobres. A nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos, Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan 3ª edição.

De Giorgi, Alessandro, *A Miséria Governada através do Sistema Penal*, Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan 3ª reimpressão, outubro de 2017.

Legale, Siddharta e De Araújo, Luiz Cláudio Martins, *Direitos Humanos na prática Interamericana, O Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Editora Lumen Juris, 2109.

Santos, Boaventura de Sousa e Chaui, Marilena, *Direitos Humanos, democracia de desenvolvimento*, Cortez Editora, 1ª edição, 4ª reimpressão, dezembro de 2018.

Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Del Rey Editora, 2ª edição, 2017.

Instituto de Segurança Pública – ISP – [www.isp.rj.gov.br](http://www.isp.rj.gov.br).

Fischer, Luly (21 e 27 de junho de 2007), *Proposta para Análise Jurisprudencial utilizando a Metodologia do Estudo de Caso Americana ou case method*.

Val, Eduardo Manuel, *A Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu Espelho: a Declaração Americana de Direitos Humanos e seus Reflexos no Constitucionalismo na América Latina*, (coordenadores): Back, Charlott, Ricobom Gisele, Durán, Carlos Villán, Olasolo, Héctor, Proner, Carol, *70º Aniversario de La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Protección Internacional de los Derechos Humanos em Cuestión*, Tirant lo Blanch.

# A Compulsoriedade da Vacinação no Caminhar do Cenário Jurídico Brasileiro

**Paula Naves Brigagão**

*Ex-Tabeliã pelo TJMG. Especialista em Compliance Contratual pela Faculdade Pitágoras. Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa – Montevideo – UY. Escritora. Advogada.*

**RESUMO:** O presente trabalho pontua a compulsoriedade da vacinação no Brasil e os efeitos colaterais dela oriundos, pós-vacinação, tema objeto de responsabilidade civil do estado - frente às inovações advindas com a entrada em vigor da Lei 14.125/2021. O tema agrega ao leitor reflexões às garantias fundamentais de proteção à vida e à saúde, em claro juízo de ponderação com as liberdades de expressão e de crença, todas albergadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se quanto à leitura conjunta o respeito ao princípio da harmonização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil – vacinação – efeitos colaterais – coronavírus.

**ABSTRACT:** The present work points out the compulsory nature of vaccination in Brazil and the side effects arising from it, post-vaccination, a subject object of civil liability of the state in the face of the innovations resulting from the entry into force of Law 14.125 / 2021. The theme adds, to the reader, reflections to the fundamental guarantees of protection of life and health of freedom of expression and belief, taken into account by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, observing as regards to the reading of all the respect to the principle of harmonization .

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Caso Prático. 2. Aspecto jurisprudencial do caso prático. 3. Aspectos sensíveis da vacinação no Brasil e no mundo. Conclusão. Bibliografia.



## INTRODUÇÃO

A autonomia privada reflete o mais íntimo de cada ser, exteriorizada como uma faculdade de agir do indivíduo. A questão que é trazida à baila consiste no cotejo da autonomia privada do indivíduo frente às garantias constitucionais da vida e da saúde, não só dele, individualmente considerado, mas da coletividade, numa releitura do Código Civil ajoelhado à Constituição da República Federativa do Brasil, garantindo-se a cada um o direito de ser o que é, de pensar como queira, dentro das balizas do princípio da solidariedade, pois a democracia consiste na proteção dos direitos das minorias, desde que a maioria não sucumba frente a eles. O pluralismo político acontece quando o *eu* cede o lugar ao *nós*, em um verdadeiro acordo de cavalheiros que visa ao bem comum.

Se a vacinação acarreta efeitos colaterais e é um mal necessário, há que se ter mente que a responsabilidade do Estado deve atuar como um guarda-chuva, a fim de conter as tempestades dos organismos humanos e, como tal, trazer de volta a esperança aos olhos de milhares de indivíduos que, mundo afora, lutam pelo seu bem mais precioso: a vida!

### 1. CASO PRÁTICO

Emerinda Pipa Avoada era advogada e aspirante a cargo público. No popular, “concurseira”. Engravidou aos 15 (quinze) anos e, aos 28 (vinte e oito) anos, já era mãe de quatro (4) filhos.

Casada com Aparício Jeitoso, enfermeiro, vivia arrumando confusão por onde passava, com sua personalidade difícil. Gostava mesmo era de “causar”.

Teimosia em forma de gente, Emerinda, em pleno surto pandêmico, saiu alardeando que ninguém tocaria nela ou em seus filhos e, totalmente descrente do poder da vacina contra a Covid - 19, Pipa Avoada criou um blogue (página pessoal) na internet sob o seguinte rótulo: -“Seja livre e voe o mais alto que puder”. Lá estava o desenho da Pipa. E prosseguia: “- Não permita que Governo ou popular algum lhe imponha uma vacina. O corpo é seu. O pensamento também”.

E como não poderia deixar de ser, o seu blogue cibernético gerou intensa e acesa polêmica. Começando dentro de casa. Uns apoiando a sua iniciativa, outros a combatendo. Seu marido Jeitoso, nada jeitoso no caso, já havia ameaçado amarrar a mulher no pé da cama e aplicar-lhe a vacina, bem como adotar o mesmo procedimento com relação aos filhos, a fim de zelar pelo prolongamento da vida e saúde familiar como prova de “amor”.

E, claro, como não poderia deixar de ser, a contenda familiar virou assunto das redes sociais.

Discussões políticas à parte, a questão é saber se a vacina é compulsória e se poderá ser aplicada de maneira forçada e, acaso aplicada contra a vontade do indivíduo, se tal proceder não violaria a sua liberdade de convicção e de crença (garantias fundamentais do indivíduo). Estaria a sua autonomia da vontade em patamar superior à vontade coletiva? Mas e os direitos de minoria?, questionava a moça e boa parte dos internautas.

## 2. ASPECTO JURISPRUDENCIAL DO CASO PRÁTICO

Instado a pronunciar-se sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento das ADIs 6586 e 6587, decidiu pela constitucionalidade da compulsoriedade da vacina.

Contudo não confunda alhos com bugalhos. Vacina compulsória não significa vacina forçada. Jeitoso, marido enfermeiro, não poderá amarrar a mulher ao pé da cama para aplicar-lhe a vacina, ainda que com boa intenção. Já nos ensina o ditado popular: “de boas intenções o inferno está cheio”. Nem Jeitoso, nem o Governo ou popular algum pode forçar quem não quer se vacinar a tomar a vacina, sob pena de cometerem o crime de constrangimento ilegal (Art. 146 do CP), para dizer o mínimo.

O Direito não se impõe a qualquer preço. Todavia, a compulsoriedade (e não a força!) se revela através da coerção indireta, aparecendo aqui como o segundo lado da moeda.

Assim, se amanhã ou depois, a escola municipal recusar-se a efetuar a matrícula dos meninos de Pipa Avoada por ausência da vacinação, que não venha ela a reclamar, ora bolas. Toda

escolha tem um preço! Um aluno contaminado contamina uma escola, um bairro e um país inteiro! Fato!

São os danos pessoais que, por ricochete, repercutirão sobre os filhos, dada a sua negativa. Os inocentes, literalmente, pagarão pelos pecadores! O bem comum clama por isso! O remédio é amargo, mas é necessário!

O mesmo se diga acaso a sua inscrição em algum concurso público for indeferida ante a exigência em lei e edital de estar com o cartão de vacinação em dia.

Ademais, a liberdade de crença não é uma garantia fundamental absoluta, como nenhuma garantia fundamental o é. Marcada pela relatividade, admite ponderações em prol do bem comum. A saúde pública denota um bem comum (o que nos parece óbvio) e um direito social de segunda dimensão. Não nos comportemos como camaleões normativos, fazendo tabula rasa da saúde pública.

Logo o STF, baseado em um raciocínio utilitarista, e levando em consideração o bem coletivo, destacou as seguintes premissas acerca do tema da vacinação contra a Covid-19. Destaco: A vacinação é compulsória, embora não possa ser forçada. Deve, antes de qualquer coisa, passar pelo controle sanitário da Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), informando a população acerca dos efeitos colaterais, através das contra-indicações. Quem não pode tomar a vacina não pode e não deve se vacinar. A necessidade da vacina caminha de mãos dadas com a eficácia e segurança na sua aplicação.

Há que se destacar que a Lei 14.125/21 tratou justamente dos efeitos colaterais da vacinação contra o coronavírus, dispondo que o ente público (Leia-se: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), lastreado na responsabilidade pelo risco social, chama para si a responsabilidade em casos de reações adversas oriundas dos efeitos colaterais provocados pela vacina contra o Covid-19. Base Legal: art. 1º da Lei 14.125/2021.

Importante que se diga que a responsabilidade civil do Estado, como profetizada acima, implica em uma responsabilidade civil objetiva pelo risco integral, em que o cidadão que tomou a

vacina poderá questionar em juízo e fora dele acerca dos efeitos colaterais dessa aplicação, sem a necessidade de comprovação, por sua parte, de dolo ou culpa do ente público.

Sendo a responsabilidade objetiva por risco integral (em que pouco importam as excludentes do nexo de causalidade), incabível a discussão da culpa, por parte do particular. Logo, o homem do povo não terá que comprovar que o Estado tomou todas as precauções, que realizou teste alérgico no paciente – que previamente se declarou alérgico –, que a dose tenha sido a adequada, aplicada por profissional de saúde habilitado e respeitadas as normas sanitárias para tal. As dúvidas militam contra o ente público. E, em havendo efeitos colaterais, o ente federativo, incumbido de sua aplicação, irá responder pelos danos causados, sem qualquer exclusão do nexo causal para tal, e a justificativa para isso, é a de que a aplicação da teoria do risco integral, na vertente do risco social, enxerga a vítima, devendo a coletividade arcar com os prejuízos.

Questões políticas à parte, se os laboratórios não quiseram ou não puderam assumir os riscos advindos de possíveis efeitos colaterais à vacina, alguém precisava pagar a conta. E esse alguém, por óbvio, não poderia ser a vítima.

Há que se ter em mente que ninguém deseja reações alérgicas que possam ocasionar mortes precoces. A luta é pela vida, e não o contrário. As limitações do indivíduo - que sofre as consequências da não vacinação - são lícitas, porém devem estar previstas em lei (respeito ao princípio da legalidade), e podem ser aplicadas por todos os entes da Federação (federalismo cooperativo).

Em palavras simples, são coerções indiretas do Poder Público, que não se confundem com vacinação forçada. Não há desrespeito à liberdade de crença, mas respeito ao direito à vida, considerado coletivamente. As garantias fundamentais devem ser ponderadas, em respeito ao princípio da harmonização – para que não haja o sacrifício total do direito; bem como deve haver o respeito ao direito social à saúde, considerado conglobadamente. Efeito da globalização, com reflexo na eficácia vertical (Estado x

indivíduo) e horizontal dos direitos fundamentais (empresa farmacêutica x indivíduo).

Assim, a crença de um, por mais importante que seja, e, de fato, o é, não poderá aniquilar uma nação. Afinal, o meu direito termina onde começa o do outro. Simples assim!

Para sermos fiéis ao julgado esposado pela Suprema Corte, que julgou de forma bastante parecida ao caso hipotético por nós idealizado, reproduzimos, neste espaço ao leitor trecho do julgado. Confira:

**“Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, *d*, da Lei nº 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento: “(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”. Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)”. (ADI 6586) - CAVALCANTE, Márcio André. Informativos do STF e STJ. Versão Resumida. Dizer o Direito, 2020. Disponível em <[www.dizerodireito.com.br](http://www.dizerodireito.com.br)>. Acesso em 22/02/2021).

### 3. ASPECTOS SENSÍVEIS DA VACINAÇÃO NO BRASIL E NO MUNDO

A vacinação já começou, e o mundo, igualmente, já passou a sentir os efeitos colaterais dela advindos.

Não vamos muito longe. Algumas pessoas, após a vacinação e, no caso específico, após tomarem a vacina AstraZeneca, apresentaram coágulos sanguíneos no organismo, fato esse que levou, na atualidade, quinze países da Europa a suspenderem a vacinação, com essa vacina em específico, assim agindo como medida de precaução, visando a melhor resguardar a vida do povo. Afinal, já nos ensina o ditado popular: “cautela e canja de galinha não fazem mal a ninguém”.

A Lei 14.125/2021 entrou em vigor na data de sua publicação (lei sem *vacatio legis*), em 10 (dez) de março de 2021 e dispõe sobre a responsabilidade civil pelos efeitos colaterais provocados pela vacinação (eventos adversos, pós- vacinação contra a Covid-19).

Sabe-se que a vacina não é aplicada de qualquer jeito, de forma aleatória. Há, pois, um procedimento administrativo junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA– para que uma vacina seja aprovada.

Como qualquer medicação, há os riscos dos efeitos colaterais. Contudo, devido ao grande surto pandêmico que assola o mundo, com milhares de vidas perdidas, os bônus da vacinação parecem, de fato, maiores que os ônus. Não é o fim do mundo, mas grande parte da população tem a sensação de ser, e a vacina surgiu como uma luz no fim do túnel, frente ao caos já instaurado pela peste.

E, por falar em peste, qual seria a natureza jurídica da pandemia do Coronavírus?

Entendemos tratar-se de evento de força maior, dada a sua natureza de inevitabilidade, embora, data máxima vênia, haja vozes contrárias que catalogam força maior e caso fortuito como sinônimos. Discussões doutrinárias à parte, fato é que o vírus

alastrou-se por todo o planeta Terra, sem que ninguém conseguisse impedi-lo de produzir os seus nefastos efeitos.

Tratando-se de força maior, a pergunta que não quer calar é a seguinte: Como fica a responsabilidade civil do Estado quando um cidadão (seu) toma a vacina e, no dia seguinte, dá entrada no hospital com um coágulo sanguíneo que, até então, não existia?

Partindo das premissas da responsabilidade civil do Estado, elencamos aqui a responsabilidade estatal sob três vertentes distintas, quais sejam: a responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos (culpa anônima); a responsabilidade objetiva do Estado, tipificada no art. 37, 6º, da CF - que bifurca a responsabilidade para a responsabilidade para as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos e outra para o agente público. No primeiro caso, dispensam-se os elementos subjetivos dolo e culpa. No segundo caso (voltada especificamente ao agente público), exigem-se os elementos subjetivos do dolo e da culpa. Logo a responsabilidade objetiva do Estado é amparada pela teoria do risco administrativo. E, por fim, a responsabilidade do Estado pelo risco integral, gênero do qual é espécie a responsabilidade pelo risco social, em que o Estado assume o papel de garantidor universal pelos efeitos colaterais advindos da vacina contra a Covid-19. É a responsabilidade civil de que ora tratamos.

Confira o leitor a previsão legal de responsabilidade civil do Estado, encampada pelo art. 1º da Lei 14.125/2021:

Art. 1º Enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), ficam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir garantias ou contratar seguro privado, na-

cional ou internacional, em uma ou mais apólices, para a cobertura dos riscos de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º A assunção dos riscos relativos à responsabilidade civil de que trata o *caput* deste artigo restringe-se às aquisições feitas pelo respectivo ente público.

§ 3º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão medidas efetivas para dar transparência:

I - à utilização dos recursos públicos aplicados na aquisição das vacinas e dos demais insumos necessários ao combate à Covid-19;

II - ao processo de distribuição das vacinas e dos insumos.

Vale destacar que foi objeto de veto o parágrafo único do art. 4º da Lei 14.125/20121, que trazia a possibilidade de efeitos retroativos de responsabilidade, atrelados à data de declaração de emergência na saúde pública. Confira o leitor a redação do artigo antes do veto:

*“Parágrafo único.* Os efeitos desta Lei retroagem à data de declaração de emergência em saúde pública de importância nacional a que se refere o art. 1º desta Lei.”

Os motivos expostos como fundamentação de veto basearam-se na premissa de que fazer com que a lei desse um passo para trás iria, por via transversa, desguarnecer institutos como o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, pois quando o contrato foi celebrado, assim o foi em situação de normalidade, violando a segurança jurídica norma que trouxesse responsabilidade civil para período pretérito, com judicializações infundadas em desfavor da União.

Transpondo a problemática para a seara privada, visualize o leitor o caso de uma empresa farmacêutica responsável pela produção da vacina. O tempo passa e essa mesma empresa farmacêutica surpreende-se após o prazo de 3 (três) anos do ato de vacinação com a notícia de que a vacina por ela produzida gerou efeitos colaterais x ou y, sendo demandada pelo mundo todo massivamente. Haveria incentivo para produção da vacina?



É cediço que a sua natureza jurídica é de empresa privada. Desenvolveu a vacina para conter o surto pandêmico, na melhor das intenções, assumindo um risco gigantesco. É como se disséssemos a ela: “ – De farmacêutica de boas intenções, o Inferno está cheio!” Seria esse o caminho?

Acreditamos que não, pois haveria enorme falta de incentivo no combate a um vírus que faz vítimas e ceifa vidas a cada minuto no planeta.

Internamente, o ente público também encontra um grave problema financeiro no que toca à assunção de riscos. Depara-se com a falta de verbas e, ante o mínimo existencial (vida humana), perdeu a voz e os argumentos para se valer da reserva do possível.

Contudo essa assunção de riscos pelo ente público, pelos efeitos colaterais advindos da vacinação, é medida que se impõe e, pasme o leitor, não é coisa nova no ordenamento jurídico. Roupa “nova” em corpo velho, como temos o costume de dizer.

O Estado, já no ano de 2014, chamou para si a responsabilidade pelos danos derivados dos espetáculos da Copa no mundo, por imposição da própria FIFA (Federação Internacional de Futebol) e tamanha a sua vontade de sediar o evento. E assim se comprometeu em bases legais (Lei 12.663/12).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4976 – chancelou a constitucionalidade da Lei Geral da Copa e, para tanto, validou a ampliação da responsabilidade do Estado para além das hipóteses elencadas no art. 37, § 6º, da CRFB/88.

Confira o leitor o teor da ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 23, 37 A 47 E 53 DA LEI 12.663/2012 (LEI GERAL DA COPA). EVENTOS DA COPA DAS CONFEDERAÇÕES FIFA 2013 E DA COPA DO MUNDO FIFA 2014. ASSUNÇÃO PELA UNIÃO, COM SUB-ROGAÇÃO DE DIREITOS, DOS EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE A FIFA POR DANOS EM INCIDENTES OU ACIDENTES DE SEGURANÇA. OFENSA AO ART. 37, § 6º, DA CF, PELA SUPOSTA

ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE PRÊMIO EM DINHEIRO E DE AUXÍLIO ESPECIAL MENSAL AOS JOGADORES CAMPEÕES DAS COPAS DO MUNDO FIFA DE 1958, 1962 E 1970. ARTS. 5º, *CAPUT*, 19, III, E 195, § 5º, TODOS DA CF. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL. ALEGAÇÕES REJEITADAS. ISENÇÃO CONCEDIDA À FIFA E A SEUS REPRESENTANTES DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS DEVIDAS AOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. ART. 150, II, DA CF. AFRONTA À ISONOMIA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – A disposição contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não esgota a matéria relacionada à responsabilidade civil imputável à Administração, pois, em situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade, por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária, dividindo os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade. II – Validade do oferecimento pela União, mediante autorização legal, de garantia adicional, de natureza tipicamente securitária, em favor de vítimas de danos incertos decorrentes dos eventos patrocinados pela FIFA, excluídos os prejuízos para os quais a própria entidade organizadora ou mesmo as vítimas tiverem concorrido. Compromisso livre e soberanamente contraído pelo Brasil à época de sua candidatura para sediar a Copa do Mundo FIFA 2014. III – Mostra-se plenamente justificada a iniciativa dos legisladores federais – legítimos representantes que são da vontade popular – em premiar materialmente a incalculável visibilidade internacional positiva proporcionada por um grupo específico e restrito de atletas, bem como em evitar, mediante a instituição de pensão especial, que a extrema penúria material enfrentada por alguns deles ou por suas famílias ponha em xeque o profundo sentimento nacional em relação às seleções brasileiras que disputaram as Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970, as quais representam, ainda hoje, uma das expressões mais relevantes, conspícuas e populares da identidade nacional. IV – O auxílio especial mensal instituído pela Lei 12.663/2012, por não se tratar de

benefício previdenciário, mas sim de benesse assistencial criada por legislação especial para atender demanda de projeção social vinculada a acontecimento extraordinário de repercussão nacional, não pressupõe, à luz do disposto no art. 195, § 5º, da Carta Magna, a existência de contribuição ou a indicação de fonte de custeio total. V – É constitucional a isenção fiscal relativa a pagamento de custas judiciais, concedida por Estado soberano que, mediante política pública formulada pelo respectivo governo, buscou garantir a realização, em seu território, de eventos da maior expressão, quer nacional, quer internacional. Legitimidade dos estímulos destinados a atrair o principal e indispensável parceiro envolvido, qual seja, a FIFA, de modo a alcançar os benefícios econômicos e sociais pretendidos. VI – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (CAVALCANTE, Márcio André. Informativos do STF e STJ. Versão Resumida. Dizer o Direito, 2020. Disponível em <[www.dizerodireito.com.br](http://www.dizerodireito.com.br)>. Acesso em 22/02/2021).

Assim, a responsabilidade civil do Estado não se esgota nem nunca se esgotou nesse artigo constitucional. É corpo com alma própria e, assim o é até por relevante interesse público e possibilidade de grave dano à população que o justifiquem, ainda que tais atos não tenham o Estado como protagonista, mas como coadjuvante. O espetáculo não pode parar!

Vale dizer: A Lei Geral da Copa (art. 23), já àquela época, dispunha que salvo quando a vítima gerasse o dano ou a própria FIFA concorresse para ele, o Estado assumiria, internacionalmente e nacionalmente, o compromisso de garantidor universal. E aqui o Estado novamente toma para si a responsabilidade, com lastro na teoria do risco social, que, em verdade, é uma espécie do gênero risco integral.

Confira o leitor:

Art. 23. A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na

medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

Note o leitor que os atos serão praticados por terceiros (torcedores, a título de exemplo), e não pela União, embora esta (União) tenha assumido – internacionalmente e nacionalmente – o dever de reparar os danos sofridos em decorrência do evento.

Logo, pela teoria do risco do social, o foco não é o autor do dano, mas a própria vítima. Convoca-se a coletividade para prover a reparação dos danos, havendo, para tanto, uma socialização dos riscos gerados pelo próprio dano.

Tal responsabilidade pelo risco social é uma benesse do Estado para o particular – vítima do dano, ainda que não tenha sido o agente público o responsável pelo dano.

Se esse tipo de responsabilidade é a ideal, só o tempo irá nos dizer, mas já nos diz a boca do povo e, no caso, a boca do povo é boca de Deus, é o que tem para hoje!

## CONCLUSÃO

Considerando que a necessidade de salvar-se é ainda maior que o medo que assola a população quanto aos efeitos colaterais da vacina contra a Covid-19, é imperioso que se tenha em mente que a necessidade vital da própria sobrevivência humana é guia condutor da sua compulsoriedade, que não se confunde com força, tampouco com aplicações desmedidas e de nenhuma cautela, sendo que os efeitos colaterais são consequências inevitáveis, porém necessárias, que devem ser cuidados e amparados pelo ente público, com lastro na responsabilidade civil do risco integral, na vertente do risco social, já que a vítima não poderá pagar a conta de um dano de tal magnitude.

A força maior a ela (vítima) não poderá ser imputada, mas ao ente público, pois este se revela o detentor da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, princípios magnos do regime jurídico administrativo, que são servos da proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, trabalhando a

favor dele, pelo bem comum, ainda que não tenha o ente público dado causa ao dano, mas responsabilizando-se por ele.

Isso posto, conclui-se que de nada vale o Estado lutar pelo combate ao coronavírus se, ao revés, não garantir ao cidadão que, caso algum efeito colateral surja após a vacinação, atuará como soldado de reserva, não deixando-o ao desamparo, pois a segurança jurídica não está sediada apenas em um devido procedimento administrativo da ANVISA, mas em leis que ofereçam ao cidadão a garantia de responsabilização estatal, caso algum mal lhe aconteça. Afinal, como já dito alhures, alguém tem que pagar essa conta. Que não seja a parte mais fraca!

## **BIBLIOGRAFIA**

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 28<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari, Direito Administrativo para Céticos, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André. Informativos do STF e STJ. Versão Resumida. Dizer o Direito, 2020. Disponível em <[www.dizerodireito.com.br](http://www.dizerodireito.com.br)>. Acesso em 02/02/2021.

INFORMATIVOS STJ, 2020. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 02/02/2021.

INFORMATIVOS STF, 2020. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 25/06/2020.

# Direito Civil- Constitucional e Controle de Constitucionalidade das Leis: Por um Diálogo Necessário

**Rodrigo da Guia Silva**

*Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de cursos de pós-graduação lato sensu da UERJ, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). Pesquisador da Clínica de Responsabilidade Civil da UERJ. Advogado.*

**RESUMO:** O escopo do presente estudo consiste em promover um diálogo entre a metodologia do Direito Civil-Constitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, com especial enfoque nas proposições das doutrinas constitucionalistas destinadas a justificar a superação ou o afastamento excepcional de uma norma-regra jurídica. Nessa empreitada, delimitar-se-ão certas premissas teóricas relevantes ao presente estudo, notadamente no que diz respeito à relação entre as noções de enunciado normativo e norma e a noção de ordenamento do caso concreto, bem como a atual compreensão das regras e dos princípios como distintas (conquanto complementares) espécies normativas, ambas sujeitas à incidência imperativa da técnica da ponderação. Na sequência, examinar-se-ão em revista alguns aspectos atinentes à insuficiência do controle abstrato de constitucionalidade. Ao fim, passar-se-ão em revista as principais proposições teóricas con-

cebidas para justificar o dito afastamento excepcional da regra nos casos em que sua aplicação subsuntiva produziria resultado incompatível com a Constituição, buscando destacar a compatibilidade entre a finalidade usualmente subjacente às propostas desenvolvidas na doutrina constitucionalista e os postulados da metodologia do Direito Civil-Constitucional. O estudo adota o método lógico-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do Direito brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Direito Civil-Constitucional. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Regras e princípios. 4. Ponderação. 5. Derrotabilidade.

**ABSTRACT:** The scope of this study is to promote a dialogue between the methodology of civil-constitutional law and the Brazilian system of constitutionality review, with special focus on the constitutionalist doctrine proposals aimed at justifying the exceptional overcoming of a legal rule-norm. In this endeavor, certain theoretical premises relevant to the present study will be delimited, notably with regard to the relationship between the notions of normative statement and norm with the notion of concrete case order, as well as the current understanding of the rules and principles as distinct (although complementary) normative species, both subject to the incidence of the balancing technique. Afterwards, some aspects related to the insufficiency of the abstract control of constitutionality will be reviewed. In the end, the study will review the main theoretical propositions designed to justify the said exceptional overcoming of the rule in cases where its strict application would produce a result incompatible with the Constitution, seeking to highlight the compatibility between the purpose usually underlying the proposals developed in constitutionalist doctrine and the postulates of the methodology of civil-constitutional law. The study adopts the logical-deductive method, based on bibliographic and jurisprudential research regarding Brazilian law.

**KEYWORDS:** 1. Civil-Constitutional Law. 2. Constitutional review. 3. Rules and principles. 4. Balance. 5. Defeasibility.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. Enunciado normativo, norma jurídica e ordenamento do caso concreto; – 3. Revisitando a distinção entre regras e princípios; – 4. Notas sobre a insuficiência do controle abstrato de constitucionalidade; – 5. “Derrotabilidade”, “superabilidade” e “inconstitucionalidade no caso concreto”: perspectivas de um diálogo entre proposições do Direito Constitucional e a metodologia civil-constitucional; – 6. Síntese conclusiva; – 7. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A autonomia científica da metodologia civil-constitucional se associa, entre outras razões, à delimitação das suas particulares premissas.<sup>1</sup> Nesse sentido, sem qualquer pretensão de exaustão, pode-se fazer menção às seguintes premissas metodológicas para a *constitucionalização do Direito Civil*:<sup>2</sup> (i) a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico, bem como o reconhecimento da força normativa e da supremacia da Constituição (PERLINGIERI, 2008, p. 205-208; e SCHREIBER, 2011, p. 11 e ss.); (ii) a superação da *summa divisio* entre direito público e direito privado (MORAES, 1993, p. 24-26; MENEZES; FEITOSA, 2012, *passim*); (iii) a insuficiência do raciocínio puramente subsuntivo (KONDER, 2015, p. 207 e ss.); (iv) o caráter unitário e incindível do processo de interpretação-aplicação do Direito;<sup>3</sup> (v) a rejeição ao entendimento tradicional segundo o qual não caberia interpretação de enunciados normativos claros (noção refletida no brocardo latino “*in claris non fit interpretatio*”) (TERRA, 2015, p. 371); (vi) a contingencialidade (notadamente, a historicidade e a relatividade) dos institutos do Direito Civil (KONDER, 2015, *passim*); (vii) a primazia da análise funcional, face à insuficiência

1 Imperiosa, no ponto, a remissão a PERLINGIERI, 2008, *passim*; e, na doutrina nacional, TEPEDINO, 1997, *passim*; e MORAES, 1993, p. 24-26.

2 “(...) constitucionalização do Direito Civil, em uma palavra, não é apenas um adjetivo a colorir a dogmática criada pela Escola da Exegese, que pudesse ser a cada momento *purificada* ou *atualizada*, mas uma definição metodológica, que retrata, ao mesmo tempo, uma alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o Direito Civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta” (TEPEDINO, 2012b, p. 20).

3 “Interpretação e aplicação do direito constituem momento único, *il tutt'uno* da atividade de construção da norma do caso concreto” (TEPEDINO, 2017, p. 33). V., ainda, por todos, MONTEIRO FILHO, 2016, p. 13; e GRAU, 2008, p. 284.



da análise puramente estrutural (SOUZA, 2013, item 2); (viii) a incidência do juízo valorativo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia privada (PERLINGIERI, 2008, p. 649-650; e SOUZA, 2014, *passim*); e (ix) a supremacia axiológica da dignidade da pessoa humana e a correlata funcionalização das situações jurídicas subjetivas patrimoniais às situações jurídicas subjetivas existenciais (TEPEDINO, 2012b, p. 16; e TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 5 e ss.).

Entre tantas outras possíveis inter-relações verificadas entre as aludidas premissas metodológicas, assume particular relevância a percepção acerca da inviabilidade de interpretação-aplicação do Direito em abstrato, uma vez que somente à luz das vicissitudes do caso concreto se torna possível examinar os variados interesses pela lente de análise composta pelos valores consagrados pela Constituição (TEPEDINO, 2017, p. 36). O civilista vê-se, então, diante do que poderia soar, em leitura inicial, como aparente paradoxo – a imbrincada relação entre *fato* e *norma*.<sup>4</sup> Se, por um lado, tem-se que o fato só assume relevância jurídica quando o ordenamento lhe atribui alguma eficácia, por outro lado, tem-se que o ordenamento abstratamente considerado não se reveste de sentido normativo concreto se não estiver sob exame algum fato da realidade social.<sup>5</sup> Não por acaso, esclarece-se que “objeto da interpretação não é a norma, mas sim a norma junto com o fato” (PERLINGIERI, 2010b, p. 27, tradução livre do original).

A partir de tal ordem de raciocínio, compreende-se a enunciação do *ordenamento do caso concreto* como uma das mais proeminentes premissas da metodologia civil-constitucional (PERLINGIERI, 2010b, *passim*). Afinal, “[O] ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam” (PERLINGIERI, 2008, p. 657). Consagra-se, assim, o entendimento de que a disciplina de um dado caso concreto é necessariamente individual

<sup>4</sup> Nessa linha de sentido, a aludir à *dialética fato-norma*, v. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 602 e ss.

<sup>5</sup> “O fato concreto, quando se realiza, constitui o ponto de confluência entre norma e a transformação da realidade: é o modo pelo qual o ordenamento se concretiza. A norma existe na sua realização, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribuí à norma a concretude e a historicidade que lhe são essenciais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 636).

lizada pelas suas particularidades – sem se descuidar, por certo, do dado normativo, na indissociável relação entre fato e norma (TEPEDINO, 2014, p. 35). Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, impõe-se a consideração das mais variadas disposições normativas do ordenamento jurídico para o equacionamento de todo e qualquer caso concreto, por não ser dado ao intérprete-aplicador do Direito pré-delimitar as frações do sistema jurídico que mais lhe convenham para a análise de certo caso (PERLINGIERI, 2010a, p. 322). Pode-se afirmar, em síntese, que somente a análise do fato jurídico à luz do inteiro ordenamento jurídico permite individualizar-se a adequada normativa do caso concreto.

Se tais premissas são verdadeiras e adequadas, como parecem, logo se percebe que a aplicação de toda e qualquer norma jurídica (*rectius*: todo e qualquer enunciado normativo) depende da averiguação da sua conformidade com a inteira axiologia constitucional. A se proceder diversamente, contaminar-se-ia o processo de interpretação-aplicação do Direito por uma indevida segmentação do ordenamento, como se ao intérprete fosse conferida a prerrogativa de livremente estipular as disposições normativas a serem levadas em consideração para a resolução de certo caso concreto. A aplicação de um dado enunciado normativo ao caso concreto não pode prescindir, portanto, da aferição da legitimidade do seu respectivo conteúdo à luz do inteiro sistema jurídico, com particular destaque para a tábua axiológica constitucional.

A adoção dessa renovada postura metodológica não raramente leva o intérprete a conclusões que destoam do resultado que derivaria da aplicação subsuntiva de uma norma jurídica (*rectius*: de uma entre as diversas interpretações passíveis de associação a um dado enunciado normativo) ao caso concreto. Assim sucede, a bem da verdade, sempre que se constata a insuficiência da previsão legal (*rectius*: do significado atribuído a um certo significante contido na previsão legal) à promoção dos valores tutelados pelo ordenamento no caso concreto (SILVA, 2017, p. 32).

Em tais situações, mesmo o civilista mais alinhado à metodologia do Direito Civil-Constitucional e à crítica ao raciocínio puramente subsuntivo vê-se confrontado com indagações concernentes ao Direito Constitucional, em geral, e ao controle de constitucionalidade das leis, em particular.<sup>6</sup> Considerando-se que o ordenamento jurídico brasileiro consagra um específico sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público (SILVA, 2014, p. 281 e ss.), põe-se a reflexão: afigura-se legítimo o afastamento, em um caso concreto, sem declaração formal de inconstitucionalidade, da *norma* jurídica pretensamente mais específica a regular certo tipo de caso? Caso admitida tal possibilidade, haver-se-ia de concluir pela inconstitucionalidade em abstrato da norma e, portanto, pela sua extirpação definitiva do ordenamento jurídico?

O presente estudo se propõe precisamente a desenvolver reflexões acerca de tais questionamentos com base em um esforço de diálogo entre a metodologia civil-constitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público. Nessa empreitada, delimitar-se-ão certas premissas teóricas relevantes ao presente estudo, notadamente no que diz respeito à relação entre as noções de *enunciado normativo* e *norma* com a noção de *ordenamento do caso concreto* (item 2, *infra*), bem como à compreensão das *regras* e dos *princípios* como distintas (conquanto complementares) espécies normativas (item 3, *infra*). Espera-se, com isso, lançar bases para a superação da *distinção forte* em prol de uma *distinção fraca* entre tais espécies normativas, de modo a elucidar que ambas se sujeitam à ponderação em razão da exigência de consideração do inteiro ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade.

Na sequência, relatar-se-á o principal problema que parece ter provocado na doutrina constitucionalista a necessidade de construção de proposições teóricas destinadas ao *afastamento excepcional* de regras jurídicas diante de certas situações fáticas – a

---

6 O diálogo entre Direito Civil e Direito Constitucional não seria mesmo de se estranhar, seja pela já mencionada superação da *summa divisio* entre direito privado e direito público, seja pela interdisciplinariedade que igualmente caracteriza a metodologia civil-constitucional.

insuficiência do controle abstrato de constitucionalidade (item 4, *infra*). Para tanto, far-se-á breve menção aos mecanismos tradicionais de controle, aos quais mais recentemente se agregaram a interpretação conforme e a declaração de nulidade parcial sem redução do texto. Ao fim, será possível demonstrar que o recurso exclusivo à perspectiva abstrata não tem o condão de explicar as hipóteses em que a mera subsunção do fato à norma-regra produziria resultado incompatível com a axiologia constitucional.

Após a delimitação de premissas relevantes e a compreensão do problema referente à insuficiência do controle abstrato de constitucionalidade, passar-se-ão em revista as principais proposições teóricas concebidas para justificar o dito *afastamento excepcional* da regra nos casos em que sua aplicação subsuntiva produziria resultado incompatível com a Constituição (item 5, *infra*). Das construções que invocam a razoabilidade como instrumento de busca pela *justiça do caso concreto* ou como postulado de *equidade* que reclama a atenção do intérprete para as circunstâncias do caso concreto, até a proposição mais geral de *inconstitucionalidade no caso concreto*, buscar-se-á destacar a compatibilidade entre a finalidade usualmente subjacente às propostas desenvolvidas na doutrina constitucionalista e os postulados da metodologia do Direito Civil-Constitucional.

## 2. ENUNCIADO NORMATIVO, NORMA JURÍDICA E ORDENAMENTO DO CASO CONCRETO

A investigação a que se propõe o presente estudo pressupõe revistar a tradicional distinção entre *norma* e *enunciado normativo*, de modo a se compreender o alcance das variadas técnicas de controle de constitucionalidade e a sua relação com a metodologia civil-constitucional. Inicialmente, pode-se afirmar que a recorrente distinção entre enunciado normativo e norma se assemelha, *mutatis mutandis*, àquela, identificada no estudo da linguística, entre *significante* e *significado*.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Ao propósito, v., por todos, SAUSSURE, 1997, p. 97-100; e, em língua portuguesa, SAUSSURE, 2006, p. 79-81. Em que pese o valor didático da referida comparação, cumpre reconhecer que “a hermenêutica jurídica não se pode exaurir em uma ciência da linguagem” (PERLINGIERI, 2010b, p. 27. Tradução livre do original).

Com efeito, o *enunciado normativo* consiste no conjunto de signos linguísticos direcionados à descrição de uma formulação jurídica deontológica geral e abstrata (BARCELLOS, 2005, p. 103-104; FRANÇA, 2005, item 2; e DELPUPO, 2014, item 1), ao passo que a *norma* consiste no resultado final da interpretação, *i.e.*, no comando específico idôneo a solucionar o caso concreto (PERLINGIERI, 2008, p. 256). A partir dessa distinção preliminar, comumente se ressalta que pode haver norma sem dispositivo específico, bem como pluralidade de normas a partir de um mesmo enunciado normativo ou mesmo norma única oriunda de uma pluralidade de dispositivos (ÁVILA, 2015, p. 50-51).

Pode-se notar que, tal como originariamente concebida, a distinção entre norma e enunciado normativo amoldava-se, no mais das vezes, ao raciocínio silogístico que buscava antever a norma apta a fornecer solução a um dado caso concreto.<sup>8</sup> Desse modo, a partir da interpretação dos enunciados normativos mais específicos, se buscava extrair uma ou algumas normas, dentre as quais uma seria a mais adequada para servir de premissa maior à qual se subsumiriam os fatos em busca da solução do caso concreto.

Sem prejuízo da correção teórica que lhes subjaz, as distinções em comento merecem releitura substancial a partir da assunção da metodologia civil-constitucional. Uma vez reconhecido que interpretação e aplicação do Direito constituem momento unitário que leva em consideração a integralidade do ordenamento jurídico, tem-se que a *norma* (no sentido de normativa aplicável a um dado caso), ainda sem se confundir com o *enunciado normativo*, deixa de ser aferível em abstrato e passa a coincidir com a normativa erigida para o caso concreto.<sup>9</sup> A *norma*

---

8 A associação é particularmente clara no que tange aos princípios, conforme destaca Maria Celina Bodin de Moraes: "No período atual, de um assim chamado pós-positivismo, difundiu-se a teoria de que as normas jurídicas podem ser divididas nesses dois tipos, diferentes entre si: as regras, dotadas de maior grau de concreção, e os princípios, dotados de maior grau de abstração. Enquanto as regras, em cuja estrutura se reúnem o pressuposto fático e a consequência jurídica de sua ocorrência, ainda podem admitir o procedimento de subsunção aos fatos concretos, os princípios, por não possuírem a mesma estruturação, traduzem a prescrição de um valor ao qual atribuem positividade – trata-se, pois, de normas que impõem a realização de um valor" (MORAES, 2013, p. 2).

9 "O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na vigência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos

reconfigura-se e passa a consistir, assim, no efetivo *ordenamento do caso concreto*, a impor ao intérprete o reconhecimento da sua responsabilidade, por ser preferível que se assumam e se explicitem as suas idiossincrasias do que ocultá-las “sob o manto de uma suposta neutralidade na atribuição de significado aos enunciados normativos” (KONDER, 2017, p. 41).

### 3. REVISITANDO A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Buscou-se, nas linhas anteriores, apresentar a distinção preliminar entre *norma* e *enunciado normativo*, com base na qual se passa, na sequência do raciocínio, a analisar a tradicional subdivisão do gênero *norma jurídica* em duas espécies – regras e princípios.<sup>10</sup> Tributária, em grande medida, dos estudos de Ronald Dworkin (1977, p. 24 e ss.) e Robert Alexy (2010, p. 47 e ss.), a referida classificação se fundamenta sobre dois principais critérios distintivos: i) estrutura normativa e ii) modo de aplicação.

No tocante à estrutura normativa, afirma-se que as espécies de normas jurídicas se distinguem na medida em que as regras descrevem comportamentos mediante os clássicos modais deontológicos clássicos (permitido, proibido ou obrigatório), ao passo

---

fatos e aos acontecimentos” (PERLINGIERI, 2008, p. 201).

10 Afigura-se pertinente, a esse respeito, a proposição de Humberto Ávila quanto à distinção entre o que denomina *normas de primeiro grau* (regras e princípios) e *normas de segundo grau* (postulados normativos): “Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. (...) Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete a aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessárias com outras normas” (ÁVILA, 2015, p. 164). Luís Roberto Barroso alcança conclusão semelhante quanto ao caráter metódico de algumas normas, embora prefira atribuir-lhes a alcunha de *princípios instrumentais de interpretação constitucional* (BARROSO, 2009, p. 370 e ss.). Uma relevante consequência da presente distinção consiste no reconhecimento do que pode vir a ser violado em um dado caso concreto: “Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas” (ÁVILA, 2015, p. 176). Em sentido similar, a ilustrar a aplicação dessa linha de raciocínio no âmbito da doutrina civilista, tendo por referência o *postulado normativo da razoabilidade* e o *postulado metodológico-hermenêutico* da função social do contrato, v., respectivamente, GUEDES, 2011, p. 236 e ss.; e KONDER, 2017, p. 55 e ss.

que os princípios estabelecem objetivos e estados ideais.<sup>11</sup> Nesse sentido, pontua-se a textura mais rígida das regras, em contraposição à textura mais aberta dos princípios, de modo que os últimos suscitariam maior espaço de interpretação e um mais amplo espectro de possibilidades normativas.<sup>12</sup>

No tocante ao modo de aplicação, diz-se que as regras operam pela lógica da exclusão, ao passo que os princípios operam, por excelência, pela lógica da ponderação. O raciocínio excludente atribuído às regras implica que, em hipótese de conflito, a solução necessariamente esteja entre uma das seguintes possibilidades: ou ambas as regras são inválidas, ou uma regra foi revogada pela outra, ou, então, uma regra constitui exceção à outra. Eis, em formulação essencial, o chamado modelo do “tudo ou nada”.<sup>13</sup> De outra parte, a lógica da ponderação,<sup>14</sup> associada à aplicação dos princípios, conduz à conclusão no sentido da impossibilidade de exclusão de um princípio por outro, vez que todos devem ser promovidos e compatibilizados na maior medida possível.<sup>15</sup>

No intuito de operacionalizar a ponderação, a doutrina do Direito Constitucional formula propostas de decomposição da

---

11 “(...) as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção desses fins” (BARCELLOS, 2005, p. 169-170).

12 Para uma análise desse e dos demais critérios tradicionalmente adotados quanto à distinção entre regras e princípios, v. CANOTILHO, 1993, p. 166 e ss.

13 “Regras são aplicáveis em um modelo de tudo-ou-nada. Se os fatos regulados pela regra são verificados, então ou bem a regra é válida, hipótese na qual a resposta por ela indicada deve ser aceita, ou bem ela não é válida, hipótese na qual ela em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 1977, p. 24. Tradução livre do original). Não se trata, contudo, de entendimento incontroverso. Para um relato da crítica de Robert Alexy à compreensão da distinção em comento com base no modelo de “tudo ou nada” propugnado por Ronald Dworkin, v. CRUZ, 2006, p. 52 e ss.

14 “Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas ‘ponderar’ e ‘sopesar’ é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso” (LARENZ, 2012, p. 575). Em sentido semelhante, v. CANARIS, 2012, p. 88 e ss.

15 Ana Paula de Barcellos afirma que “(O) objetivo final do processo de ponderação será sempre alcançar a concordância prática dos enunciados em tensão, isto é, sua harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese” (BARCELLOS, 2005, p. 133).



referida técnica em três etapas sucessivas.<sup>16</sup> Sem embargo das peculiaridades características de cada formulação teórica, pode-se afirmar que o seu ponto de convergência consiste na identificação prévia dos fatos e enunciados normativos alegadamente relevantes para, na sequência, promover o sopesamento dos valores e normas em rota de colisão e, com isso, extrair a justa solução do caso concreto.<sup>17</sup>

Em que pese o louvável propósito didático, não parece de todo adequado conceber a consideração do dado normativo e dos elementos fáticos em etapas distintas, sob pena de consagração do que já se referiu por uma indesejada *subsunção qualificada*.<sup>18</sup> Impõe-se, ao revés, a superação do formalismo que parece subjazer a uma tal ordem de compreensão da técnica da ponderação, reconhecendo-se que o processo unitário de interpretação-aplicação do Direito traduz uma indissociável ligação entre

---

16 A título ilustrativo, Humberto Ávila propõe que a ponderação se constitui das seguintes etapas: "(i) a preparação da ponderação (análise o mais exaustiva possível de todos os elementos e argumentos pertinentes); (ii) a realização da ponderação (fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento); e (iii) reconstrução da ponderação (formulação de regras de relação com pretensão de validade para além do caso)" (ÁVILA, 2015, p. 186-187.). Ana Paula de Barcellos igualmente propõe a decomposição da ponderação em três etapas sucessivas, porém em formulação distinta: "Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. A terceira fase é o momento de decisão: qual das soluções deverá prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta às soluções preteridas, tendo em conta, tanto quanto possível, a produção da concordância prática de todos os elementos normativos em jogo?" (BARCELLOS, 2005, p. 92). Em sentido semelhante a esse último, v. BARROSOS, 2010, p. 334-339.

17 A propósito do objeto da ponderação, Humberto Ávila sustenta que podem ser objeto de sopesamento os mais variados elementos, como os bens jurídicos, os interesses, os valores e os princípios (ÁVILA, 2015, p. 185-187).

18 A expressão remonta à lição de Eduardo Nunes de Souza, que adverte para os riscos de utilização indevida da técnica da ponderação: "Nessa perspectiva, aliás, resta claro que a técnica da ponderação como mecanismo de solução de casos em que dois princípios indicam soluções antagônicas corresponde, *mutatis mutandis*, a uma espécie de subsunção qualificada: tratar-se-ia de um procedimento para harmonizar a complexidade do ordenamento (em casos não solucionáveis pelo mecanismo do 'tudo-ou-nada') após o qual seria possível aplicar ao caso concreto o equilíbrio encontrado entre os princípios originalmente colidentes como se fosse uma premissa maior – lógica que não dista do raciocínio silogístico. Em outras palavras, a ponderação funciona como uma forma mais complexa de se encontrar a premissa maior, exigida por determinados casos, ditos difíceis. Semelhante postura hermenêutica não corresponde, como se vê, a uma superação da subsunção, padecendo das mesmas críticas que o direito civil-constitucional dirige à técnica subsuntiva" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, 2014, p. 88). O autor conclui: "Não significa, cumpre ressaltar, que a ponderação não ocorra na metodologia civil-constitucional, mas, ao contrário, que ela ocorre, a rigor, o tempo todo. Não são, em outros termos, excepcionais ou especiais as hipóteses em que é necessário compatibilizar princípios – o intérprete o faz o tempo todo. Reconhecida essa ressalva, toda a técnica relacionada ao balanceamento revela-se de grande utilidade ao hermenauta" (*Ibid.*, p. 88-89).



dado normativo e fato no processo complexo de individuação da normativa do caso concreto (TEPEDINO, 2017, p. 35-36).

Nos termos em que usualmente concebida, não bastasse restringir-se à aplicação de princípios, a técnica da ponderação resta limitada à resolução dos ditos *casos difíceis*.<sup>19</sup> O recurso à ponderação apenas se faria necessário, desse modo, quando os mecanismos tradicionais de interpretação e de solução de conflitos normativos não se revelassem suficientes à adequada resolução de um caso concreto envolvendo princípios em rota potencial de colisão.<sup>20</sup> Em perspectiva civil-constitucional, contudo, reconhece-se que todo caso concreto, por demandar a consideração do inteiro ordenamento jurídico, poderia ser qualificado de *difícil*, o que acarreta a autêntica desnecessidade (*rectius*: impropriedade) do recurso à classificação de casos fáceis em oposição a casos difíceis (SOUZA, 2014, p. 86-87). Não bastasse a dificuldade teórica ínsita à referida distinção, a sua artificialidade consagraria, ainda, indesejável risco de arbitrariedade judicial, vez que findaria por caber ao julgador a definição da *dificuldade* ou *facilidade* do caso, como se lhe fosse dado escolher quando levar ou não em consideração o inteiro ordenamento jurídico.<sup>21</sup>

Tecidas considerações mais pormenorizadas acerca da ponderação, cumpre retomar a análise dos supramencionados critérios mais utilizados para distinguir regras e princípios – estrutura normativa e modo de aplicação. A assunção de tais critérios em caráter rígido conduz à observação, encontradiza

---

19 “(...) consiste ela [a ponderação] em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2010, p. 335). Nesse sentido, v., ainda, DWORKIN, 1977, p. 81 e ss. Parece mais adequado concluir, todavia, pela necessidade de superação geral da subsunção, dada a sua insuficiência para a consideração de toda a complexidade do ordenamento jurídico a incidir em todo e qualquer caso concreto, como destaca KONDER, 2015b, p. 208.

20 Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos conceitua a ponderação como “(...) a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, 2005, p. 23).

21 Apesar da diversidade de matrizes metodológicas, semelhante advertência está contida na crítica formulada por Lenio Luiz Streck: “Cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil? Eis, aqui, a pergunta fulcral: já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?” (STRECK, 2012, item 2).

na doutrina, no sentido de que as regras constituem *mandados definitivos*, por conterem comandos estritos que supostamente dispensariam o sopesamento com outras normas ou valores. Os princípios, por sua vez, são tidos por *mandados de otimização*, os quais visariam à promoção dos valores neles plasmados na maior medida possível, sem uma predeterminação dos meios necessários a tal desiderato.<sup>22</sup> Acoplada à identificação de regras e princípios com mandados definitivos e de otimização, respectivamente, encontra-se a noção, também recorrente, segundo a qual as regras teriam maior inspiração na segurança jurídica (tal como tradicionalmente concebida), enquanto os princípios estariam mais vocacionados à promoção da justiça em cada caso – o que se deprenderia da diferença de estrutura e de modo de aplicação das referidas espécies normativas (BARCELLOS, 2005, p. 186; ÁVILA, 2015, p. 147-149).

Sem embargo do valor didático da distinção e, sobretudo, da importância histórica da afirmação do caráter normativo dos princípios, os tradicionais critérios distintivos entre as duas espécies normativas não passam imunes a críticas na doutrina.<sup>23</sup> Argumenta-se, por exemplo, em proposta autoproclamada *heurística*, que as normas necessariamente são construídas pelo intérprete a partir da qualificação dos significados extraídos dos enunciados normativos em cotejo com a consideração de valores os mais variados.<sup>24</sup> Referida proposta funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução

---

22 Para uma síntese da distinção tradicionalmente atribuída a Ronald Dworkin e Robert Alexy, v. SOUZA, 2014, p. 86.

23 Para uma análise crítica de cada um dos critérios usualmente adotados para a distinção entre regras e princípios, v. ÁVILA, 2015, p. 60-87.

24 Eis a proposição de Humberto Ávila: “A proposta aqui defendida pode ser qualificada como heurística. Como já foi examinado, as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Por isso a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer com valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos” (ÁVILA, 2015, p. 91-92). O autor arremata: “A proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo” (*Ibid.*, p. 92).

de conteúdos normativos, o que, a um só tempo, impossibilita a indicação apriorística da natureza da norma e permite o reconhecimento simultâneo de regras e princípios a partir de um mesmo enunciado normativo (ÁVILA, 2015, p. 91 e ss).

Ainda no sentido de revisitar a tradicional distinção entre regras e princípios, importa mencionar a proposição teórica que propugna pela superação da denominada *distinção forte* em prol do reconhecimento da dita *distinção fraca* entre as mencionadas espécies normativas. A *distinção forte* parte da suposição de que sempre seria possível demarcar precisamente os caracteres e atributos de cada espécie normativa, de modo a afastar qualquer dúvida sobre a natureza de cada norma – se regra ou princípio (STRECK, 2012, item 3). A *distinção fraca*, por sua vez, pressupõe que todas as normas ostentam, em alguma medida, caracteres mais associados às regras e aos princípios (PINO, 2012, p. 88).

A defesa da superação da *distinção forte* em prol da *distinção fraca* visa a ressaltar, em última instância, que a distinção entre regras e princípios é mais propriamente quantitativa do que qualitativa (PINO, 2012, p. 94). Tem-se, assim, um relevante desenvolvimento na compreensão da matéria, o que não afasta – ao revés, corrobora – a necessidade de se reconhecer que, sem prejuízo do esforço de delimitação dogmática das espécies normativas, todas elas necessariamente concorrem na tarefa de individualização da normativa do caso concreto.

De todo modo, parece possível afirmar que as críticas aos tradicionais critérios distintivos revelam expressivo esforço da doutrina em revisitar noções concebidas e desenvolvidas à luz de paradigmas que não necessariamente correspondem ao modelo contemporâneo de interpretação do Direito. No que tange ao objeto precípuo do presente estudo, a revisitação dos tradicionais critérios distintivos entre regras e princípios faz-se de especial importância para a investigação do alcance da ponderação como técnica geral de sopesamento de normas em rota potencial de colisão. Somente assim será possível compreender que também regras (e não apenas princípios) devem ser compatibilizadas

e promovidas na maior medida possível, ainda que isso implique reconhecer que uma dada aplicação possível (e, talvez, a mais recorrente) da regra pode vir a ser afastada, mediante decisão devidamente fundamentada, caso não guarde compatibilidade com o inteiro ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade.

#### 4. NOTAS SOBRE A INSUFICIÊNCIA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O delineamento de algumas premissas teóricas referentes ao conteúdo e às espécies de norma jurídica, a que se dedicou nos itens precedentes, buscou lançar as bases sobre as quais será investigada a hipótese, aventada no seio da doutrina constitucionalista, concernente à possibilidade de se reputar inconstitucional, no caso concreto, uma dada aplicação da norma jurídica abstratamente considerada constitucional. Trata-se da chamada *inconstitucionalidade no caso concreto*, hipótese que desponta como símbolo de uma questão tão mais elementar quanto menos percebida pela doutrina: a necessidade de diálogo entre a metodologia civil-constitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis.

Nota-se, desde logo, que a investigação da denominada *inconstitucionalidade no caso concreto* pressupõe a compreensão preliminar dos mecanismos de controle de constitucionalidade de que dispõe o sistema jurídico brasileiro. Como é cediço, o controle de constitucionalidade foi concebido para aferir, sob a concepção de ordenamento jurídico como sistema hierarquicamente escalonado,<sup>25</sup> a compatibilidade das normas infraconstitucionais com aquela que lhes serve de fundamento último de validade – a Constituição.<sup>26</sup> Diante da pluralidade de opções

---

25 Eis a síntese da construção kelseniana sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica: “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais” (KELSEN, 1994, p. 247).

26 Luís Roberto Barroso afirma, ao tratar do *princípio da supremacia da Constituição*: “A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle *incidental* de constitucionalidade – ou o

disponíveis, em tese, para a formulação do sistema de controle de constitucionalidade, a doutrina comumente distingue os mecanismos sob o aspecto subjetivo (*difuso*, se exercido por vários órgãos; e *concentrado*, se restrito a um único órgão), sob o aspecto modal (*incidental*, se realizado como questão prévia; ou *principal*, se realizado como questão central do processo)<sup>27</sup> e sob o aspecto dos efeitos dos pronunciamentos (*declarativos x constitutivos; erga omnes x inter partes*).<sup>28</sup>

Diante da diversidade de mecanismos de controle que se desenvolveram ao redor do mundo, o Direito brasileiro optou por um modelo híbrido, que mescla o controle *difuso* (realizado por todos os juízes) com o *concentrado* (conferido ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça dos Estados).<sup>29</sup> Reúnem-se, ainda, mecanismos de controle *incidental* (poder-dever dos juízes de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei como questão prévia ao julgamento do mérito da demanda – *e.g.*, mediante incidente de arguição de inconstitucionalidade, *ex vi* dos arts. 948-950 do Código de Processo Civil de 2015) e *principal* (*e.g.*, mediante ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade).<sup>30</sup> Celeuma especialmente sensível existe no que tange aos efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade, cuja análise pormenorizada não caberia nessa sede – valendo, contudo, a ressalva no sentido de que as distinções

---

Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle *principal* ou por ação direta)” (BARROSO, 2006, p. 360).

27 Evitou-se a utilização das expressões *concreto* e *abstrato* – muitas vezes associadas ao controle *incidental* e ao *principal*, respectivamente – para afastar confusão conceitual entre a *abstração* como atributo do controle que investiga a compatibilidade genérica da lei com a Constituição e a *principalidade* como atributo do controle cujo objeto precípuo é a constitucionalidade da lei. Com efeito, afigura-se possível, em tese, a existência de um controle *principal* em que a constitucionalidade seja aferida em perspectiva *concreta*, como se busca demonstrar no presente estudo.

28 Para uma análise, na perspectiva do Direito Comparado, dos métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis sob os diversos aspectos mencionados, v. CAPPELLETTI, 1992, *passim*.

29 Ao Supremo Tribunal Federal compete o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos primários tendo por parâmetro a Constituição Federal (CF/1988, art. 102, *caput*, inciso I, alínea “a” e § 1º); aos Tribunais de Justiça dos Estados, por sua vez, compete o controle concentrado tendo por parâmetro a Constituição dos Estados (CF/1988, art. 125, § 2º).

30 Tais ações de controle abstrato estão previstas no art. 102, I, *a*, da CF/1988, *in verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

outrora rígidas entre efeitos constitutivos *versus* efeitos declaratórios, e efeitos *erga omnes versus* efeitos *inter partes* tendem a ter seu relevo consideravelmente reduzido diante da expansão da técnica de modulação dos efeitos do pronunciamento judicial de (in)constitucionalidade.<sup>31</sup>

O ponto comum aos referidos mecanismos de controle de constitucionalidade parece residir na circunstância de que a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição Federal é aferida em perspectiva *abstrata*, *i.e.*, dissociada das peculiaridades de cada caso concreto.<sup>32</sup> Com efeito, ainda que realizado incidentalmente (a título de questão prévia ao mérito da demanda) no bojo de um dado caso concreto, o controle de constitucionalidade, tal como largamente difundido, invariavelmente leva em consideração a norma objeto de controle em caráter verdadeiramente abstrato, buscando aferir a compatibilidade geral (por assim dizer, *abstrata*) da norma objeto de controle com o tecido normativo parâmetro de controle. Tal aspecto parece se vincular à tradicional preocupação de se definir a aptidão da norma a ser fonte do direito objetivo (LEITE, 2012, p. 113 e ss.). Assim ocorre com a generalidade dos pronunciamentos judiciais de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, hipóteses em que a norma será extirpada do ordenamento jurídico ou nele mantida como regular fonte do Direito, respectivamente.

O caráter abstrato se faz presente até mesmo nos mecanismos mais modernos, os quais não raramente geram a falsa impressão de aproximação a um modelo de controle *concreto*. Tomem-se para consideração a declaração de nulidade parcial

---

31 A técnica de modulação, largamente difundida na prática jurisprudencial brasileira, encontra-se positivada no art. 27 da Lei n. 9.868/1998, no art. 11 da Lei n. 9.882/1999 e, mais recentemente, nos arts. 525, § 13, 535, § 6º, e 927, § 3º, do CPC/2015.

32 Ilustrativamente, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle concentrado de constitucionalidade: “O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade” (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.422 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 10/5/2012); “Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade” (STF, Tribunal Pleno, ADI 1.254 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 14/8/1996).

sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição.<sup>33</sup> Diante de um mesmo enunciado normativo do qual se extraem diversas normas, é possível que o intérprete conclua pela inconstitucionalidade de apenas uma ou da maioria delas (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.407). Na primeira hipótese, em que do enunciado aparentemente compatível com a Constituição decorre uma norma ilegítima, recorre-se à declaração de nulidade parcial sem redução do texto para afirmar que a generalidade das normas extraídas de um dispositivo, com exceção de uma ou algumas, é constitucional (CANOTILHO, 1993, p. 1.013). Já na segunda hipótese, em que do enunciado aparentemente incompatível decorrem uma única ou algumas poucas normas legítimas, recorre-se à interpretação conforme a Constituição para se afirmar que somente aquela ou aquelas normas têm validade.<sup>34</sup>

A ilustrar o raciocínio, tem-se que na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o órgão julgador conclui: “A Lei X é inconstitucional se interpretada de modo a autorizar Y”, o que acarreta, por via oblíqua, o reconhecimento da constitucionalidade de possíveis resultados oriundos de outras interpretações. Diversamente, ao aplicar a interpretação conforme a Constituição, o órgão julgador conclui: “A Lei X somente é constitucional se interpretada de modo a autorizar Y”, o que implica, por via oblíqua, o reconhecimento da inconstitucionalidade de todas as interpretações que conduzam a resultado diverso.<sup>35</sup>

---

33 Para uma análise detida de cada um desses mecanismos, v., por todos, MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.398 e ss.; e BASTOS, 1998, *passim*.

34 Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional limita-se “(...) a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.405). Afirma Luís Roberto Barroso: “Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional” (BARROSO, 2010, p. 302). No mesmo sentido, afirma-se que “(...) o juiz, antes de declarar a inconstitucionalidade da lei, deve buscar, por via interpretativa, sua concordância com a constituição, pois a invalidação de uma lei cria um vácuo” (SILVA, 2014, p. 884).

35 A distinção parece ser muito mais quantitativa do que qualitativa, na medida em que ambos os mecanismos de controle buscam definir, em abstrato, as interpretações compatíveis ou não com a Constituição. Referida similitude subjaz à lição de José Afonso da Silva: “Se a regra for daquelas que têm mais de uma forma de aplicação, sendo uma delas compatível com a constituição, não se deve declarar a inconstitucionalidade que extirpe a lei, redução do texto; antes, deve o juiz preservar o texto na conformidade com a constituição” (SILVA, 2014, p. 885). Luís Roberto Barroso, por sua vez, expressamente reputa: “(...) acertada sua equiparação [da interpretação conforme] a uma declaração de nulidade sem redução de texto” (BARROSO, 2009, p. 296). Independentemente de se proceder ou não à análise individualizada dos fenômenos,



Hodiernamente, assiste-se a progressivo crescimento da utilização da interpretação conforme, tendo por pressupostos mais diretos a supremacia da Constituição e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público (BARROSO, 2006, p. 361). O raciocínio pode ser enunciado do seguinte modo: se as normas constitucionais ocupam a mais alta hierarquia no ordenamento e se se presume a legitimidade das leis até pronunciamento judicial em sentido contrário, impõe-se ao intérprete a responsabilidade de priorizar, dentro dos limites do enunciado normativo,<sup>36</sup> a interpretação compatível com a Constituição em detrimento da extirpação definitiva do dispositivo normativo cuja constitucionalidade seja questionada.

Possível exemplo de recurso à interpretação conforme a Constituição na seara do Direito Civil diz respeito ao art. 1.723 do Código Civil. O dispositivo prevê o reconhecimento da união estável “entre homem e mulher”, previsão que gerou grande celeuma a propósito da possibilidade ou não de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo.<sup>37</sup> Desse único enunciado normativo podem se extrair ao menos duas interpretações: uma restritiva, no sentido de que a união estável tem como pressuposto inafastável o relacionamento entre um homem e uma mulher; e outra ampliativa, no sentido de que a menção à união “entre homem e mulher” é meramente exemplificativa e não tem

---

o intérprete deverá dedicar especial atenção à problemática referente à possibilidade de reapreciação da matéria pelo órgão julgador. Isso porque o juiz não pode voltar atrás e declarar constitucional norma previamente reputada inconstitucional em controle principal, pois nessa hipótese considera-se que a norma foi definitivamente extirpada do ordenamento jurídico. Diversamente, reconhece-se ao tribunal a faculdade de declarar inconstitucional norma previamente reputada constitucional (ainda que em sede de controle principal), vez que novos argumentos podem ser aduzidos e levar à conclusão pela incompatibilidade da norma com a ordem constitucional.

36 Adverte-se: “(...) naturalmente, não é possível ao intérprete torcer o sentido das palavras nem adulterar a clara intenção do legislador. Para salvar a lei, não é admissível fazer uma interpretação *contra legem*. Tampouco será legítima uma linha de entendimento que prive o preceito legal de qualquer função útil” (BARROSO, 2009, p. 198). O autor arremata: “Atente-se, por relevante, que o excesso na utilização do princípio pode deturpar sua razão de existir. Isso porque, ao declarar uma lei inconstitucional, o Judiciário devolve ao Legislativo a competência para reger a matéria. Mas, ao interpretar a lei estendendo-a ou restringindo-a além do razoável, estará mais intensamente interferindo nas competências do Legislativo, desempenhando função legislativa positiva” (*Ibid.*, p. 198).

37 Evitou-se a denominação *união homoafetiva* para que se afaste a usual confusão entre sexo/gênero, identidade de gênero e orientação sexual.



o condão de impedir o reconhecimento de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Dentre as referidas possibilidades de interpretação, somente a ampliativa guarda compatibilidade com a tábua axiológica constitucional, uma vez que a restrição da união estável às entidades formadas por homem e mulher vai de encontro à liberdade e à igualdade (de gênero, de orientação sexual etc.) constitucionalmente tuteladas (TEPEDINO, 2012a, p. 26). Essa foi exatamente a conclusão do Supremo Tribunal Federal ao julgar conjuntamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, tendo a Corte recorrido expressamente à técnica sob análise para determinar a interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição, “(...) para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”.<sup>38</sup>

Nada obstante sua importância e utilidade, cumpre observar que, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, a interpretação conforme a Constituição traduz mecanismo de controle abstrato (e não propriamente concreto) de constitucionalidade.<sup>39</sup> Desse modo, a interpretação conforme não se presta a esclarecer como uma regra abstratamente constitucional pode ter uma aplicação, em um dado caso concreto, incompatível com a normativa constitucional. Pense-se, a título de ilustração, no caso dos atributos dos direitos da personalidade: caso uma pessoa sofra lesão corporal gravíssima e esteja em risco iminente

<sup>38</sup> STF, Tribunal Pleno, ADPF 132 e ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5/5/2011. Em que pese a acertada e louvável conclusão alcançada pela Corte, parece possível afirmar que tal desfecho haveria de ser produzido mesmo sem o recurso à técnica de interpretação conforme, desde que se reconhecesse que da incidência direta dos princípios constitucionais (em especial, os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade, da solidariedade e do livre planejamento familiar) já se poderia extrair a plena legitimidade da união estável homoafetiva.

<sup>39</sup> Assim se depreende, embora implicitamente, da doutrina especializada: “Porque assim é, a interpretação conforme a Constituição funciona também como um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como bem perceberam os publicistas alemães e, especialmente, o Tribunal Constitucional Federal, quando o Judiciário condiciona a validade da lei a uma determinada interpretação ou declara que certas aplicações não são compatíveis com a Constituição, está, em verdade, declarando a inconstitucionalidade de outras possibilidades de interpretação (*Auslegungsmöglichkeiten*) ou de outras possíveis aplicações (*Anwendungsfälle*)” (BARROSO, 2009, p. 196).

de morte, poderá a equipe médica em atuação realizar, contra a vontade manifesta do lesado, tratamento médico de eficiência não plenamente comprovada que também ofereça risco à vida do paciente? Caso se conceba a possibilidade de resposta afirmativa (em decorrência dos valores constitucionais), como tal solução poderia ser compatibilizada com o comando estrito da regra contida no art. 15 do Código Civil, segundo o qual “[N]inguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”? Estar-se-ia diante de regra abstratamente inconstitucional ou, em realidade, de aplicação concreta (à luz do paradigma subsuntivo) incompatível com a Constituição?

Como se percebe, parece haver um elo perdido no diálogo entre o Direito Civil (ou, a bem da verdade, a práxis jurídica como um todo) e a enunciação formal do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, uma vez que a afirmação abstrata da legitimidade de uma norma não assegura *ipso facto* a legitimidade dos efeitos que decorreriam da sua aplicação subsuntiva ao caso concreto. A questão não tem sido de todo ignorada pela doutrina constitucionalista, a qual, gradativamente, passa a reconhecer que uma norma-regra válida (*i.e.*, incólume frente aos mecanismos tradicionais de controle de constitucionalidade) pode não servir satisfatoriamente de premissa maior à qual o intérprete deveria subsumir o fato concreto – o que traduz, antes de qualquer juízo valorativo, simples constatação com base na práxis jurídica. Passa-se, então, à análise das principais proposições contemporâneas atinentes à matéria, com especial enfoque sobre o que se pode denominar de *inconstitucionalidade no caso concreto*.

##### **5. “DERROTABILIDADE”, “SUPERABILIDADE” E “INCONSTITUCIONALIDADE NO CASO CONCRETO”: PERSPECTIVAS DE UM DIÁLOGO ENTRE PROPOSIÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL E A METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Verifica-se uma tendência contemporânea, tanto na doutrina do Direito Civil-Constitucional quanto em outras linhas de pensamento, ao reconhecimento da insuficiência do raciocínio si-

logístico, por se reconhecer que a mera subsunção do fato à norma-regra mais específica pode vir a gerar resultados tidos por incompatíveis com a axiologia do ordenamento. Tal percepção, conquanto gradativamente mais expressiva, ainda causa relativo espanto ao intérprete-operador do Direito acostumado a pensar que a afirmação abstrata da constitucionalidade (o que se pode associar, ainda que indiretamente, à simples ausência de declaração de inconstitucionalidade) tem o condão de determinar a imediata aplicação da regra ao caso que a mesma supostamente se destinaria a regular.

Imbuída de tal preocupação, parcela da doutrina constitucionalista tem envidado esforços de modo a justificar que a solução de um dado caso concreto que decorreria da aplicação (subsuntiva) da regra pode, *excepcionalmente*, ser *afastada* quando restar concretamente demonstrada a incompatibilidade da específica norma com a axiologia constitucional. Afirma-se, nessa linha de sentido, que o princípio (ou *postulado*) da razoabilidade atribui ao julgador o poder-dever de graduar o peso da norma a ser aplicada, em busca da efetiva promoção da *justiça do caso concreto*.<sup>40</sup> A *justa* solução de um caso demandaria, em tais casos ditos *excepcionais*, a adequada conformação da norma aos valores tutelados pelo ordenamento jurídico.<sup>41</sup>

Ainda com base na razoabilidade (dessa vez entendida como postulado normativo aplicativo ou norma de segundo grau) (ÁVILA, 2015, p. 194 e ss.), sustenta-se que a correta aplicação de toda norma-regra depende da análise das peculiaridades do caso concreto, a fim de se perquirir a compatibilidade entre a finalidade justificadora da norma e as circunstâncias específicas do caso sob análise (ÁVILA, 2015, p. 197; PERLINGIERI, 2008, p. 574). Assim, na hipótese de restar demonstrado que o caso con-

---

40 "O princípio [da razoabilidade] pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto" (BARROSO, 2006p. 363). A proposta de aproximação da razoabilidade à produção da *justiça do caso concreto* é relatada, com mais detalhada bibliografia, por PEREIRA, 2011, p. 202-203. Em sentido semelhante, v., ainda, LEITE, 2012, p. 111-112.

41 Em perspectiva civil-constitucional, Giovanni Perlingieri sustenta que da razoabilidade decorre a exigência de conformação das disposições legais aos valores do sistema jurídico (PERLINGIERI, 2015, p. 66-85). V., ainda, TEPEDINO, 2017, *passim* e, em especial, p. 35-36.

creto, por suas peculiaridades fáticas e pelos interesses concretamente envolvidos, não se amolda à finalidade geral subjacente à norma-regra, restaria justificada a *superação da regra*.<sup>42</sup>

Proliferam, assim, proposições teóricas centradas na enunciação de *requisitos formais e materiais de derrotabilidade (ou superabilidade) das regras*.<sup>43</sup> Tamanho é o relevo conquistado por tal linha de raciocínio que parcela da doutrina contemporânea chega a enunciar uma *teoria da derrotabilidade das regras* (VASCONCELLOS, 2010, *passim*; SERBENA, 2012, *passim*; PREVEDELLO, 2019, *passim*; FIGUEROA; MOREIRA, 2012, *passim*; FARIAS, 2014, *passim*). Com origem usualmente associada à compreensão da Filosofia do Direito na vertente desenvolvida por Herbert L. A. Hart,<sup>44</sup> tais formulações parecem convergir, em síntese essencial, em torno da necessidade de fundamentação racional quanto à não conformidade da aplicação de uma regra (*rectius*: da aplicação subsuntiva da regra ao fato) perante a axiologia do ordenamento jurídico. O problema teórico sob exame não raramente é enunciado, no âmbito de tal linha de pensamento, como o enfrentamento da “juridicidade de decisões *contra legem*” (BUSTAMANTE, 2010, p. 152).

42 Como se desenvolverá na sequência do estudo, não parece tratar-se de efetiva *superação* da regra, mas sim da sua consideração e sopesamento em conjunto com as demais normas componentes do sistema jurídico. A regra abstratamente constitucional não pode ser legitimamente *superada* no sentido de ser completamente ignorada quando da interpretação-aplicação do Direito; o que não se deve tolerar, igualmente, é que as supostas neutralidade e clareza do raciocínio silogístico justifiquem a inobservância do inteiro ordenamento jurídico em cada caso concreto. Resta *superada*, enfim, a hegemonia da subsunção, como de longa data propugna a doutrina do Direito Civil-Constitucional.

43 Ao analisar o que denomina *requisitos materiais de superabilidade das regras*, Humberto Ávila afirma:“(...) o grau de resistência de uma regra à superação está vinculado tanto à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico) quanto à realização do valor formal subjacente às regras (valor formal da segurança jurídica). E o grau de promoção do valor segurança está relacionado à possibilidade de reaparecimento frequente de situação similar” (ÁVILA, 2015, p. 144-145). O autor prossegue: “A decisão individualizante de superar uma regra deve sempre levar em conta seu impacto para aplicação das regras em geral. A superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual” (*Ibid.*, p. 146). No que tange ao que denomina *requisitos procedimentais de superabilidade das regras*, o autor assevera: “A superação de uma regra deverá ter, em primeiro lugar, uma justificativa condizente. Essa justificativa depende de dois fatores. Primeiro, da demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. (...) Segundo, da demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica. (...) Em segundo lugar, a superação de uma regra deverá ter uma fundamentação condizente: é preciso exteriorizar, de modo racional e transparente, as razões que permitem a superação. Vale dizer, uma regra não pode ser superada sem que as razões de sua superação sejam exteriorizadas e possam, com isso, ser controladas. A fundamentação deve ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada” (*Ibid.*, p. 147).

44 A relatar a recorrente afirmação do pioneirismo de Hart na aplicação da chave conceitual da *derrotabilidade* no Direito (em especial, a partir de HART, 1948, *passim*), v. VASCONCELLOS, 2007, item 2.1.

Vista a questão sob outro ângulo, parece possível afirmar que essas e outras proposições caminham rumo ao sentido comum que já se identificou na doutrina como a “declaração de inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra sobre uma determinada situação específica” (BARCELLOS, 2005, p. 231-232), proposição à qual doravante se fará referência como *inconstitucionalidade (da regra) no caso concreto*.<sup>45</sup> Aventa-se, assim, a possibilidade de uma regra abstratamente constitucional (*i.e.*, cuja validade não foi infirmada pelos mecanismos tradicionais de controle de constitucionalidade) produzir resultados *ilegítimos* diante das peculiaridades de um certo caso e, por essa razão, ser ela própria (a norma-regra) reputada *inconstitucional no caso concreto*.<sup>46</sup> Trata-se, em suma, de aferir a legitimidade de uma regra ainda que dos mecanismos de controle abstrato se desprenda sua constitucionalidade e, portanto, sua aptidão genérica à resolução de casos concretos (SILVA, 2017, *passim*).

A ilustrar a problemática, tome-se para análise a apreciação da constitucionalidade do art. 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993.<sup>47</sup>

45 Ao se referir às “(...) hipóteses em que as regras, embora aplicáveis ao caso concreto, geram uma solução profundamente injusta e inadequada”, Ana Paula de Barcellos propõe três possíveis critérios para solução desses peculiares conflitos envolvendo regras – equidade, imprevisão e invalidade de incidência específica da regra. Leciona a autora: “Em suma: afora o uso da equidade, que em qualquer caso respeita as possibilidades semânticas do texto, o intérprete apenas poderá deixar de aplicar uma regra por considerá-la injusta se demonstrar uma de duas situações: (i) que o legislador, ao disciplinar a matéria, não anteviu a hipótese que agora se apresenta perante o intérprete: imprevisão; ou (ii) que a incidência do enunciado normativo à hipótese concreta produz uma norma inconstitucional, de tal modo que, ainda que o legislador tenha cogitado do caso concreto, sua avaliação deve ser afastada por incompatível com a Constituição. Sublinhe-se que tais fórmulas funcionam como exceções ao parâmetro geral da preferência das regras e, por isso mesmo, fazem recair sobre o intérprete o ônus argumentativo especialmente reforçado de motivação” (BARCELLOS, 2005, p. 221).

46 Nesse sentido, Luís Roberto Barroso assevera: “É possível acontecer de uma norma ser constitucional no seu relato abstrato, mas revelar-se inconstitucional em uma determinada incidência, por contrariar o próprio fim nela abrigado ou algum princípio constitucional” (BARROSO, 2006, p. 375). Em sentido semelhante, v. LEITE, Fábio Carvalho. Pelo fim da “cláusula de reserva de plenário”, cit., p. 109 e ss. A conclusão não seria de se estranhar, segundo Humberto Ávila, pela percepção de que “(...) toda norma jurídica – inclusive as regras – estabelece deveres provisórios, como comprovam os casos de superação das regras por razões extraordinárias com base no postulado da razoabilidade” (ÁVILA, 2015, p. 114).

47 *In verbis*: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) (...) § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)”. Nada obstante os referidos dispositivos legais (*caput* e § 3º do art. 20 da Lei nº 12.435/2011) tenham sido alterados pela Lei nº 13.982/2020, optou-se por fazer menção à redação anterior em razão de ter se desenvolvido sobre ela a deliberação do Supremo Tribunal Federal exposta na sequência.

No esforço de dar concretude ao art. 203, V, da Constituição Federal,<sup>48</sup> o referido dispositivo legal estabelece como requisito objetivo para a concessão do benefício de prestação continuada a comprovação de renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Em um primeiro momento, ao julgar improcedente a ADI 1.232/DF, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade do requisito objetivo estabelecido no diploma legal – à época, com redação substancialmente idêntica àquela determinada pela Lei n. 12.435/2011.<sup>49</sup> Anos mais tarde, porém, ao julgar o RE 567.985/MT, a Corte reuiu seu entendimento para pronunciar incidentalmente a inconstitucionalidade por omissão sem redução do texto do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.<sup>50</sup> Vale destacar, do aludido julgamento, a proposição do Relator originário Min. Marco Aurélio no tocante à possibilidade de “(...) inconstitucionalidade em concreto na aplicação da norma, consideradas as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos revelados”.<sup>51</sup> A partir dessa paradigmática decisão, sucederam-se diversos julgados no sentido de reconhecimento da possibilidade de concessão do benefício de prestação continuada a pessoas em concreta situação de miserabilidade, ainda que superado o requisito objetivo de renda familiar *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.<sup>52</sup>

Independentemente da nomenclatura a que se dê preferência, parece possível afirmar que gradativamente se esboça um consenso da doutrina constitucionalista no que tange à insufi-

---

48 *In verbis*: “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

49 Vale conferir a ementa do acórdão: “Constitucional. Impugna dispositivo de Lei Federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do estado. Ação julgada improcedente” (STF, ADI 1.232/DF, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, julg. 27/8/1998).

50 STF, RE 567.985/MT, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 18/4/2013.

51 Trecho extraído do voto do Min. Marco Aurélio (STF, RE 567.985/MT, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 18/4/2013).

52 Ilustrativamente, v. STF, ARE 937.070/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 30/3/2016; STF, RE 926.963/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 1/2/2016; e STF, ARE 845.634/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 22/2/2016.

ciência do controle abstrato de constitucionalidade para a afirmação da aplicabilidade da regra a todo e qualquer caso que ela supostamente estaria apta a reger (STRECK, 2014, p. 185-186). Não se trata, com efeito, de declarar a inconstitucionalidade da norma para toda e qualquer hipótese, tampouco de restringir a interpretação do enunciado normativo para dele se extrair apenas uma norma legítima (interpretação conforme a Constituição) ou para dele subtrair uma norma ilegítima (declaração de nulidade parcial sem redução de texto). A questão situa-se não no plano (abstrato) da aptidão genérica da norma à produção de efeitos, mas sim no plano (concreto) da valoração das consequências efetivamente resultantes da aplicação de uma norma.

Para além da insuficiência do controle (abstrato) de constitucionalidade das leis, o ponto comum que parece subjazer (ainda que sem reconhecimento explícito) às proposições relatadas consiste na percepção da insuficiência da subsunção como técnica decisória (TEPEDINO, 2014, p. 34; SOUZA, 2014, p. 78-85). Nota-se, com efeito, que as variadas proposições, cada qual à sua feição, buscam elencar razões pelas quais se justifica, em caráter supostamente excepcional, a produção de um resultado interpretativo distinto daquele que decorreria da mera subsunção do fato à norma-regra. O passo seguinte do raciocínio há de residir no questionamento e na superação do papel de proeminência tradicionalmente atribuído à subsunção.

Nesse ponto, especial contribuição fornecida pela metodologia civil-constitucional consiste na elucidação de que a técnica da subsunção nunca é suficiente à adequada resolução do caso concreto (TEPEDINO, 2017, p. 27 e ss.). Isso porque, mesmo diante de casos aparentemente *fáceis* e normas presumivelmente *claras*, impõe-se ao intérprete a consideração do inteiro ordenamento jurídico, em decorrência dos próprios atributos de unidade e complexidade que o constituem como sistema (CANARIS, 2012, *passim*). Some-se a isso a percepção de que parece mais adequado entender que, em realidade, não há casos *fáceis*, tampouco normas *claras*.



A *clareza* da norma, com efeito, é atributo que somente se pode associar ao resultado do processo unitário de interpretação-aplicação do Direito, e não à leitura prévia e isolada que se faz de uma específica regra.<sup>53</sup> Por mais singela que pareça a literalidade de um dado enunciado normativo, somente o seu cotejo com as demais normas e valores do sistema permitirá ao intérprete individualizar a normativa do caso concreto.

A noção de *facilidade* (dos casos), por sua vez, pretendia indicar que a subsunção resolveria satisfatoriamente a generalidade das hipóteses, relegando-se o recurso à ponderação para os casos que envolvessem conflitos insolucionáveis pelos elementos tradicionais de interpretação e de resolução de antinomias. Diante das premissas adotadas, todavia, impõe-se o reconhecimento de que a distinção entre casos *fáceis* e casos *difíceis* é “arbitrária e injustificada” (TEPEDINO, 2018, p. 330), não competindo ao intérprete propor uma tal distinção e, com isso, restringir a ponderação ao segundo grupo de casos (SOUZA, 2014, p. 86-87). A adequada resolução de qualquer caso concreto demanda o sopesamento de todas as normas contidas no sistema jurídico, ainda que o resultado final se assemelhe àquele que decorreria da operação mecânica de subsunção do fato à norma (PERLINGIERI, 2015, p. 68). Em suma, caso se pretenda manter a qualificação *difícil* aos casos que demandam emprego da ponderação, a conclusão inevitável estará no sentido de que todos os casos são *difíceis*.

Nesse ponto do raciocínio, chega-se a uma questão paralela e igualmente relevante à compreensão do que se denominou *inconstitucionalidade no caso concreto*: trata-se de determinar o âmbito de incidência da ponderação, de modo a indicar se o recurso a tal técnica deve estar restrito aos conflitos entre princípios ou se, ao revés, seria possível estendê-lo aos conflitos entre princípios e regras ou mesmo de regras entre si. A afirmação do âmbito restrito de incidência da ponderação tem como pressuposto a distinção *forte* entre regras e princípios: se as regras são comandos definitivos que se aplicam pela lógica da exclusão,

53 A elucidar que a clareza deve ser sempre considerada um *posterius* (e não um *prius*) no processo interpretativo, v. PERLINGIERI, 2008, p. 616.



não faria sentido cogitar do seu sopesamento. Nessa linha de raciocínio, soaria ilógico admitir a compatibilização de regras frontalmente opostas, razão pela qual restaria inviabilizado o recurso à ponderação.<sup>54</sup>

Assumidas como premissas, diversamente, aquelas propugnadas pela metodologia civil-constitucional, a conclusão encaminha-se em sentido diametralmente oposto. Se é verdade que não há razão para uma distinção apriorística entre regras e princípios, e se é igualmente verdade que nenhuma norma (ainda que presumivelmente *clara* diante de caso aparentemente *fácil*) exime o intérprete de considerar o inteiro ordenamento jurídico em busca da individualização da normativa do caso concreto, alcança-se conclusão inarredável: o recurso à ponderação é verdadeiro imperativo para a resolução de todo e qualquer caso, independentemente de se tratar de conflito de princípios, de regras ou de princípios e regras (TEPEDINO, 2018, p. 332; ÁVILA, 2015., p. 74; e BARROSO, 2006, p. 362).

À luz de tais considerações, percebe-se que a previsão de um sistema de controle (principal ou incidental) de constitucionalidade *em abstrato* não traduz escudo suficiente a fundamentar o raciocínio silogístico e impedir a consideração do inteiro ordenamento jurídico quando da apreciação de cada caso concreto.<sup>55</sup> Pode-se concluir, em suma, que as proposições da doutrina constitucionalista convergentes em torno da *inconstitucionalidade no caso concreto* vão ao encontro da metodologia civil-constitucional no que tange à superação do raciocínio silo-

54 Em que pese a rejeição ao recurso generalizado à ponderação de regras, Ana Paula de Barcellos ressalva o cabimento da ponderação em relação ao que denomina núcleo dos princípios, o qual funcionaria como autêntica regra (BARCELLOS, 2005, p. 183-184).

55 Dessa percepção não se deve extrair uma injustificada exasperação do escopo da regra constitucional da reserva de plenário (art. 97 da CF/1988 c/c Súmula Vinculante 10 do STF), tampouco do correlato expediente processual do incidente de arguição de inconstitucionalidade (arts. 948 e ss. do CPC/2015). Ao propósito, já se pôde advertir: "(...) sopesar uma regra com outras normas não equivale a desconsiderá-la (ou 'afastar sua incidência', nos termos do referido enunciado sumular), tal como sopesar um princípio não equivale a desconsiderá-lo. Em qualquer caso, o recurso à ponderação pressupõe o esforço do intérprete na preservação das normas em rota potencial de colisão na maior medida possível. Pode-se concluir, portanto, que o art. 97 da CF/1988 e o Enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do STF restarão violados se o julgador deixar de considerar a norma quando da apreciação de certo caso concreto, o que não se confunde com o sopesamento das normas e a consequente atribuição de pesos diversos a cada uma delas diante das circunstâncias fáticas e peculiaridades de interesses concretamente envolvidos. Em suma, *ponderar* não equivale a *afastar a incidência*" (SILVA, 2017, p. 56-57. Grifos no original).

gístico e ao reconhecimento de que a solução de cada caso concreto depende da consideração do inteiro ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade.<sup>56</sup>

Destaca-se de modo especialmente sensível, na presente proposta, a importância da fundamentação das decisões judiciais (PERLINGIERI, 2007, p. 70-71; e KONDER, 2016, p. 36 e ss.). Se são procedentes as conclusões quanto à insuficiência da subsunção como técnica decisória e quanto à ausência de casos *fáceis* a dispensar o emprego da técnica da ponderação, somente uma decisão racional e detidamente fundamentada permite vislumbrar uma autêntica *segurança jurídica* (TEPEDINO, 2014, p. 36-37). Escancara-se, de modo igualmente sensível, a responsabilidade do intérprete, ao qual, desprovido do escudo em que outrora consistia a subsunção, não mais socorrem as alegações de *clareza* da norma e *facilidade* do caso (KONDER, 2015b, p. 209).

## 6. SÍNTESE CONCLUSIVA

O controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público traduz instrumento fundamental de preservação da supremacia constitucional.<sup>57</sup> Sem embargo das críticas a propósito de eventuais distanciamentos entre o referido controle e o ideal de democracia deliberativa,<sup>58</sup> parece haver certo consenso no que tange à importância de aferição da compatibilidade das normas em geral com aquela que lhes serve de fundamento último de validade – a Constituição. Buscou-se, com o presente estudo, revelar que a constante investigação da

---

56 Cumpre ressaltar que a expressão *inconstitucionalidade no caso concreto* não autoriza eventual conclusão no sentido de justificar a exclusão de determinadas regras para a resolução de um dado caso. Deve-se, ao revés, reconhecer que o inteiro ordenamento jurídico incide em toda e qualquer hipótese, sem prejuízo da ponderação a ser desenvolvida à luz das circunstâncias fáticas de cada caso concreto.

57 Mauro Cappelletti vislumbra a importância do controle judicial de constitucionalidade para o aperfeiçoamento da vida em sociedade: “Constitucionalismo moderno, Carta de Direitos nacional e transnacional, e proteção judicial – interna e internacional – de tais direitos fundamentais contra abusos por autoridades públicas, podem bem ser apenas outro aspecto da Utopia de nossa época. Se ele nos encaminhará, como sempre esperamos, para um mundo melhor, um mundo no qual indivíduos, grupos e pessoas possam viver em paz e em compreensão mútua, sem guerra e exploração, só o futuro poderá dizê-lo” (CAPPELLETTI, 1992, p. 21).

58 A valorização do controle judicial de constitucionalidade das leis não passa imune a críticas na doutrina. Para uma crítica contundente ao referido modelo, em razão da sua alegada incompatibilidade com o ideal de democracia deliberativa, v. NINO, 1997, p. 258 e ss.

conformidade constitucional não alcança resultados plenamente satisfatórios caso esgotada em perspectiva abstrata.

Com efeito, somente a análise concreta da compatibilidade de uma norma com a Constituição (diante das circunstâncias do caso e das peculiaridades dos interesses envolvidos) possibilitará ao intérprete alcançar o resultado mais consentâneo com o sistema. Afigura-se crucial, assim, a assunção de postura hermenêutica comprometida com a unidade e a supremacia da Constituição, a reconhecer a insuficiência da subsunção enquanto técnica decisória.

Se não há casos *fáceis*, se a *clareza* da norma é um *posterius* (e não um *prius*), se a distinção entre regras e princípios tem fundamento mais quantitativo do que qualitativo, e se, enfim, o controle abstrato de constitucionalidade não acarreta a legitimidade *ipso facto* da aplicação subsuntiva da norma ao fato, pode-se concluir que a fuga ao raciocínio silogístico e a aplicação da técnica da ponderação não devem ser *excepcionais*, mas sim uma inafastável premissa metodológica do intérprete comprometido com a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico. Desmorona o *escudo neutro* da subsunção e emerge, irreversivelmente, a responsabilidade do intérprete.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. New York: Oxford University Press, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 24, p. 45-40, jul.-set./1998.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, p. 152-180, jul.-dez./2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 45, p. 37-73, 2006.

DELPUPO, Poliana Moreira. Não existem fatos, mas apenas interpretações. *Revista dos Tribunais*, vol. 7, p. 307-322, jul.-ago./2014.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defesability*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família: famílias – pluralidade e felicidade*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

FIGUEROA, Alfonso García; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo, derrotabilidade e razão prática. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 79, p. 11-33, abr.-jun./2012.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Anotações à teoria das normas jurídicas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 60, p. 11-23, jan.-fev./2005.

GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 49, p. 171-194, 1948.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015a.

\_\_\_\_\_. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60, n. 1, p. 193-213, jan.-abr./2015b.

\_\_\_\_\_. Para além da principalização da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 13, p. 39-59, jul.-set./2017.

\_\_\_\_\_. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, a. 14, n. 19, p. 33-57, jul.-dez./2016.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LEITE, Fábio Carvalho. Pelo fim da “cláusula de reserva de plenário”. *Direito Estado e Sociedade*, n. 40, p. 91-131, jan.-jun./2012.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Entre o público e o privado no direito civil-constitucional: uma (re)discussão sobre o espaço da autonomia ético-existencial, intimidade e vida privada. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, n. 1, p. 77-90, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, p. 8-30, jul.-set./2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, a. 17, p. 21-32, jul.-set./1993.

\_\_\_\_\_. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. Editorial. *Civilistica.com*, a. 2, n. 1, p. 1-4, jan.-mar./2013.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica. *Rivista di Diritto Civile*, a. LVI, n.1, p. 317-342, jan.-fev./2010a.

\_\_\_\_\_. Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto". *Rivista di Diritto Privato*, a. XV, n. 4, p. 7-28, out.-dez./2010b.

\_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINO, Giorgio. I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica. In: *Diritto e questioni pubbliche*. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2012, p. 88.

PREVEDELLO, Alexandre. *Teoria da derrotabilidade: as exceções não previstas nas regras jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2019.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale. Édition critique préparée par Tullio de Mauro*. Lonrai: Normandie Roto Impression, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, p. 3-26, 2011.

SERBENA, Cesar Antonio (Coord). *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a "inconstitucionalidade no caso concreto". *Revista de Direito Privado*, a. 18, vol. 73, p. 31-62, jan./2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54, p. 65-98, abr./2013.

\_\_\_\_\_. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, a. 15, vol. 58, p. 75-107, abr.-jun./2014.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica diante da relação "regra-princípio" e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 98, p. 241-266, set.-out./2012.

\_\_\_\_\_. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, vol. 41, n. 135, p. 173-187, set./2014.



TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por união de pessoas do mesmo sexo. *Soluções práticas de direito*, vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

\_\_\_\_\_. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

\_\_\_\_\_. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas*, n. 3, p. 29-50, 2014.

\_\_\_\_\_. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. *[Syn]Thesis*, vol. 5, n. 1, p. 15-21, 2012b.

\_\_\_\_\_. Os sete pecados capitais da teoria da interpretação. *Revista da EMERJ*, vol. 20, n. 3, p. 319-343, set.-dez./2018.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, 1997.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60, n. 3, p. 367-382, set.-dez./2015.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. A derrotabilidade da norma tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 77, p. 121-149, nov.-dez./2007.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.



# A Liberdade de Cultos Religiosos e o Supremo Tribunal Federal: Análise no Contexto Pandêmico

**Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**

*Doutorando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado e Consultor Jurídico.*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo oferecer comentários críticos a questões procedimentais e de fundo subjacentes ao julgamento das medidas cautelares na ADPF 701-MC e ADPF 810-MC, e ao julgamento de mérito da ADPF 811, em especial no tocante à legitimidade constitucional de medidas restritivas tomadas pelo Poder Público de estados e municípios que promoveram a proibição temporária da realização de cultos e demais reuniões presenciais de caráter religioso. Assumindo uma perspectiva teórico-dogmática do direito fundamental à liberdade religiosa, e para além da discussão acerca da constitucionalidade daquelas medidas, pretende-se analisar objetivamente, criticamente e de uma forma geral como o controle foi encetado pelos requerentes e manejado pelo Supremo Tribunal Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito fundamental à liberdade religiosa – restrições a direitos fundamentais – conteúdo essencial – proporcionalidade – laicidade estatal

**ABSTRACT:** The present article aims to offer critical notes over procedural and substantial issues related to the Federal Supreme Court's rulings on ADPF 701-MC, ADPF 810 and ADPF 811, especially in what it concerns the constitutional legitimacy of restrictive measures taken by several states and municipalities

on temporarily prohibition of religious cults and other forms of presential religious gathering. Assuming a theoretical-dogmatic perspective, and also beyond the issue of the constitutional legitimacy of those restrictive measures, it is intended to analyze, from an objective, critical and general point of view, how that judicial control was developed by the claimants and by the Court.

**KEYWORDS:** religious freedom – restrictive measures over fundamental rights – essential content – proportionality – secularism

## 1. INTRODUÇÃO

Em razão do contexto pandêmico em que estamos inseridos, em especial visando à não formação de aglomerações em locais fechados que possam conduzir ao recrudescimento do número de pessoas infectadas pelo novo coronavírus, inúmeros estados e municípios, em exercício direto da competência constitucional comum e concorrente para a igual tomada de medidas no combate à propagação do vírus em suas respectivas regiões e localidades<sup>1</sup>, editaram decretos executivos que em sua essência vedavam a realização de cultos e demais reuniões presenciais de caráter religioso.

Tendo por objetivo vergastar a constitucionalidade de tais atos executivos, as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701, nº 810 e nº 811<sup>2</sup> foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal sob a adução, em essência, de vio-

---

1 Consigne-se que, especialmente em razão do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6341 e nº 6343 em 2020, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 23, II, e o art. 24, XII, ambos da Constituição Federal de 1988, reconheceu, na esteira de um modelo cooperativo de federalismo, a igual competência da União, estados, Distrito Federal e municípios para a adoção de medidas administrativas e legislativas no âmbito da prevenção e contenção da propagação do novo coronavírus.

2 A ADPF nº 701 teve por objeto o art. 6º do Decreto nº 31, de 20.03.2020, do Município de João Monlevade (Estado de Minas Gerais); o Decreto nº 1.704, de 20.03.2020, da Prefeitura Municipal de Macapá (Estado do Amapá); o Decreto nº 18.902, de 23.03.2020, e o Decreto nº 19.013, de 07.06.2020, ambos do Estado do Piauí; o Decreto nº 28.635, de 22.03.2020, do Estado de Roraima; o Decreto nº 15, de 21.03.2020, da Prefeitura Municipal de Serrinha (Estado da Bahia); o Decreto nº 14.052, de 20.03.2020, o Decreto nº 14.121, de 11.05.2020, o Decreto 14.122, de 11.05.2020, e o Decreto nº 14.140, de 29.05.2020, da Prefeitura Municipal de Bebedouro (Estado de São Paulo); o Decreto nº 6.228, de 23.03.2020, e o Decreto nº 6.246, de 29.04.2020, da Prefeitura Municipal de Cajamar (Estado de São Paulo); o Decreto nº 28.564, de 21.05.2020, do Município de Rio Brilhante (Estado do Mato Grosso do Sul); e o Decreto nº 1.366, de 21.03.2020, da Prefeitura Municipal de Armação de Búzios (Estado do Rio de Janeiro). No que tange ao objeto das ADPFs 810 e 811, ambas vergastavam o Decreto nº 65.563, de 12.03.2021, do Estado de São Paulo.

lação ao direito fundamental à liberdade religiosa, posto que a vedação à realização de cultos e demais reuniões presenciais de caráter religioso impingira restrição desproporcionada àquele direito, ferindo-o, inclusive, em seu conteúdo (núcleo) essencial, além de afetar o dever de laicidade estatal.

No início de abril de 2021, o Relator da ADPF 701, Ministro Nunes Marques, deferiu medida cautelar para suspender os decretos vergastados, determinar que estados, Distrito Federal e municípios se abstivessem de editar novas medidas que tivessem por objeto a interdição da realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso, bem como determinar a adoção de medidas preventivas de segurança nessas reuniões, consignando, ainda, que a medida intentada pelo requerente deveria ser concedida “para além dos participantes da presente demanda, dada a natureza unitária da tese jurídico-constitucional e da necessidade de uniformidade de tratamento do tema em todo o território nacional”<sup>3</sup>.

Dois dias após a decisão tomada pelo Ministro Nunes Marques nos autos da ADPF 701-MC, o Ministro Gilmar Mendes, Relator da ADPF 810, ao entender que o requerente – Conselho Nacional de Pastores do Brasil – era parte ilegítima a encetar controle concentrado nos termos do art. 103, IX, CRFB/1988, indeferiu a petição inicial<sup>4</sup>. No mesmo dia (05 de abril de 2021), o Min. Gilmar Mendes indeferiu a medida cautelar pleiteada nos autos da ADPF 811, do qual é Relator, consignando que o ato vergastado pelo requerente – Decreto nº 65.563, de 12.03.2021, do Estado de São Paulo – estava em consonância com o julgado no âmbito da ADI 6341-MC, onde fora reconhecida a competência concorrente dos estados, Distrito Federal e municípios para adoção de medidas preventivas à propagação do novo coronavírus, tendo, portanto, a medida por necessária a evitar aglomerações que pudessem periclitara ainda mais a delicada situação de emergência de saúde pública vivenciada<sup>5</sup>.

3 ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 62, 05.04.2021.

4 ADPF 810, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 62, 05.04.2021.

5 ADPF 811-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 62, 05.04.2021.

No dia 08 de abril de 2021, convertido o *referendum* da medida cautelar na ADPF 811 em julgamento de mérito, decidiu o Tribunal, por maioria, e na esteira do voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, pela improcedência da arguição de inconstitucionalidade, reiterando a constitucionalidade das medidas restritivas adotadas pelos estados, Distrito Federal e municípios no combate à propagação do novo coronavírus, em especial a necessidade e, portanto, a proporcionalidade do Decreto nº 65.563, de 12.03.2021, do Estado de São Paulo, que vedou, legitimamente e temporariamente, a realização de cultos e reuniões de cunho religioso no estado<sup>6</sup>. Em sequência, no dia 15 de abril de 2021, o Ministro Nunes Marques, Rel. da ADPF 701, visando à harmonização para com o entendimento majoritário do Tribunal, mesmo ressaltando seu entendimento pessoal divergente, revogou a medida liminar que havia inicialmente concedido<sup>7</sup>. No que tange ao julgamento de mérito, ao menos a tempo em que este artigo está sendo escrito, ainda se queda pendente.

Para além da questão da legitimidade daquelas medidas restritivas face ao ordenamento jurídico-constitucional, que *per se* é dotada de inelutável relevância, pretende-se aqui uma análise crítica acerca do modo pelo qual a problemática foi posta pelos requerentes e de como a mesma foi analisada pelo Tribunal, traçando-se, para tanto, breves comentários, do ponto de vista estritamente jurídico-constitucional, acerca do controle encetado.

## 2. INTEGRAÇÃO DA LIBERDADE DE CULTOS À LIBERDADE RELIGIOSA COMO *CLUSTER RIGHT*

Maior esforço não se faz necessário para que se conclua pela natureza jusfundamental do direito constitucional à liberdade religiosa. De uma perspectiva concreta-positivista e, assim, na linha de uma definição formal da natureza jusfundamental de um direito<sup>8</sup>, tal decorre diretamente da dicção do art. 5º, VI,

6 ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, 08.04.2021.

7 ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 72, 15.04.2021.

8 Sobre a definição formal da natureza jusfundamental, cfr. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 100.

CRFB/1988. No que tange à liberdade de cultos, não se enxerga aqui direito fundamental autônomo, senão uma forma de exercício de um direito mais geral, o direito fundamental à liberdade religiosa. Aliás, tal é o que aponta a literalidade constitucional ao estatuir, naquele dispositivo, ser “assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

De uma perspectiva teórico-dogmática dos direitos fundamentais, vê-se a liberdade de cultos como elemento material integrante do *cluster right* ou “direito fundamental global”, que o direito fundamental à liberdade religiosa constitui<sup>9</sup>. Como *cluster right*, o direito fundamental à liberdade religiosa alberga uma miríade de faculdades (de ação e omissão) e de deveres de proteção reunidos, de forma bidimensional (subjetiva e objetiva), em um âmbito de proteção alargado<sup>10</sup>.

## 2.1. Âmbito material de proteção da liberdade de cultos

A despeito de integrar a faceta externa (*forum externum*) do direito fundamental à liberdade religiosa, tal não permite escaparmos à consideração de seu âmbito de proteção. Em decorrência da adoção de um âmbito de proteção ao nível do *cluster right* (direito fundamental à liberdade religiosa), o âmbito de proteção da liberdade de cultos deve ser igualmente amplo, a abarcar toda e qualquer ação de culto que com ele possuir relação material, o que nos direciona à compreensão de que a proteção é inclusiva e extensiva a todo o tipo de convicção religiosa<sup>11</sup>.

## 2.2. Liberdade de cultos e conteúdo essencial: questão relevante?

De um ponto de vista crítico, a maior parte da literatura constitucional e da jurisprudência nacional – esta em especial no âmbito da adjudicação constitucional do Supremo Tribunal

9 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 229.

10 Apontando, a partir de tal amplo âmbito de proteção, um “catálogo de posições jusfundamentais”, cfr. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. pp. 72-77.

11 UNRUH, Peter. *Religionsverfassungsrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015. p. 62.

Federal<sup>12</sup> – tende a manejar retoricamente o *topos* “conteúdo essencial”, referindo-o como uma espécie de “núcleo” abstrato violado em decorrência de fortes compressões no âmbito de proteção de um determinado direito fundamental. A sua utilização retórica tende a cumprir uma mera função argumentativa de reforço à adução de restrições desproporcionadas, razão pela qual tendem igualmente a derivar a desproporcionalidade das medidas restritivas diretamente da ideia de violação do “núcleo essencial” de um direito. Conquanto, poucas vezes, senão vez alguma, se intenta o apontamento do que viria a integrar tal “núcleo”<sup>13</sup>.

Na mesma linha retórica, vê-se que a ideia de conteúdo essencial fora igualmente assim manejada no âmbito do controle encetado por aquelas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, intentando-se, de forma meramente argumentativa, apontar (suposta) violação desproporcionada à liberdade de cultos, conquanto sem indicar, *in concreto*, o que viria a ser tal conteúdo essencial violado. Tal e qual, a decisão cautelar negativa proferida pelo Min. Rel. da ADPF 811 faz menção a um “núcleo essencial”, eximindo-se, porém, do ônus argumentativo voltado ao apontamento do que viria a integrá-lo, contentando-se, apenas, a negar a sua violação<sup>14</sup>.

Por razões óbvias, aqui não se perfaz *locus* adequado à discussão teórica acerca da natureza da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, bem como o que o integra. Porém, breves comentários no que tange à sua aplicação ao direito fundamental à liberdade religiosa devem ser feitos.

A fixação do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa apenas se torna possível<sup>15</sup> – e, portanto, distin-

12 Ver, dentre outros, ADI 3540-MC (2005), RE 387945 (2006), ADI 2425 (2018) e ADI 5935 (2020).

13 A título de exemplo, da petição inicial da ADPF 701 consta que “primeiramente, não se preservou o **núcleo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa**, considerando o embaraço a toda e qualquer atividade desempenhada, inclusive aquelas nas quais não há ajuntamento de pessoas” (negrito e itálico no original), sem, entretanto, de fato apontar o que viria a compor tal “núcleo essencial”.

14 ADPF 811-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 62, 05.04.2021: “Mesmo que se cogitasse que o Decreto impugnado nesta ADPF configura uma restrição no núcleo essencial do direito fundamental de liberdade religiosa, não há como examinar a constitucionalidade dessa restrição senão utilizando as balizas fixadas por este Supremo Tribunal Federal para a adoção de medidas sanitárias de combate à pandemia da COVID-19”.

15 SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. *Liberdade Religiosa: Direito Fundamental numa Sociedade Democrática*

to da proteção conferida pela proibição de excesso (princípio da proporcionalidade) – pelo fato de ser direito cuja estrutura implica uma cisão do seu âmbito de proteção em duas searas distintas com múltiplos feixes de pretensão jusfundamental, quais sejam, o *forum internum* e o *forum externum*. O direito fundamental à liberdade religiosa, como cediço, não se presta apenas a uma função de defesa de caráter meramente negativo, implicando, portanto, no aspecto de sua manifestação externa, unicamente em abstenção estatal. Antes, há na essência desse direito um espectro de autodeterminação individual vinculado à consciência como liberdade do espírito. Como bem sustenta SCHNEIDER, trata-se de direito cuja estrutura pode ser dividida em um âmbito de configuração pessoal-individual e outro de caráter social, direcionado à comunicação externa, permitindo-se, portanto, a identificação de um núcleo duro (conteúdo essencial) e de um conteúdo sujeito ao tráfego dos demais direitos, bens, valores e interesses<sup>16</sup>.

Em seu espectro interno (*forum internum*), o conteúdo do direito fundamental à liberdade religiosa está tão somente sujeito à autodeterminação da consciência individual, quedando-se, por óbvio, alheio a qualquer restrição e intervenção, razão pela qual se pode afirmar que a liberdade de consciência religiosa (positiva e negativa) integra aquilo que se pode afirmar como conteúdo intangível do direito, ou seja, o seu conteúdo essencial. Pelo fato de se sujeitar apenas à autodeterminação individual da consciência, e não implicar, subjetivamente, a prática de atos externos que necessitem ser balanceados frente aos demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais, o *forum internum* escapa à ponderação, exigindo, portanto, proteção absoluta.

De outra banda, o *forum externum*, por constituir espectro integrado por atos, ações, comportamentos e práticas manifestadas no mundo externo, vincula-se à proteção conferida pela proibição de excesso (princípio da proporcionalidade), visto

---

e *Pluralista*. 18.09.2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 18.09.2019. pp. 77-92.

16 SCHNEIDER, Ludwig. *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. pp. 229-230.



que carece de um processo de balanceamento voltado à harmonização para com os demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais. Assim, nesse âmbito (externo), pode-se afirmar que a proteção conferida pela garantia do conteúdo essencial se equivale ao próprio teste de proporcionalidade. Em suma, no que concerne à fixação do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, encontra-se o mesmo integrado pelos seguintes elementos: *a) o forum internum* como consciência religiosa intangível; *b) a autodeterminação doutrinária dos coletivos religiosos; e c) o dever de neutralidade dirigido ao Estado*<sup>17</sup>.

Isto posto, questiona-se: no que tange especificamente à liberdade de cultos, qual é a relevância da garantia do conteúdo essencial?

Para além de uma função de mero reforço retórico, nenhuma, pois não desempenha qualquer função protetiva autônoma, como se diferenciasse da proibição de excesso (proporcionalidade). Como já delineado, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em especial na fixação dos seus elementos integrantes no âmbito do direito fundamental à liberdade religiosa, só desempenha função protetiva autônoma – para além da proteção conferida pela proporcionalidade – no espectro interno (*forum internum*), posto ser intangível a proteção conferida à consciência religiosa (positiva e negativa). Em contrapartida, no que concerne ao espectro externo (*forum externum*), este necessariamente se submete ao balanceamento operado pela via da ponderação.

Desta feita, a liberdade de cultos, tal como já abordado, por constituir, em verdade, um espectro de ações inerentes à dimensão externa do direito fundamental à liberdade religiosa, entrando, desde o princípio, em inescusável comunicação para com demais direitos, bens, valores e interesses constitucionalmente protegidos, submete-se à possibilidade de restrições legitimadas pelo princípio da vedação de excesso (proporcionalidade), razão

17 Ainda, consigne-se que o apontamento da autodeterminação doutrinária das confissões e comunidades religiosas, bem como o dever de neutralidade estatal como integrantes do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa tem por razão a consideração da garantia pela dimensão institucional-subjetiva (no primeiro caso) e institucional-objetiva (no segundo), análise que foge às lindes do presente texto. Cfr., neste sentido, SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. *Liberdade Religiosa...*, op. cit. p. 92.



pela qual se tem por inviolável (não absoluta) a sua proteção, e não intangível (absoluta), tal qual o conteúdo essencial. A atividade cultural e/ou ritualística tem por objetivo a manifestação externa de convicções religiosas, não se restringindo à autodeterminação da consciência religiosa individual. Portanto, ao adentrar a seara da realidade fática, do mundo concreto, tais ações, atos, comportamentos e expressões de conteúdo religioso podem colidir com outros direitos, bens, valores e interesses igualmente dignos de proteção constitucional, exigindo-se, assim, a ponderação como metódica expressiva de concordância prática.

Nesses termos, arguir violação à liberdade de cultos como expressão de violação ao conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa carece de sentido teórico-dogmático e de sentido prático. No espectro externo da liberdade religiosa, do qual a liberdade de cultos é elemento material integrante, só há sentido perquirir a constitucionalidade de eventuais restrições pela perspectiva da vedação de excesso (proporcionalidade). Ainda que as decisões tomadas nas Arguições 701, 810 e 811 não tenham adentrado em considerações de fundo sobre o conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, e, quando muito, o tenham referido de forma retórica e sem apontar seus elementos integrantes e os possíveis efeitos de seu reconhecimento, releva aqui densificar a questão e apontar a ausência de sentido teórico e prático de sua discussão no que tange à liberdade de cultos (objeto daquelas Arguições).

### 3. ANÁLISE CRÍTICA: ADPF 701, 810 E 811

#### 3.1. Questões de cunho procedimental

Por mais que as questões procedimentais doravante apontadas não tenham conexão direta com a *vexata quaestio* subjacente às Arguições, a sua relevância para fins de segurança jurídica, em especial no âmbito da pacificação de questões jurídico-constitucionais no contexto da adjudicação do Supremo Tribunal Federal, exige breves apontamentos críticos.

### 3.1.1. Da (i)legitimidade ativa dos requerentes na ADPF 701 e 810

As decisões exaradas, pelos respectivos Relatores, na ADPF 701-MC e 810 demonstram evidente divergência, ao menos *in concreto e in casu*, no que concerne à compreensão de “entidade de classe de âmbito nacional” para os fins do art. 103, IX, CRFB/1988 e art. 2º, I, Lei 9.882/99.

De um lado, na ADPF 701-MC, mesmo reconhecendo a existência de jurisprudência do Tribunal em sentido contrário<sup>18</sup>, entendeu o Relator, por indispensável, operar uma espécie de *distinguishing*, em razão da relevância da matéria e com vistas à concretização do princípio do acesso à justiça, para admitir a parte requerente (ANAJURE – Associação Nacional de Juristas Evangélicos) como parte legítima a encetar o controle intentado. De outra banda, na ADPF 810, o Min. Rel., Gilmar Mendes, decidiu pela ilegitimidade da parte requerente (CNPB – Conselho Nacional de Pastores do Brasil) à luz da jurisprudência consolidada do Tribunal<sup>19</sup>.

De acordo com o Min. Rel. da ADPF 701-MC, o dito *distinguishing* se justificaria, dentre outras razões, pelo fato de a matéria subjacente ao intento de controle – a legitimidade constitucional das medidas restritivas à liberdade de cultos à luz da proteção do direito fundamental à liberdade religiosa – integrar o objeto da atividade exercida pela requerente. Entretanto, vê-se que, se de fato fosse lógico o argumento do Relator, o mesmo também deveria ter sido aplicado à ADPF 810, visto que a respectiva parte requerente (CNPB – Conselho Nacional de Pastores do Brasil) também tem por interesse a defesa de interesses decorrentes de convicção religiosa, algo que não aconteceria.

18 O Relator faz referência à decisão exarada na ADPF-AgR 703/BA, onde o Ministro Alexandre de Moraes, seguido integralmente pelos demais Ministros, entendeu ser a mesma parte requerente (ANAJURE - Associação Nacional de Juristas Evangélicos) ilegítima à luz do conceito constitucionalmente adequado de “entidade de classe de âmbito nacional”. De acordo com o julgado, a jurisprudência consolidada do Tribunal requer a comprovação de representatividade de classe profissional e/ou empresarial-econômica para fins de reconhecimento de entidade de classe legítima a encetar controle concentrado.

19 ADPF 810, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 62, 05.04.2021: “Coerente a esse marco, esta Corte encampa compreensão estrita de ‘entidade de classe’, reputando ilegítimas, para o manejo de ações diretas, associações cujo vínculo entre seus filiados não revele atividade econômico-profissional”.

De fato, cediço é que o requisito da representatividade de classe de natureza profissional e/ou econômica há muito está consolidado na jurisprudência do Tribunal<sup>20</sup>. Ademais, a razão sustentada pelo Min. Nunes Marques a justificar o suposto *distinguishing* não possui qualquer relevância autônoma, posto que, em verdade, diz tão somente respeito a outro requisito indispensável à legitimidade das entidades de classe, qual seja, a comprovação da pertinência temática<sup>21</sup>.

Ao que parece, de um lado, precisa o Tribunal, para fins de democratização e pluralidade no que concerne ao acesso à jurisdição constitucional, rever, à luz de situações como as tais, seu entendimento sobre “entidade de classe”, fixando balizas menos formais e critérios mais substanciais para a ampliação do espectro de legitimados. De outra banda, é imprescindível que o Tribunal, em especial no âmbito das decisões monocráticas exaradas por seus Ministros, incorpore balizas materiais mais sólidas a sustentar razões de *distinguishing* a evitar qualquer insegurança jurídica a exemplo da decisão cautelar na ADPF 701-MC.

### 3.1.2. Da conexão entre a ADPF 701, 810 e 811 a atrair prevenção

Na ADPF 810 e 811, ambos os requerentes pleitearam a sua respectiva distribuição, por prevenção, ao Min. Nunes Marques, Rel. da ADPF 701, pleitos estes que não foram acatados, tendo ambas as Arguições sido remetidas à Relatoria do Min. Gilmar Mendes. Quando do julgamento de mérito da ADPF 811, o Ministro Relator propôs questão de ordem a fim de consignar a inexistência de identidade parcial dos respectivos objetos daquelas Arguições, para assim afastar a incidência do art. 77-B do Regimento Interno do Tribunal<sup>22</sup> em termos de distribuição por prevenção. De acordo com o Min. Rel., tornava-se inviável reconhecer a coincidência de objetos daquelas ações pelo fato de que, inobstante a

20 Cfr., dentre outros, ADI 4770-AgR (2014), ADI 6103-AgR (2019).

21 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 1155-1156.

22 “Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos”.

ADPF 701 pretender vergastar atos executivos estaduais e municipais outros que impusessem semelhantes restrições, entendeu, escorreitamente, não ser possível abarcar o decreto do Estado de São Paulo contestado na ADPF 811 dada a sua edição ter se dado em longo período após o ajuizamento daquela.

Com razão, o Min. Rel. entendeu não ser viável a submissão a controle de constitucionalidade de “todo e qualquer ato normativo futuro”<sup>23</sup>, porém parece ter incidido em falha de compreensão ao não reconhecer a inescusável coincidência entre as questões constitucionais, mormente em termos de proteção à segurança jurídica e de concretização do papel institucional que ao Tribunal compete como “guarda da Constituição”.

Tratando-se de instrumental voltado a encetar controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tal e qual os demais expedientes (ADI, ADO e ADC), deve se prestar, como se sabe, à resolução e consolidação de questões jurídico-constitucionais de forma a garantir, em essência, a normatividade da ordem jurídico-constitucional no âmbito de sua própria sistematicidade e unidade. A verificação de eventual violação a “preceito fundamental” no bojo funcional da ADPF, ainda que surja de problemática *in concreto*, vincula-se, acima disso, à prioridade em sanar problemática *in abstracto* de legitimidade constitucional. Destarte, como acentua BERNARDES, o objetivo do controle abstrato “funda-se no interesse público objetivo de preservação da compatibilidade constitucional da ordem normativa vigente”<sup>24</sup>. *In casu*, a problemática subjacente às Arguições é a mesma, qual seja, a legitimidade constitucional de decretos executivos restritivos à liberdade de cultos, questão essa que, a despeito de engendrada *in concreto* e de ser indispensável o peso dos fatos para a realização de ponderações necessárias, a estes não se restringe.

Nessa linha, em especial para fins de concretização dos princípios da unidade da Constituição e da segurança jurídica,

23 ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, 08.04.2021.

24 BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 287.

tanto a ADPF 810 quanto a 811 deveriam ter sido distribuídas ao Min. Rel. da ADPF 701, dada a identidade da problemática de fundo. Pelo fato de o Tribunal não ter assim procedido, acabou por engendrar uma considerável situação de insegurança jurídica, mesmo que por um curto período de tempo, já que decididas de formas inteiramente contraditórias<sup>25</sup>. Poder-se-ia argumentar que, ainda que tivessem sido distribuídas por prevenção ao Min. Rel. da ADPF 701, poderiam, ainda assim, face às variáveis fáticas subjacentes, ter sido decididas de forma contrária, como o fez o Min. Gilmar Mendes. Entretanto, tal não é o que se depreende da decisão cautelar exarada pelo Min. Nunes Marques na ADPF 701-MC, ao deixar evidente que toda e qualquer medida que implique a proibição total de cultos religiosos presenciais não se justifica do ponto de vista jurídico-constitucional<sup>26</sup>.

## 3.2. Questões de fundo

### 3.2.1. Análise de proporcionalidade: adjudicação de generalidades

Sabe-se que toda e qualquer medida restritiva a direito fundamental se vincula, necessariamente, ao ônus da justificação de sua legitimidade constitucional, legitimidade esta que se verifica através da metódica da proporcionalidade. Inobstante a obviedade de tal axioma teórico-dogmático no âmbito dos direitos fundamentais, decisões judiciais ao longo de todo o país, em especial no contexto da práxis jurídico-constitucional do Su-

---

25 Faz-se relevante mencionar que o período de insegurança jurídica se estendeu, de fato, até o dia 15 de abril de 2021, quando o Ministro Relator da ADPF 701 revogou a liminar concedida. A despeito de, no dia 08 de abril, o Tribunal ter decidido, no julgamento de mérito da ADPF 811, pela constitucionalidade da medida restritiva vergastada naquela hipótese, a circunstância de insegurança jurídica, causando uma espécie de *chilling effect* ao Poder Público dos estados e municípios no que tange à constitucionalidade de medidas restritivas à realização de cultos e reuniões presenciais de cunho religioso, perdurou, *a priori*, até o alinhamento do entendimento do Min. Nunes Marques à compreensão majoritária do Tribunal com a revogação daquela liminar.

26 ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 62, 05.04.2021: “Há plausibilidade na tese sustentada pela autora, segundo a qual a **proibição total** da realização de cultos religiosos presenciais representa **uma extrapolação de poderes**, pois trata o serviço religioso como algo **supérfluo**, que pode ser suspenso pelo Estado, sem maiores problemas para o fiéis”. (negrito no original). Ainda, no mesmo sentido, “Assim, é de ser concedida a medida postulada na inicial, **inclusive para além dos participantes da presente demanda**, dada a natureza unitária da tese jurídico-constitucional e da necessidade de uniformidade de tratamento do tema em todo o território nacional”. (negrito no original)

premo Tribunal Federal, tendem a manejar o *topos* “proporcionalidade” de forma deveras genérica e inteiramente ametódica, limitando-se a afirmar a “razoabilidade” das restrições e a correção *in abstracto* de supostas ponderações. Ainda que a ponderação subjacente à aplicação da proporcionalidade implique a incidência de uma variante subjetiva, a sua legitimidade decorre tanto da racionalidade discursiva das razões de decisão, quanto da avaliação objetiva de circunstâncias de fato. Portanto, avaliar a legitimidade constitucional de medidas restritivas a direitos fundamentais à luz da proporcionalidade requer, tanto quanto possível, a demonstração de um itinerário lógico de balanceamento que aponte pesos e contrapesos, perspectivas jurídicas e fáticas, e dele consiga derivar um resultado discursivamente legítimo do ponto de vista jurídico-constitucional, exigência tal não cumprida, em maior ou menor medida, no âmbito do julgamento da ADPF 701-MC e ADPF 811.

Na decisão cautelar exarada pelo Min. Rel. na ADPF 701-MC, mesmo se tratando de cognição não exauriente, nenhuma operação de ponderação subjacente à aplicação da proporcionalidade foi delineada, limitando-se, tão somente, e sem apresentar razões de fundo, afirmar a existência de violação, *ipsis litteris*:

“Proibir pura e simplesmente o exercício de qualquer prática religiosa viola a razoabilidade e a proporcionalidade. Antes, é possível a harmonização da liberdade religiosa com medidas preventivas também reconhecidamente eficientes no combate à pandemia, como exigência de uso de máscaras, disponibilização de álcool em gel nas entradas dos estabelecimentos, aferição de temperatura, utilização do ambiente respeitando a ventilação adequada, sempre que possível com portas ou janelas abertas, bem como a observância de certo distanciamento social. **Tais parâmetros devem, assim, ser utilizados como balizas mínimas de segurança**”. (negrito e sublinhado no original). (ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 62, 05.04.2021).

Em momento algum da *ratio decidendi* apresentou o Min. Rel. as razões determinantes que conduzissem à desproporcio-

nalidade das medidas restritivas vergastadas na hipótese. Ao longo de sua decisão, o Min. Rel. parece deduzir a desproporcionalidade do suposto fato de as restrições desrespeitarem o caráter essencial do fator religioso. Assim, centrando-se em um argumento de “essencialidade” do exercício da liberdade de cultos, deduz a desproporcionalidade das medidas, sem, de fato, delinear qualquer operação de balanceamento que conduzisse, racionalmente, a tal resultado<sup>27</sup>.

No julgamento de mérito da ADPF 811, o voto do Min. Rel., seguido pela maioria do Tribunal, igualmente incorreu em generalidades no que tange à aplicação da proporcionalidade, em especial por duas razões. Primeiro, mesmo que elementos de fato tenham sido levados em consideração, notadamente no que tange às recomendações técnico-científicas das autoridades sanitárias, estas integram tão somente o âmbito das circunstâncias fáticas subjacentes à análise da adequação e necessidade das restrições a direitos fundamentais. Tal, por decerto, não afasta o exame dos elementos jurídicos voltados à verificação da proporcionalidade em sentido estrito, em especial a ponderação das pretensões jusfundamentais colidentes na hipótese, operação esta não delineada pelo Relator em seu voto.

Segundo, em seu voto, o Min. Rel. aponta três parâmetros de controle reconhecidos no âmbito teórico-dogmático estrangeiro, quais sejam, o controle de evidência, o controle de justificabilidade e o controle material de intensidade. Conquanto, apesar de aplicá-los em sede de reforço argumentativo e de controle, deixa de aplicá-los à problemática da restrição vergastada, limitando-se a considerar que a jurisprudência do Tribunal tem seguido tais parâmetros, *verbis*:

“Situando esses parâmetros doutrinários na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, percebo que as decisões desta Corte relativas ao controle de restrições a direitos fundamentais impostos para a proteção da saúde, de modo mais ou

---

27 ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 62, 05.04.2021: “Ao tratar o serviço religioso como não-essencial, Estados e municípios podem, por via indireta, **eliminar os cultos religiosos**, suprimindo aspecto absolutamente essencial da religião, que é a **realização de reuniões entre os fiéis para a celebração de seus ritos e crenças**”. (negrito no original).



menos expreso, a depender da situação, tem adotado perspectiva conforme à metodologia acima exposta”. (ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, 08.04.2021).

Caso fossem tais parâmetros aplicados à problemática, no controle de evidência, dever-se-ia questionar o grau de conexão meio-fim, à luz dos dados técnico-científicos disponíveis, entre a medida restritiva adotada (decreto executivo que promoveu a proibição da realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso) e o objetivo a ser atingido com a mesma (prevenção do aumento de contágio pelo novo coronavírus); no controle de justificabilidade, dever-se-ia perscrutar a objetividade das razões técnico-científicas apresentadas a suportar a restrição impingida; e no controle de intensidade, dever-se-ia perquirir, de forma propriamente dita, a proporcionalidade em sentido estrito da medida de restrição. De uma forma geral, trata-se, essencialmente, da aplicação da proporcionalidade à hipótese.

Em verdade, o parâmetro da vedação de excesso (princípio da proporcionalidade) não foi consubstancialmente delineado e aplicado, posto ter o Min. Rel. se limitado a discorrer sobre a adequação apriorística das evidências técnico-científicas à justificação da medida de restrição aposta. Porém, como bem ressalta BOROWSKI, aplicar o parâmetro de controle da vedação de excesso (*Übermaßverbot*) implica analisar a adequação/aptidão (*Geeignetheit*) da medida restritiva – a legitimidade meio-fim para com o objetivo intentado; a necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida – a existência de medida alternativa mais eficaz ou tão eficaz quanto, mas menos onerosa; e a sua proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) – a verificar o grau de proporcionalidade entre a satisfação/promoção de um direito em relação à compressão/restrrição de outro<sup>28</sup>.

Desta feita, as seguintes questões deveriam ter sido postas e respondidas: (i) no que tange à adequação, a proibição determinada pelos decretos vergastados seria, de fato, apta a promo-

28 BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 3ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018. pp. 254 e ss.



ver a redução significativa do número de novas infecções pelo novo coronavírus?; (ii) no que tange à necessidade, há, dentre os meios eficazes à contenção da propagação do novo coronavírus, medida menos onerosa à liberdade de cultos?; (iii) no que tange à proporcionalidade em sentido estrito, e portanto ao balanceamento entre os direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais imbricados na querela, é proporcional a relação entre a realização dos direitos à saúde e à vida, e a compressão do direito fundamental à liberdade religiosa no aspecto do exercício da liberdade de cultos?

Ainda, no intuito de responder tais questões, do ponto de vista jurídico-constitucional, dever-se-ia, igualmente, analisar a querela pelas perspectivas protetivas (dimensão positiva, prescricional e institucional) do direito fundamental à liberdade religiosa, e não somente pela dimensão problemática da realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso. Assim, através de um olhar jurídico-objetivo de possibilidades<sup>29</sup>, dever-se-ia ter questionado quais razões de proteção jusfundamental conduziram, possivelmente, à inconstitucionalidade daquelas medidas restritivas, algo que se deveria ter feito no contexto da faceta objetiva do direito fundamental à liberdade religiosa, por meio da qual surge esse direito como fonte genuína de um dever constitucional de proteção dirigido ao Estado, controle este não operado pelo Tribunal.

### 3.2.2. A vedação de insuficiência: o aspecto esquecido

Ladeando o controle da proporcionalidade de medidas restritivas a direitos fundamentais pelo parâmetro da vedação de excesso (*Übermaßverbot*), a dimensão protetiva dos direitos fundamentais, aquela da qual se pode derivar deveres estatais de proteção (*staatliche Schutzpflichten*), surge o controle da proporcionalidade a ser intentado pelo parâmetro da proibição/vedação de insufici-

<sup>29</sup> A dinâmica inerente ao Direito Constitucional deve sempre nos conduzir, tanto na teórica quanto na prática jurídica-constitucional, a um verdadeiro Direito Constitucional de possibilidades ou um Direito Constitucional do possibilismo. Cfr., nesse sentido, HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 1ª ed., 2ª reimp. Madrid: Tecnos, 2002. pp. 74 e ss.

ência (*Untermaßverbot*). Em essência, o significado da vedação de insuficiência pode ser vinculado, como pontua MAYER, a uma garantia de “padrão mínimo de proteção” (*Garantie des grundrechtlich geschützten Minimalstandards*) exigida nas hipóteses em que a proteção de um direito fundamental não se esgota na função de defesa expressa por pretensão de abstenção dirigida ao Estado<sup>30</sup>.

Por mais que de uma forma geral seja o direito fundamental à liberdade religiosa compreensivamente vinculado ao desempenho de uma função negativa de proteção, ou seja, exercendo uma genuína função de proteção na qual se exige uma abstenção por parte do Estado, perfaz-se inegável a existência de uma dimensão positiva voltada à promoção ativa do direito por parte do Estado, dever este de proteção que decorre de sua dimensão objetiva-institucional-prestacional<sup>31</sup>. Nesse sentido, PAGELS salienta que, para muitos indivíduos, a inexistência de condições materiais de concretização de sua liberdade é capaz de esvaziar seus direitos, tornando indispensável a atuação garantidora e promocional do Estado<sup>32</sup>.

Incorporando valor de inescusável relevância, o direito fundamental à liberdade religiosa diz respeito direto à proteção, promoção e satisfação da pedra angular do constitucionalismo democrático, a dignidade da pessoa humana. A autodeterminação da consciência religiosa e não religiosa se volta à autodeterminação do espírito. Portanto, ainda que limitado objetivamente pelo dever de neutralidade, não pode e não deve o Estado se restringir a um dever passivo de respeito, senão o compete assumir postura ativa para a sua proteção, desenvolvimento e promoção, razão pela qual se pode dele deduzir deveres estatais de proteção, controlando-se, portanto, eventuais medidas restritivas também sob o parâmetro da vedação de insuficiência.

---

30 MAYER, Matthias. *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtbereich*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. p. 65.

31 A título de exemplo, mesmo não constituindo um dever propriamente dito, veja-se a possibilidade de “colaboração de interesse público” nos termos do art. 19, I, CRFB/1988.

32 PAGELS, Carsten. *Schutz- und förderpflichtrechtliche Aspekte der Religionsfreiheit: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung eines speziellen Freiheitsrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999. p. 114.

*In casu*, conquanto mencionado no voto condutor do julgamento da ADPF 811, tal parâmetro dogmático de controle fora integralmente esquecido pelo Tribunal, *verbis*:

“Consectariamente, e utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). (...). Em casos como o presente, em que se alega que a proibição temporária à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo, promovida pelo Decreto n. 65.563/2021 do Estado de São Paulo, a tarefa que se impõe é a de saber se a medida não incorre na proibição de excesso”. (itálico no original). (ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, 08.04.2021).

Deliberadamente, parece ter o Tribunal olvidado da dimensão positiva-prestacional do direito fundamental à liberdade religiosa, exigindo-se, portanto, o controle acerca de eventual proteção insuficiente. Ainda que tal “imperativo de tutela” a que se refere o Min. Relator decorra, como geralmente aponta a doutrina, de circunstâncias de perigo engendradas por ameaça de terceiros – mormente, por particulares –, as razões anteriormente delineadas apontam para a relevância de sua consideração no âmbito do direito fundamental à liberdade religiosa.

Desta feita, e como adequadamente defende CANARIS no que tange à aplicação da estrutura da proporcionalidade ao controle da vedação de insuficiência (simetria das funções de vedação de excesso e vedação de insuficiência)<sup>33</sup>, as seguintes questões deveriam ter sido igualmente postas e resolvidas: (i) em termos de adequação, dentre as formas de proteção à liberdade de cultos, adotou o Poder Público a mais apta à realização do direito?; (ii) em termos de suficiência, dentre as formas de proteção à liberdade de cultos, adotou o Poder Público a medida suficiente à satisfação da proteção necessária?; (iii) em termos de proporcionalidade em sentido estrito, é proporcional a

33 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012. p. 70.

relação de proteção entre as medidas adotadas para a satisfação da liberdade de cultos em comparação com as adotadas para a satisfação do direito à saúde e à vida?<sup>34</sup>

Em termos mais concretos, deveria o Tribunal ter questionado se as medidas restritivas vergastadas ainda assim permitiam a promoção da liberdade de cultos (e de um ponto de vista mais amplo, do próprio direito à liberdade religiosa) ou se nenhuma parcela desta se quedava exercitável após a respectiva compressão. Questão relevante, dentre outras, seria, por exemplo, se a toda e qualquer confissão ou comunidade religiosa seria possível, dada a necessidade de meios materiais para tanto, a realização de cultos religiosos na modalidade on-line, o que decerto envolveria a problemática da igualdade; e até que ponto a capacidade financeira de coletivos religiosos, dada a dependência da doação por parte dos fiéis nos cultos, seria afetada em razão da vedação da realização de cultos e reuniões presenciais.

Vê-se, aqui, portanto, um relevante aspecto teórico-dogmático olvidado.

### 3.2.3. Laicidade estatal: por quê?

O argumento de violação à laicidade estatal foi manejado nas razões oferecidas pelos requerentes das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 701, 810 e 811, pelo qual sustentaram que os decretos executivos que proibiram temporariamente a realização de cultos e reuniões de caráter religioso na modalidade presencial promoveram a indevida intervenção do Estado em assuntos de cunho religioso.

Nesse ponto, há que se questionar: é, de fato, o argumento da laicidade estatal relevante para o equacionamento da problemática constitucional posta? Em simples resposta, não.

Tal qual cediço, e de um ponto de vista formal, a laicidade estatal implica numa “parede de separação” (*wall of se-*

---

34 Sobre a aplicação da proporcionalidade pela perspectiva do parâmetro da vedação de insuficiência, cfr. MAYER, Matthias. *Untermaß, Übermaß...*, op. cit. pp. 154-155.

paration)<sup>35</sup> entre Estado e Religião. Aliás, essa é a concepção albergada pela Constituição de 1988 (art. 19, I), na esteira da cláusula de estabelecimento (*establishment clause*) constante da 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Entretanto, tal não implica em uma vedação ao Estado no que tange à regulação do fenômeno religioso, mormente naquilo que concerne à necessidade de compatibilização para com os demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais. Para tanto, o art. 5º, VI, CRFB/1988 é manifesto ao submeter o exercício da liberdade de cultos à reserva legal (*lato sensu*), justamente para possibilitar ao Poder Público a sua adequada, necessária e proporcional, em sentido estrito, harmonização no contexto do tráfego jurídico-constitucional de direitos, bens, valores e interesses.

No que tange à problemática constitucional posta a controle no âmbito daquelas Arguições, as medidas restritivas vergastadas – tenham sido proporcionais ou não – representam produtos de operação de balanceamento de pretensões jusfundamentais conflitantes, quais sejam, de um lado, o direito à saúde e o direito à vida, e de outro, o direito fundamental à liberdade religiosa no aspecto do exercício da liberdade de cultos. A proibição temporária, por parte do Poder Público, quanto à realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso não implica, à guisa do art. 19, I, CRFB/1988, em embaraço, subvenção e/ou manutenção de relação de dependência ou aliança para com as confissões, comunidades e coletivos religiosos.

A título meramente argumentativo, bastar-se-ia aplicar o parâmetro trifásico de controle do *Lemon Test*<sup>36</sup>, desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, para se verificar a ausência de violação à cláusula de estabelecimento, senão vejamos: (i) carecem as medidas restritivas de caráter secular?; (ii) possuem aquelas medidas restritivas o objetivo de en-

35 KRAMNICK Isaac; MORRE, R. Laurence. *The Godless Constitution: a moral defense of the secular state*. New York: W. W. Norton & Company, 2005. pp. 88 e ss.

36 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). Cfr., nesse sentido, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa...*, op. cit. pp. 315 e ss.

dosso a alguma religião?; (iii) promovem aquelas medidas um envolvimento excessivo entre Estado e Religião?

Decerto que a todos os questionamentos acima impende a resposta negativa: (i) nenhuma das medidas restritivas tinha por subjacente um caráter religioso; (ii) nenhuma das medidas restritivas promoveu, do ponto de vista formal ou substancial, determinada confissão, movimento ou comunidade religiosa; (iii) nenhuma das medidas restritivas promoveu o envolvimento substantivo entre Estado e Religião. Pelo contrário, todas as medidas buscavam um objetivo inteiramente secular, qual seja, a proteção do direito à saúde e do direito à vida, proibindo, para tanto, temporariamente, a realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso sem que houvesse qualquer distinção nominal.

Dessarte, carece de qualquer sentido o argumento da laicidade na problemática constitucional em questão.

#### 4. APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

À guisa de apontamentos de fecho, e à luz das razões expostas, apresentam-se as seguintes ilações:

(i) A liberdade de cultos, por se tratar de aspecto jusfundamental inerente à dimensão externa (*forum externum*) do direito fundamental à liberdade religiosa, se encontra sujeita ao livre tráfego de direitos, valores, bens e interesses protegidos ao nível jurídico-constitucional, carecendo, portanto, de balanceamento (ponderação) para fins de harmonização, daí sendo possível a oposição de restrições pelo Poder Público;

(ii) Uma vez integrada ao fluxo dinâmico de ponderação para fins de concordância prática, não foge a liberdade de cultos à proteção relativa ofertada pela proporcionalidade, mormente através da aplicação do parâmetro da vedação de excesso. Nesses termos, não há que se falar em proteção a um “núcleo” essencial (garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais), razão pela qual carece de qualquer sentido a sua discussão;

(iii) Do ponto de vista procedimental, a exemplo da insegurança jurídica engendrada pela divergência na compreensão do conceito de “entidade de classe” e de “associação” para fins de legitimidade a encetar controle concentrado perante o Tribunal, bem como naquilo que concerne ao reconhecimento das condições para o manejo da distribuição por prevenção a concretizar a compatibilidade da jurisdição do Tribunal à unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico-constitucional, torna-se indispensável ao Supremo Tribunal Federal rever a sua jurisprudência a fim de assentar balizas formais e materiais mais sólidas a evitar desvios de racionalidade capazes de drenar a sua própria legitimidade e de suas decisões;

(iv) Em termos de aplicação da proporcionalidade, impende ao Tribunal o ônus de consubstanciação da concreta racionalidade que àquela operação deve subjazer. Em especial, no âmbito da ADPF 701 e da ADPF 811, limitou-se o Tribunal a um mero apontamento de generalidades. Ainda, deslocou a força do controle de legitimação integralmente para o aspecto das circunstâncias de fato, olvidando a imperiosidade quanto ao delineamento das operações concretas de balanceamento entre as pretensões jusfundamentais imbricadas na hipótese;

(v) Para além do controle de excesso, olvidou igualmente o Tribunal em perquirir a proporcionalidade pelo parâmetro da vedação de insuficiência. A liberdade de cultos integra um *cluster right* (direito fundamental à liberdade religiosa) de pretensões cuja proteção não se esgota numa função estatal de abstenção, senão exige uma atuação de caráter prestacional para fins de sua promoção, desenvolvimento e proteção. Como um aspecto esquecido, o Tribunal deveria ter questionado até que ponto medidas de restrição à liberdade de cultos, tais como as vergastadas, ainda permitiam uma proteção constitucionalmente suficiente do direito fundamental à liberdade religiosa;

(vi) Por último, tal e qual a questão da garantia do conteúdo essencial, o argumento da laicidade estatal carece de qualquer sentido na problemática constitucional posta. Regular o fenômeno re-

ligioso para fins de promover a sua acomodação no dinâmico tráfego de direito, valores, bens e interesses jurídico-constitucionais, em especial no contexto de colisão para com os direitos à saúde e à vida, não implica em qualquer ato estatal de promoção, endosso ou embaraço a comunidades, confissões e coletivos religiosos.

## REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 3<sup>a</sup> ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3<sup>a</sup> reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 1<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> reimp. Madrid: Tecnos, 2002.

KRAMNICK Isaac; MORRE, R. Laurence. *The Godless Constitution: a moral defense of the secular state*. New York: W. W. Norton & Company, 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MAYER, Matthias. *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtbereich*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005.

PAGELS, Carsten. *Schutz- und förderpflichtrechtliche Aspekte der Religionsfreiheit: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung eines speziellen Freiheitsrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



SCHNEIDER, Ludwig. *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. *Liberdade Religiosa: Direito Fundamental numa Sociedade Democrática e Pluralista*. 18.09.2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 18.09.2019.

UNRUH, Peter. *Religionsverfassungsrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.