EDIÇÃO DE HOMENAGEM

17 ANOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

MINISTRO

RICARDO LEWANDOWSKI

BRASÍLIA, 2023

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Secretaria-Geral da Presidência
Estêvão André Cardoso Waterloo

Gabinete da Presidência
Paula Pessoa Pereira

Secretaria do Tribunal
Miguel Ricardo de Oliveira Piazzi

Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação
Ana Paula Alencar Oliveira
(secretária substituta)

Coordenadoria de Difusão da Informação
Flávia Trigueiro Mendes Patriota

Consolidação do conteúdo
Gustavo Machado Milhomem
Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha
Priscila Heringer Cerqueira Pooter
Soraia de Almeida Miranda
Thiago Gontijo Vieira

Revisão de provas editoriais
Márcia Gutierrez A. Bemerguy
Juliana Silva Pereira de Souza
Rosa Cecilia Freire da Rocha

Produção editorial
Lilian Januzzi Vilas Boas
David Duarte Amaral

Capa
Ana Carolina Caetano
Camila Penha Soares

Projeto gráfico e diagramação
Ana Carolina Caetano
Camila Penha Soares

Fotografia
Carlos Moura
Fellipe Sampaio

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).
Ministro Ricardo Lewandowski : edição de homenagem 17 anos de jurisdição constitucional / Supremo Tribunal Federal. – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.
358 p. : il., fots.

Disponível também em formato eletrônico:<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalEdicaoHomenagem/anexo/xxx.pdf>.
ISBN : 978-65-87125-84-8.

1. Ministro de tribunal supremo, homenagem. 2. Ministro de tribunal supremo, aposentadoria. 3. Lewandowski, Enrique Ricardo, 1948-. I. Título.

CDDir 341.4191

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PLENÁRIO

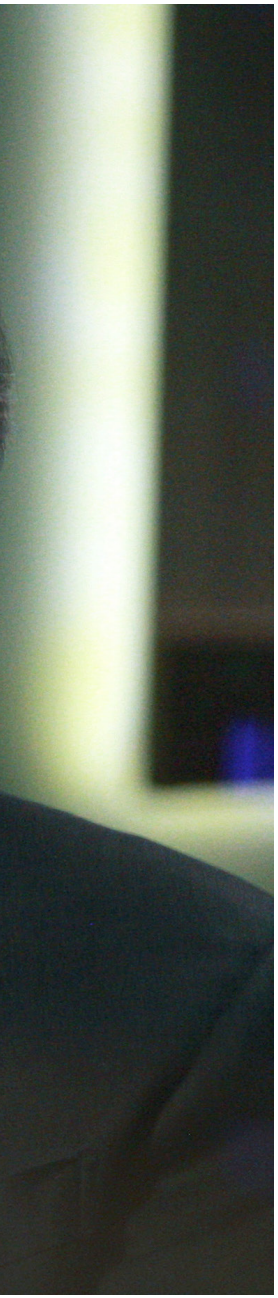
Ministra **Rosa Weber** – Presidente
Ministro **Roberto Barroso** – Vice-Presidente
Ministro **Gilmar Mendes** – Decano
Ministro **Ricardo Lewandowski**
Ministra **Cármen Lúcia**
Ministro **Dias Toffoli**
Ministro **Luiz Fux**
Ministro **Edson Fachin**
Ministro **Alexandre de Moraes**
Ministro **Nunes Marques**
Ministro **André Mendonça**

PRIMEIRA TURMA

Ministro **Roberto Barroso** – Presidente
Ministra **Cármen Lúcia**
Ministro **Dias Toffoli**
Ministro **Luiz Fux**
Ministro **Alexandre de Moraes**

SEGUNDA TURMA

Ministro **André Mendonça** – Presidente
Ministro **Gilmar Mendes**
Ministro **Ricardo Lewandowski**
Ministro **Edson Fachin**
Ministro **Nunes Marques**



APRESENTAÇÃO

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: ARTÍFICE DE UM JUDICIÁRIO FORTE, UNIDO E PRESTIGIADO, A SERVIÇO DE UMA SOCIEDADE MAIS LIVRE, MAIS JUSTA E MAIS SOLIDÁRIA.

Esta obra consubstancia breve retrospectiva da brilhante trajetória de Enrique Ricardo Lewandowski na Suprema Corte do Brasil, no exercício da jurisdição constitucional, reconhecidamente trilhada à luz da afirmação das liberdades e dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis e qualificada pela defesa institucional do Poder Judiciário contra todos os tipos de atos e movimentos arbitrários e intolerantes em relação ao papel desta Corte Constitucional na proteção da democracia.

Nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal em 2006, tomou posse no dia 16 de março, em sessão solene presidida pelo Ministro Nelson Jobim. Tornou-se Vice-Presidente da Suprema Corte em 22.11.2012 e **foi empossado na Presidência da Casa em 10.9.2014**, em exercício simultâneo com a **Presidência do Conselho Nacional de Justiça no biênio 2014-2016**.

No âmbito dos órgãos fracionários desta Casa, integrou a 1ª Turma a partir da 6ª Sessão Ordinária de 21.3.2006, tendo sido eleito seu Presidente na 37ª Sessão Ordinária de 15.12.2009, para o ano de 2010. A partir da 25ª Sessão Ordinária de 23.8.2011, passou a integrar a 2ª Turma, após transferência. Foi eleito Presidente da 2ª Turma na 11ª Sessão Ordinária de 24.4.2012, tendo-a presidido a partir da sessão seguinte, em 08.5.2012, pelo prazo regimental. Após o período de Presidência da Suprema Corte, o Ministro retornou à 2ª Turma na 26ª Sessão Ordinária de 13.9.2016. Novamente eleito seu Presidente na 16ª Sessão Ordinária de 05.6.2018, presidiu a 2ª Turma a partir da sessão seguinte, em 12.06.2018, até a 16ª Sessão Ordinária do ano subsequente.

Em 2014, quando presidia a Suprema Corte, Lewandowski exerceu interinamente a Presidência da República – de 15 a 17 de setembro – e, também enquanto Presidente do

Supremo Tribunal Federal, conduziu o processo de *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff. No plano internacional, foi alvo de altas honrarias: presidiu a Conferência Mundial de Justiça Constitucional, a Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa e a subcomissão para a América Latina da Comissão de Veneza.

Durante a sua gestão como **Presidente do Supremo Tribunal Federal**, Ricardo Lewandowski adotou como metas medidas voltadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e à garantia da maior celeridade e transparência na tramitação dos processos. Como **Presidente do Conselho Nacional de Justiça**, deu especial atenção à implementação das audiências de custódia em todo o país e à apresentação desse programa na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em Washington/EUA. Dignos ainda de nota a fixação periódica de metas, o Sistema Eletrônico de Execução Unificada, a expansão do processo eletrônico, a informatização das atividades e a transparência dada às atividades dos magistrados em ambiente acadêmico.

Investido paralelamente no cargo de **Ministro do Tribunal Superior Eleitoral (2006 a 2012)**, Lewandowski ocupou a **Presidência** do Tribunal da Democracia no biênio 2010-2012, ocasião em que coordenou as eleições gerais de 2010, nas quais defendeu a constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010).

Nosso Ministro Ricardo Lewandowski exerce **o magistério superior há mais de 40 anos**. Atualmente, **é professor titular de Teoria do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Sólida sua **formação acadêmica**, como atesta a extensa titulação que ostenta: bacharel em Ciências Políticas e Sociais pela Escola de Sociologia e Política de São Paulo, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, além de *Master of Arts* em Relações Internacionais junto à *Tufts University* em cooperação com a *Harvard University* e de Professor Titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da USP. Detém ainda o título de Doutor *honoris causa* pela Universidade do Estado do Amazonas, pela Universidade do Estado de Roraima, pela Faculdade Católica de Rondônia, pela Universidade São Francisco de Bragança Paulista/SP, pela Universidade de Vila Velha/ES, e pela Universidade de Taubaté/SP. E, ao longo de sua vida acadêmica, é extensa a lista, e multifacetado o conteúdo, de livros, capítulos de livros, artigos de periódicos e de jornais, conferências e palestras, além de orientações acadêmicas em pós-graduação.

Antes de chegar à mais alta Corte do País, Lewandowski integrou, como Juiz, o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo – ingresso pelo quinto constitucional da classe dos advogados –, de 1990 a 1997, quando promovido por merecimento a Desembargador do Tribunal de Justiça paulista, com atuação, sucessivamente, na Seção de Direito Privado, na Seção de Direito Público e no Órgão Especial (1997 a 2006). Na vida associativa, foi Vice-Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (1993 a 1995). Igualmente substancial a trajetória profissional no período anterior ao ingresso na magistratura. Militou na advocacia entre 1974 e 1990, tendo sido Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Secção de São Paulo, de 1989 a 1990. Ocupou os cargos de Secretário de Governo e de Assuntos Jurídicos de São Bernardo do Campo, de 1984 a 1988, e de Presidente da Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo (Emplasa), de 1989 a 1990, e participou, como Consultor Jurídico, do Grupo Pró-Constituinte da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo encarregado da formulação do anteprojeto da Constituição Estadual, bem como da elaboração das Leis Orgânicas e legislação complementar dos Municípios de Araraquara, Guarulhos, São José do Rio Preto e São Bernardo do Campo, todos no Estado de São Paulo.

Nesses dezessete anos de atuação na Suprema Corte, Ricardo Lewandowski contribuiu de modo inestimável para a evolução, em nossa realidade, dos ideais proclamados em seu discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, somando esforços na contínua atribuição de efetividade à Constituição de 1988, ao conferir a devida supremacia às normas constitucionais, cuja resultante deságua no incremento da justiça e da igualdade sociais, de que tanto carece nosso povo. Disse naquela oportunidade:

> "Nós também temos um sonho: o sonho de ver um Judiciário forte, unido e prestigiado, que possa ocupar o lugar que merece no cenário social e político deste País.
>
> Um Judiciário que esteja à altura de seus valorosos integrantes, e que possa colaborar efetivamente na construção de uma sociedade mais livre, mais justa e mais solidária, como determina a Constituição da República, a qual todos os magistrados brasileiros, de forma uníssona, juraram respeitar e defender."

Quase proféticos os anseios de Lewandowski, à luz dos acontecimentos recentes que culminaram no **dia da infâmia – o último 8 de janeiro de 2023**. Está hoje a se despedir de um Supremo Tribunal Federal que, mais uma vez em sua longa história, mostrou toda a sua resiliência frente aos ignóbeis ataques sofridos. Diante deles, não me canso de dizer que do ultraje só poderia resultar, como resultou, o **enaltecimento da dignidade da Justiça e o fortalecimento do valor insubstituível do princípio democrático** – jamais o aviltamento do Poder Judiciário.

A exemplificar a importância da atuação judicante do Ministro Lewandowski no Supremo Tribunal Federal, foram selecionadas para compor a presente obra dezessete decisões, entre inúmeros outros julgados de sua relatoria igualmente merecedores de destaque.

A **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.969**, em que se discutiu a liberdade de manifestação na Praça dos Três Poderes, em Brasília/DF. Nessa assentada, declarou-se a inconstitucionalidade de um decreto distrital que proibia a realização de manifestação pública, uma vez que a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, como fundamento das modernas democracias políticas. Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski citou o pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence, então decano da Corte, por ocasião da concessão da liminar: "daí a rombuda inconstitucionalidade que não tenho cerimônia de proclamar logo neste juízo preliminar, de um decreto na Cidade Moderna (Brasília) e numa das cidades de maiores espaços urbanos do mundo, com vistas a uma praça projetada na esperança de que um dia o povo a enchesse, a reunião fosse permitida, desde que, porém, silenciosa".

A paradigmática ordem concedida no ***Habeas Corpus* coletivo 143.641** em favor de todas as mulheres presas gestantes, puérperas e mães de crianças até 12 anos ou responsáveis pelos cuidados de pessoas com deficiência. Além de garantir o direito de as crianças não nascerem na prisão e de serem acompanhadas por suas mães durante a infância, foi a primeira vez em que um *habeas corpus* coletivo foi aceito no Supremo Tribunal Federal. Segundo Lewandowski, a situação degradante nas penitenciárias brasileiras já havia sido discutida pelo Supremo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Ao apontar uma gravíssima deficiência estrutural no sistema prisional do país, especialmente para a mulher presa, o Plenário reconheceu o estado de coisas inconstitucional nessa área. Em seu voto, o relator afirmou que as mulheres estão efetivamente sujeitas a situações degradantes na prisão, em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto e de berçários e creches para as crianças. Essa falha estrutural no sistema prisional, a seu ver, agrava a "cultura do encarceramento" vigente no país, que se manifesta "pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis".

A **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**, processo sobre cotas raciais no ensino público. No julgamento dessa ação, o Plenário do STF entendeu que "não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material" a possibilidade de o Estado lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, e de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes

certas vantagens, por tempo limitado, "de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares". Em seu voto, destacou Lewandowski o entendimento de que "cada universidade deve realmente ser prestigiada no que concerne ao estabelecimento desses critérios".

A **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 738**, em que determinada a divisão proporcional de recursos eleitorais para candidatos negros, em liminar referendada pelo Plenário. Ao entendimento de que a obrigação dos partidos políticos de tratar equitativamente os candidatos decorre do dever de resguardar o regime democrático e os direitos fundamentais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor ou idade, assim assentou Lewandowski: "para mim, não há nenhuma dúvida de que políticas públicas tendentes a incentivar a apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos, nas disputas eleitorais que se travam em nosso País, prestam homenagem aos valores constitucionais da cidadania e da dignidade humana, bem como à exortação, abrigada no preâmbulo do texto magno, de construirmos, todos, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, livre de quaisquer formas de discriminação".

De igual modo sobre a temática eleitoral, a **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.230**, em cujo exame fixado o entendimento de que os partidos políticos têm autonomia para estabelecer a duração dos mandatos de seus dirigentes, desde que assegurada a alternância de poder por meio de eleições periódicas, e invalidado dispositivo da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995) que permitia o prazo de vigência de até oito anos dos órgãos provisórios de agremiações.

O **Recurso Extraordinário 579.951**, em que decidido que a contratação de parentes de autoridades para o exercício de cargos públicos viola a Constituição Federal. Os debates travados nesse julgamento fundamentaram a edição da Súmula Vinculante 13, que veda o nepotismo – prática ilegal de favorecer parentes com cargos na administração pública.

Outro processo de ampla repercussão foi o **Recurso Extraordinário 592.581**, que tratou do reconhecimento da competência do Judiciário para determinar reformas em presídios, a fim de garantir a incolumidade física e moral dos detentos.

O julgamento do **Recurso Extraordinário 1.237.867**, no qual reconhecida a possibilidade de redução da jornada de trabalho de servidor público estadual ou municipal que tenha filho ou dependente com deficiência, por aplicação do art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990. Nesse recurso extraordinário, defendida a

legitimidade da aplicação da lei federal aos servidores de Estados e Municípios, diante do princípio da igualdade substancial, previsto na Constituição Federal e na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, não servindo a ausência de legislação infraconstitucional para justificar o descumprimento de garantias constitucionais, sobretudo quando envolvam o princípio da dignidade humana, o direito à saúde, o melhor interesse das crianças e as regras e diretrizes previstas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Já na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 165**, com significativo impacto econômico, foram homologados acordos entre poupadores e instituições financeiras para a correção monetária das perdas inflacionárias decorrentes dos planos econômicos nas décadas de 1980 e 1990. O tema envolveu o pagamento de cerca de R$ 12 bilhões aos autores de mais de 600 mil ações judiciais que pediam a reparação dos prejuízos sofridos. Lewandowski destacou a importância da homologação do acordo pelo STF, haja vista a possiblidade de solução de disputas de massa em processos coletivos, dentro do contexto contemporâneo de disseminação de disputas repetitivas, que têm por fundamento questões relacionadas a políticas públicas e regulatórias. Destacou, ainda, a relevância da decisão não somente pela escala do caso – considerado a maior disputa repetitiva da história do país, entre 600 mil e 800 mil ações sobre o tema –, como também por seu impacto no sistema jurídico. "A decisão do STF assume um caráter de marco histórico na configuração do processo coletivo brasileiro. [...] Ao decidir esse acordo, esta Casa estabelecerá parâmetros para inúmeros casos análogos, passados, presentes e futuros que se apresentam e apresentarão perante juízes, que o tomarão como referência ao referendar acordos coletivos", afirmou Lewandowski, o que garantirá maior previsibilidade ao processo coletivo e o fortalecerá, assim como reforçará o ideal de acesso à Justiça.

Durante a pandemia do novo coronavírus, questionando a inércia do Poder Executivo no combate à Covid-19, destaca-se a **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586**, na qual decidido ser possível a vacinação obrigatória, mediante imposição de restrições civis, a exemplo de multas e do impedimento de frequentar determinados lugares, sem, contudo, autorizar a imunização à força.

Sobre a atuação dos entes federativos, a **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.362**, em cuja decisão assentado que todas as requisições administrativas de bens e serviços realizadas por Estados, Municípios e Distrito Federal para o combate ao coronavírus não dependiam de prévia análise nem de autorização do Ministério da Saúde, desde que fundamentadas em evidências científicas e devidamente motivadas.

Na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 770**, a decisão de que Estados e Distrito Federal são autorizados a importar vacinas e adotar seus respectivos planos de imunização.

No **julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 754 TPI-segunda-Ref**, o referendo, pelo Plenário, da liminar concedida por Lewandowski determinando ao governo federal a divulgação da ordem de preferência de vacinação contra a Covid-19 entre os grupos prioritários, com base em critérios técnico-científicos, bem como, nessa mesma ADPF, ao exame da TPI-décima sexta-Ref, a decisão liminar pela qual proibida a utilização do canal de denúncias "Disque 100", do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), fora de suas finalidades institucionais, impedindo até mesmo ações de estímulo ao oferecimento de queixas relacionadas à exigência do comprovante de vacinação contra a Covid-19.

O restabelecimento da autoridade do Supremo Tribunal Federal no que tange ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, por meio da decisão pela procedência da **Reclamação 32.035**, em que reconhecido o direito de jornalista – reafirmando, assim, o princípio da liberdade de imprensa – a entrevistar ex-Presidente da República, então preso, desde que com o consentimento do custodiado.

Na **Petição 7.265**, o indeferimento do pedido da Procuradoria-Geral da República de homologação de acordo de colaboração premiada, para possibilitar "a investigação e futuras ações penais por crimes praticados contra a administração pública, a ordem tributária, lavagem e ocultação de bens, direitos ou valores e organização criminosa [...]", por ausência dos requisitos legais necessários, com base no art. 4º, § 8º, da Lei 12.850/2013. Ressaltou Lewandowski, em tal decisão, "que não é lícito às partes contratantes fixar, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador", tendo complementado que "o Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado".

A concessão de ofício do ***Habeas Corpus* 135.564** por Lewandowski, no exercício da Presidência desta Corte, para revogar o decreto de prisão preventiva mantida apenas com base na gravidade em abstrato do crime de tráfico de drogas. Considerando que a paciente tinha um filho de 4 anos com deficiência, necessitado de acompanhamento médico contínuo, destacam-se na decisão a aplicabilidade das Regras de Bangkok e a importância da análise de cada caso concreto. Explicita, ainda, que "mulheres em situação

de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e outros fatores, como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta nas condições de encarceramento a que estão submetidas. Nesse sentido, o principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas regras propõem um olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário".

Essa brevíssima compilação de julgados representa mero esboço da contribuição do Ministro Ricardo Lewandowski ao Supremo Tribunal Federal e de suas notáveis qualidades de magistrado, cuja atuação continuará a servir como exemplo de compromisso com a Justiça brasileira. Em suas palavras, proferidas por ocasião da comemoração dos seus 15 anos de judicatura constitucional, na Sessão Ordinária da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal realizada em 16 de março de 2021:

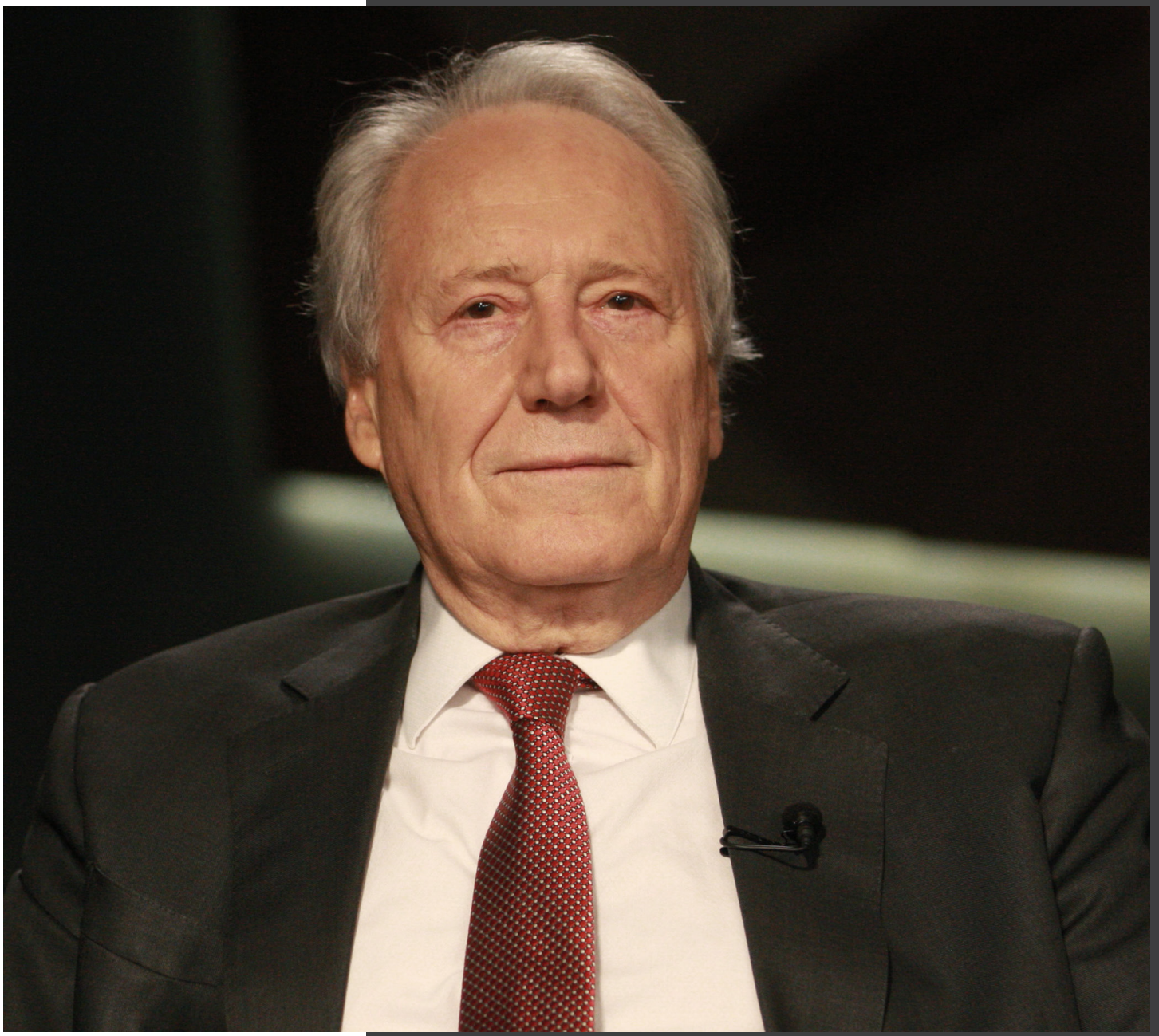
> "Queria dizer, de coração aberto, que, ao longo de minha vida profissional e pessoal, principalmente, tenho procurado me manter fiel a valores, princípios e, sobretudo, a uma visão de mundo que tem como norte a inclusão de todas as pessoas em concerto social mais amplo, indo até ao planetário, para que possam usufruir dos bens e valores desse mundo maravilhoso.
>
> [...] com muita humildade, também tenho procurado me manter fiel ao juramento que prestei, lá atrás, há trinta anos, quando ingressei no Tribunal de Alçada Criminal, e reiteradamente repeti ao longo dos cargos que assumi, sobretudo quando ingressei nesta colenda Suprema Corte, de cumprir fielmente a Constituição e as leis, especialmente no que diz respeito à defesa intransigente dos direitos e garantias fundamentais.
>
> [...] acredito que combati o bom combate, como disse São Paulo Apóstolo. Ainda não terminei a carreira – terminarei um dia –, mas tenho a certeza de que guardei a fé. Esse é o compromisso que quero exteriorizar, não apenas com os integrantes do Supremo Tribunal Federal e os jurisdicionados em geral, mas especialmente com as pessoas próximas a mim: manterei essa minha posição, particularmente essa fé inquebrantável na dignidade da pessoa humana."

Ao encerrar, peço licença para me dirigir diretamente ao eminente homenageado: Ministro Ricardo Lewandowski, estou certa de que o seu legado se traduz na resposta inequivocamente afirmativa aos questionamentos contidos no poema "If", de Rudyard Kipling – presente de aniversário de seu saudoso pai, emoldurado em um quadro –, cujos versos, rememoro, Vossa Excelência, na cerimônia de aposição do seu retrato na galeria de ex-Presidentes desta Casa, assentou iluminarem particularmente sua "*trajetória de magistrado da Suprema Corte*"!

Brasília, 11 de abril de 2023.

Ministra **ROSA WEBER**

Presidente do Supremo Tribunal Federal



SUMÁRIO

1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.969 – DISTRITO FEDERAL **18**

2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951 – RIO GRANDE DO NORTE **26**

3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 – DISTRITO FEDERAL **40**

4 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 – RIO GRANDE DO SUL **82**

5 *HABEAS CORPUS* 135.564 – RIO GRANDE DO SUL **124**

6 PETIÇÃO 7.265 – DISTRITO FEDERAL **132**

7 RECLAMAÇÃO 32.035 – PARANÁ **154**

8 *HABEAS CORPUS* 143.641 – SÃO PAULO **162**

9 ACORDO NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 165 – DISTRITO FEDERAL **194**

10 REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 738 – DISTRITO FEDERAL **208**

11 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.362 – DISTRITO FEDERAL **220**

12 REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 770 – DISTRITO FEDERAL **240**

13 REFERENDO SEGUNDA EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 754 – DISTRITO FEDERAL **250**

14 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.586 – DISTRITO FEDERAL E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.587 – DISTRITO FEDERAL **260**

15 REFERENDO DÉCIMA SEXTA EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 754 – DISTRITO FEDERAL **290**

16 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.230 – DISTRITO FEDERAL **324**

17 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.237.867 – SÃO PAULO **354**

1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.969 – DISTRITO FEDERAL

Inconstitucionalidade de decreto distrital que proibia a liberdade de manifestação na Esplanada dos Ministérios, na Praça dos Três Poderes e no Palácio do Buriti. [**ADI 1.969/ DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 31-8-2007.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Partido dos Trabalhadores (PT)
Advogados: Alberto Moreira Rodrigues e outro (a/s)
Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag)
Advogados: Maria José Souza Soares e outro (a/s)
Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE)
Requerente: Central Única dos Trabalhadores
Advogados: Alberto Moreira Rodrigues e outro (a/s)
Requerido: Governador do Distrito Federal

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas.
II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição *(Wille zur Verfassung)*.
III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Preliminarmente, verifico que o primeiro autor, Partido dos Trabalhadores (PT), constitui agremiação política com representação no Congresso Nacional, o segundo e terceiro requerentes, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), configuram entidades sindicais de grau superior, possuindo todos legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da ação direta.

Já a quarta requerente, a Central Única dos Trabalhadores (CUT), carece de legitimação ativa para o ajuizamento da presente ação, conforme entendimento desta Corte na ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello. No mesmo sentido: ADI 271-MC, Rel. Min. Moreira Alves.

Em seguida, constato que o Decreto 20.098/99, objeto da presente ação, possui natureza autônoma, estando, portanto, sujeito ao controle concentrado de constitucionalidade, conforme precedentes deste Tribunal (veja-se, por exemplo, Acórdão de 24/03/1999, fls. 113-114).

O Decreto distrital impugnado foi editado a pretexto de regulamentar o inciso XVI do art. 5º da Constituição de 1988, que apresenta o seguinte teor:

> "Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

Ocorre que o mencionado Decreto, como se viu, veda a realização de manifestações públicas com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti, bem assim nas vias adjacentes.

Ora, como se sabe, a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas, encontrando expressão, no plano jurídico, a partir do século XVIII, no bojo das nas lutas empreendidas pela humanidade contra o absolutismo monárquico.

Recaséns Siches, estudando o tema, ressalta que essas liberdades, de caráter instrumental, possuem um duplo alcance: de um lado, asseguram a expressão de uma das mais importantes liberdades individuais; de outro, garantem espontaneidade à atuação dos distintos grupos sociais.[1] Não é por outra razão que Jean Rivero classifica a liberdade de reunião como uma das mais elementares de todas as liberdades coletivas.[2]

A liberdade de reunião, segundo a tradição, foi contemplada pela primeira vez no direito positivo na Declaração de Direitos, de 1776, do recém-criado Estado da Pensilvânia, que, na esteira do movimento de

---

[1] SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofia Del Derecho*. México: Editorial Porrua, 1978. p. 581.

[2] Jean Rivero. *Les Libertés Publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1977. p. 356.

independência das treze colônias britânicas da América do Norte, assegurava ao povo, em seu art. 16, "o direito de se reunir, de deliberar o bem comum, de dar instruções a seus representantes e de solicitar à legislatura, por meio de mensagens, de petições ou de representações, a emenda dos erros que considere por ela praticados".[3]

A incorporação dessa importante liberdade pública ao direito constitucional deu-se, logo em seguida, na Constituição Francesa de 1791, a qual, em seu Título 1º, § 2º, consignou que: "A Constituição garante, como direitos naturais e civis [...] a liberdade aos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas, atendidas as leis de polícia"[4].

Desde então, a proteção dessa liberdade fundamental passou a constar de praticamente todos os textos constitucionais dos Estados Modernos, bem como das declarações e pactos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Como documento pioneiro no plano internacional tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, subscrita sob a égide da Organização das Nações Unidas, que estabelece, em seu art. 20, o seguinte: "Todo homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas".

Inspirado nesse diploma, o art. 21 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, e ratificado pelo Brasil em 12 de dezembro de 1991,[5] é ainda mais explícito:

> "O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas".[6]

---

[3] *"That the people have a right to assemble together, to consult for their common good, to instruct their representatives, and to apply to the legislature for redress of grievances, by address, petition, or remonstrance".*

[4] *"La Constitution garantit, comme droits naturels e civils [...] la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police".*

[5] O Congresso Brasileiro aprovou o pacto por meio do Decreto-Legislativo 226, de 12/12/1991, depositando a *Carta de Adesão* na Secretaria-Geral da ONU em 24/01/1992, tendo entrado em vigor em 24/04/1992.

[6] *"Le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne Peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une societé démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre ou pour proteger la santé ou la moratité publiques, ou les droits et les libertes d'autrui."*

Konrad Hesse, a propósito, observa que o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas encontra-se intimamente ligado à liberdade de expressão, registrando que a "formação de opinião ou formação preliminar de vontade política, pressupõe uma comunicação que se consuma, em parte essencial, em reuniões".[7]

O Ministro Marco Aurélio, nessa mesma linha, para fundamentar a concessão da medida liminar no presente caso, assentou que "o direito de reunião previsto no inciso XVI está associado umbilicalmente a outro da maior importância em sociedades que se digam democráticas: o ligado à manifestação de pensamento" (fl. 83).

No Brasil, a liberdade de reunião sempre foi contemplada pelas Constituições republicanas, entrevista como liberdade pública de caráter fundamental, encontrando lugar no capítulo relativo aos direitos e garantias individuais.[8]

A Constituição de 1891, vale lembrar, em seu art. 72, § 8º, dispunha que: "A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública". Esse texto, com algumas alterações, foi repetido nas Constituições de 1934,[9] 1937,[10] 1946[11] e 1967[12].

A chamada Constituição cidadã, promulgada em 1988, na senda aberta pelas cartas anteriores, ao mesmo tempo em que garantiu a liberdade de reunião, no art. 5º, XVI, estabeleceu, no próprio texto magno, de forma parcimoniosa, os limites e condições para o seu exercício, quais sejam, "reunir-se pacificamente", "sem armas", "que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local" e o "prévio aviso à autoridade competente".

---

[7] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 313.

[8] A Constituição do Império assegurava, em seu art. 179, § 4º, o direito de comunicar os pensamentos por palavras, escritos, e publicá-los, mas não mencionou expressamente a liberdade de reunião.

[9] Constituição de 1934, art. 113, § 11: "A todos é licito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião deve se realizar, contanto que isso não impossibilite ou frustre".

[10] Constituição de 1937, art. 122, § 10: "Todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditadas em caso de perigo imediato para a segurança pública".

[11] Constituição de 1946, art. 141, § 11: "Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite".

[12] Constituição de 1967, art. 150, § 27: "Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião".

Não se ignora, é verdade, que liberdade de reunião não é um direito absoluto. Nenhum direito, aliás, o é. Até mesmo os direitos havidos como fundamentais encontram limites explícitos e implícitos no texto das constituições.

Canotilho, nesse sentido, ensina que a compreensão da problemática das restrições de direitos e garantias fundamentais exige uma "sistemática de limites", classificando-os de acordo com a seguinte tipologia: a) restrições constitucionais diretas ou imediatas, que são aquelas traçadas pelas próprias normas constitucionais; b) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da constituição; e c) restrições não expressamente autorizadas pela constituição, que decorrem da resolução de conflitos entre direitos contrapostos.[13]

No presente caso, o Decreto impugnado veda a "realização de manifestações públicas com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros" na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes.

Ora, certo que uma manifestação sonora nas imediações de um hospital afetaria a tranquilidade necessária a esse tipo de ambiente, podendo, até mesmo, causar prejuízos irreparáveis aos pacientes. Ter-se-ia, nesse caso, uma hipótese de colisão entre direitos fundamentais, na qual o direito dos pacientes à recuperação da saúde certamente prevaleceria sobre o direito de reunião com tais características. Numa situação como essa, a restrição ao uso de carros, aparelhos e objetos sonoros mostrar-se-ia perfeitamente razoável.

O Ministro Nelson Jobim, perfilhando o mesmo entendimento, registrou, em voto proferido no julgamento da cautelar o quanto segue:

> "[...] não vejo nenhum problema em se realizar uma reunião pública, imensa, perante o Hospital de Base, mas, silenciosa. Isso não teria nenhum problema. Agora, seria absolutamente contrário à possibilidade desta reunião ser sonora, porque, aí, é um direito que deve ser assegurado, o direito dos internados [...]" (fl. 98).

A questão sob exame, no entanto, não guarda qualquer semelhança com tal hipótese. Na verdade, o Decreto distrital 20.098/99 simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital

---

[13] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1276.

Federal, em especial na emblemática Praça dos Três Poderes, "local aberto ao público",[14] que, na concepção do genial arquiteto que a esboçou, constitui verdadeiro símbolo de liberdade e cidadania do povo brasileiro.

Proibir a utilização "de carros, aparelhos e objetos sonoros", nesse e em outros espaços públicos que o Decreto vergastado discrimina, inviabilizaria por completo a livre expressão do pensamento nas reuniões levadas a efeito nesses locais, porque as tornaria emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos.

Não por outra razão, é que o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu pronunciamento inicial, asseverou:

> "Daí a rombuda inconstitucionalidade – que não tenho cerimônia de proclamar de logo neste juízo liminar – de um decreto que na cidade moderna – e numa das cidades de maiores espaços urbanos do mundo – com vistas a uma praça projetada na esperança de que um dia o povo a enchesse, a reunião fosse permitida, desde, porém, que silenciosa" (fls. 104-105).

Ademais, analisando-se a questão sob uma ótica pragmática, cumpre considerar que as reuniões devem ser, segundo a dicção constitucional, previamente comunicadas às autoridades competentes, que haverão de organizá-las de modo a não inviabilizar o fluxo de pessoas e veículos pelas vias públicas. Há que se ter em conta, por outro lado, que a utilização aparelhos de som nas reuniões, que são limitadas no tempo, certamente não causará prejuízo irreparável àqueles que estão nas imediações da manifestação.

Correta, pois, a manifestação do Advogado-Geral da União no sentido de que "a utilização de aparelhos sonoros por um certo período de tempo, bem como a limitação parcial de acesso a determinadas vias, não ensejam restrições ao exercício de legítimos direitos públicos subjetivos".

Vale trazer à colação, ainda, precioso estudo do Ministro Celso de Mello, intitulado *O Direito Constitucional de Reunião,* em que afirma:

> "a) O direito de reunião constitui faculdade constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País; b) os agentes públicos não podem, sob pena de responsabilidade criminal, intervir, restringir, cercear ou dissolver reunião pacífica, sem armas, convocada para fim lícito; c) o Estado tem o dever de assegurar aos indivíduos o livre exercício

[14] Expressão conforme o art. 5º, XVI, da CF/88.

> do direito de reunião, protegendo-os, inclusive, contra aqueles que são contrários à assembleia; d) o exercício do direito de reunião independe e prescinde de licença da autoridade policial; e) a interferência do Estado nas reuniões legitimamente convocadas é excepcional, restringindo-se, em casos particularíssimos, à prévia comunicação do ato à autoridade ou à prévia comunicação designação, por ela, do local da assembleia; [...] h) o direito de reunião, permitindo o protesto, a crítica e a manifestação de ideias e pensamento, constitui instrumento de liberdade dentro do Estado Moderno."[15]

Relacionando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Mendes, de seu turno, consigna que a legitimidade de eventual medida restritiva a direitos fundamentais "há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (*Zweck-Mittel Zusammenhang),* devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não razoáveis)".[16]

A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda a evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que é, no presente caso, a permitir que todos os cidadãos possam reunir-se pacificamente para fins lícitos, expressando as suas opiniões livremente.

Não vejo, portanto, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e em face do próprio texto da Carta Magna, como considerar hígida, do ponto de vista constitucional, a vedação a manifestações públicas que utilizem com a utilização de carros, aparelhos ou objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098, de 15 de março de 1999.

---

[15] MELLO, Celso de. *O Direito Constitucional de Reunião.* RJTJSP, São Paulo: Lex Editora, 1978. p. 23.

[16] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:* Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 39.

2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951 – RIO GRANDE DO NORTE

Vedação à prática do nepotismo. [**RE 579.951/RN**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 24-10-2008, RG, Tema 66, com mérito julgado.]

O Recurso Extraordinário 579.951 serviu como precedente para a edição da Súmula Vinculante n. 13.

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte
Recorridos: Município de Água Nova e outro (a/s)
Advogados: Francisco de Assis Correia Rêgo e outro (a/s)

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, *CAPUT*, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

I – Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita.
II – A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.
III – Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.
IV – Precedentes.
V – RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Bem examinada a questão em debate, penso que o entendimento agasalhado no acórdão recorrido não merece prosperar.

Com efeito, o aresto impugnado, após constatar "que, de fato, no Município-apelado há funções gratificadas e cargos comissionados ocupados por parentes de agentes públicos do referido Município, prática esta denominada de nepotismo", consigna, com todas as letras, que "não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na referida prática" (fl. 337).

Assenta, mais, que a Carta Magna, em se tratando de cargos públicos de livre nomeação, não estabelece "qualquer limitação relacionada ao grau de parentesco porventura existente entre a pessoa nomeada e algum agente público" (fl. 338).

Dentre outros argumentos, afirma, ainda, que

> "[...] é a Constituição que permite o chamado 'nepotismo', na medida em que dá ao administrador público liberdade para ocupar parte dos cargos que tem à sua disposição com pessoas de sua confiança, independentemente do fato de serem ou não seus parentes" (fl. 338).

Em conclusão, atesta "que somente uma lei específica" – inexistente no caso – "poderia estabelecer restrições à investidura de parentes nos cargos de confiança do Município apelado" (fls. 338).

Consta dos autos, contudo, um voto vencido, que dava provimento ao recurso de apelação, por entender que, não obstante a inexistência de lei local impeditiva da prática do nepotismo, a contratação de parentes é ilícita, porquanto a Administração Pública deve pautar-se em conformidade com o princípio da moralidade, que corresponde à obrigação de agir "segundo os padrões éticos de probidade, decoro, honradez, dignidade e boa-fé." (fl. 344).

Pois bem. Como se sabe, do ponto de vista etimológico, a palavra "nepotismo" tem origem no latim, derivando da conjugação do termo *nepote*, significando sobrinho ou protegido, com o sufixo "ismo", que remete à ideia de ato, prática ou resultado. A utilização desse termo, historicamente, advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros aparentados dos Papas na administração eclesiástica, nos séculos XV e XVI de nossa era, ganhando, atualmente, o significado pejorativo do favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ou privada.

Ora, no julgamento da ADC 12-MC/DF, em que foi relator o Ministro Carlos Britto, esta Corte reconheceu, em sede cautelar, a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do CNJ, que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências".

E, muito embora haja então o STF estabelecido que a eficácia vinculante daquele texto normativo estaria circunscrito à seara da magistratura,[17] o pronunciamento de vários de seus Ministros foi no sentido de que a sua força normativa deriva diretamente dos princípios abrigados no

---

[17] Cf. também Rcl 4.547/MA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, e Rcl 4.512/MA, Rel. Min. Carlos Britto.

art. 37, *caput*, da Constituição, tendo a dita Resolução apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos da vedação ao nepotismo que são próprios à atuação dos órgãos jurisdicionais.

Tal entendimento encontrou expressão inclusive na ementa da medida cautelar deferida pelo Plenário, da qual destaco o seguinte trecho:

> "[...] as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já dedutíveis dos princípios republicanos da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade".

Dentre tais pronunciamentos, ressalto a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, nos seguintes termos:

> "Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta GORDILLO, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente.
>
> A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não podem ser um obstáculo à determinação da regra da proibição ao nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRIA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um 'núcleo fixo' *(Begriffkern)* ou 'zona de certeza', que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. **A vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade"** (grifei).

Apesar de não ter participado daquele julgamento, a Ministra Cármen Lúcia perfilha o mesmo entendimento, veiculado em sede doutrinária:

> "O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do

> seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa".[18]

Já o Ministro Carlos Britto, relator da mencionada ADC 12-MC/DF, referindo-se aos princípios em tela, afirmou o seguinte:

> "[São] Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado 'nepotismo'. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do 'cruzamento' (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor)".

E acrescenta:

> "[...] as restrições constantes do ato normativo do CNJ são [...] as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade [...]. Quero dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se tratando, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público" (grifos no original).

O historiador Sérgio Buarque de Holanda, em sua clássica obra *Raízes do Brasil*, ao dissertar sobre as origens da dificuldade de separação entre o público e o privado pelos detentores do poder em nossa sociedade, afirmou:

> "Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles se aufere relacionam-se a

---

[18] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994. pp. 213-214.

> direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático".[19]

Claro está que o notável historiador brasileiro empregou a expressão "Estado burocrático" no sentido que lhe emprestava Max Weber, qual seja, uma forma de organização estatal própria das sociedades modernas, em que o poder dos governantes e do funcionalismo público deriva sua legitimidade do ordenamento legal e não da tradição ou do carisma do líder político.[20]

Aliás, essa mesma perspectiva foi trazida a debate pelo Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADC 12-MC/DF, ao lembrar que

> "As necessidades da administração pública dependem daquilo que WEBER denominava a 'dominação burocrática de impessoalidade formalística', cujo conteúdo relevava bem com a expressão latina *sine ira et studio*, ou seja, regida pelo dever jurídico estrito de não se deixar guiar, não se deixar conduzir, na tutela da coisa pública, nem por ódio, nem por amor."

Retomando o ponto nodal da controvérsia debatida neste RE, recordo, por oportuno, que o Plenário desta Corte já se manifestou a respeito da proibição ao nepotismo, antes mesmo do advento da Resolução 7/2005 do CNJ, conforme se depreende da ementa do julgamento do MS 23.780/MA, em que foi Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *verbis*:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.
>
> Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade.

---

[19] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.

[20] WEBER, Max. *Economy and society:* an outline of interpretative sociology. vol. 1. New York: Bedminster, 1968, pp. 212-254.

> **A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder.**
>
> Mandado de segurança denegado" (grifei).

De fato, embora existam diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo,[21] inclusive no âmbito desta Corte,[22] tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e antirrepublicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e "positivamente vinculantes", como ensina Gomes Canotilho.[23]

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário.

Por oportuna, relembro aqui a conhecida e sempre atual lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual

> "[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão

---

21 Ver Lei 8.112/90, art. 117, VIII; Lei 9.421/96, art. 10; e Lei 9.953/00, art. 22.

22 Resolução 246 do STF de 18/12/2002, alterada pela resolução 249 de 5/2/2003, art. 7º: "É vedado ao servidor do Supremo Tribunal Federal: I – usar cargo ou função, facilidades, amizades, tempo, posição e influências para obter favorecimento para si ou para outrem; [...] XVIII – manter sob sua subordinação hierárquica cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o 3º grau". Regimento Interno do STF: Art. 355, § 7º: "Salvo se funcionário efetivo do Tribunal, não poderá ser nomeado para cargo em Comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente (arts. 330 a 336 do Código Civil), em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade" (Novo Código Civil, Lei 10.406/02: arts. 1.591 a 1.595). Art. 357, parágrafo único: "Não pode ser designado Assessor, Assistente Judiciário ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade".

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 352.

> de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda estrutura nelas esforçada".[24]

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns "bolsões" de atraso institucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional.

Em estudo sobre as modalidades de eficácia jurídica, Ana Paula de Barcelos, ao afirmar que uma dessas modalidades, a negativa, é uma construção doutrinária especialmente relacionada com os princípios constitucionais, observa, com pertinência, que "a eficácia negativa autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas (em sentido amplo) ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pelo enunciado".[25]

Desse modo, admitir que apenas ao Legislativo ou ao Executivo é dado exaurir, mediante ato formal, todo o conteúdo dos princípios constitucionais em questão, seria mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da Constituição, subvertendo-se a hierarquia entre a Lei Maior e ordem jurídica em geral, "como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador ou o administrador pudessem livremente dispor a respeito de seu conteúdo".[26]

A Constituição de 1988, em seu art. 37, *caput*, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade.

Esses princípios, dentre os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público paute a sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue.

---

[24] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 943.

[25] BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 82-83.

[26] *Idem*, p. 224.

Nesse contexto, verifica-se que o legislador constituinte originário, bem assim o derivado, especialmente a partir do advento da Emenda Constitucional 19/1998, que levou a cabo a chamada "Reforma Administrativa", instituiu balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos que, de alguma forma, pudessem buscar finalidade diversa do interesse público. Uma dessas práticas, não é demais repisar, consiste na nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, segundo uma interpretação equivocada ou, até mesmo, abusiva dos incisos II e V, do art. 37 da Constituição.

Convém notar que o constituinte de um modo geral, sobretudo a partir da EC 19/1998, procurou reduzir ao máximo a discricionariedade do administrador público no tocante ao preenchimento dos cargos em comissão e de confiança, restringindo o provimento destes últimos exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo. Quanto aos primeiros, estabeleceu que eles se destinam apenas a "atribuições de chefia, assessoramento e direção", determinando, ainda, que um percentual deles fosse preenchido por servidores de carreira.

De fato, em se tratando de gestão da *res publica*, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a atuação do administrador, ainda que, em muitos casos, esteja em consonância com o sentido literal da lei, caso se revele ofensiva à moral, aos bons costumes, ao poder-dever de probidade, às ideias de justiça e equidade e ao senso comum de honestidade, estará em evidente confronto com o princípio da moralidade administrativa.[27] Afinal, como diziam os antigos romanos, *non omne quod licet honestum est*.

Sim, porque como ensina Humberto Ávila, "o princípio da moralidade administrativa estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos".[28]

Além de ofensiva à moralidade administrativa, a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigem concurso público, como já se viu acima, fere o princípio da impessoalidade e, por extensão, o basilar princípio da isonomia, porque prevalece o nefasto "QI", o popular "quem indica", mencionado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto pioneiro sobre o nepotismo, na ADI 1.521/RS, em que o Plenário indeferiu pedido de medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que traziam normas vedando a contratação de parentes de autoridades públicas.

---

[27] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 70.

[28] ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

E no mais das vezes, a nomeação de parentes, dada absoluta inapetência destes para o trabalho e o seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem, vulnera também o princípio da eficiência, introduzido pelo constituinte derivado no *caput* do art. 37 da Carta Magna, por meio da EC 19/1998, num evidente desvio de finalidade, porquanto permite que o interesse privado, isto é, patrimonial, no sentido sociológico e também vulgar da expressão, prevaleça sobre o interesse coletivo.

Em suma, como afirmou o Ministro Celso de Mello, no julgamento da citada ADI 1.521/RS:

> "[...] quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos, não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa".

Como se vê, as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados contidos no referido dispositivo da Constituição são autoaplicáveis, visto que trazem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em consequência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que vulnerem os valores fundantes do texto constitucional.

Não se olvide, ademais, que o estrito respeito a esses postulados, em especial ao da moralidade, por parte do administrador público, configura pressuposto de validade de seus atos, como se decidiu na ADI 2.661/MA, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, a saber:

> "O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – **ENQUANTO** VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO – **CONDICIONA** A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS.
>
> – A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.
>
> – O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais" (grifos no original).

Sobre a questão da sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, quando contrários à moral pública refletida no texto constitucional, extraio, ainda, da sobredita ADC 12-MC/DF, significativo trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, assim redigido:

> "O Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma **moral coletiva**, pois ele reflete um conjunto de **crenças e valores** profundamente arraigados, que emanam da **autoridade soberana**, ou seja, do **povo**. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se **grave sintoma** de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva" (grifos no original).

É que, na lição de Konrad Hesse, a interpretação da Constituição deve amoldar-se à realidade em que está imersa, daí decorrendo a sua pretensão de eficácia.[29] Essa pretensão, diz o mestre germânico,

> "não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais.
>
> [...]
>
> Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciaram decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas".[30]

Não se ignora que a sociedade brasileira padece do mal da descrença em suas instituições, reflexo, sobretudo, das recorrentes manchetes da imprensa escrita, falada e televisionada sobre corrupção, desvios de verbas públicas, tráfico de influências, utilização dos cargos públicos para favorecimento pessoal etc.

Mas a sociedade, em contrapartida, dispõe, atualmente, de toda sorte de informações, cada vez mais acessíveis ao conjunto dos cidadãos, que lhes permite acompanhar e fiscalizar os agentes responsáveis pelo trato e gestão da coisa pública.

---

[29] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, pp. 14-15.

[30] *Idem*, *loc. cit*.

É bem verdade que não é de hoje o consenso social acerca da reprovabilidade do nepotismo e de todas as condutas que, mesmo travestidas de uma aparência de legalidade, contrariem o direito público subjetivo dos cidadãos ao trato honesto dos bens que a todos pertencem. Como já dizia Rui Barbosa, nos idos de 1919:

> "O Brasil não é isso. É isto. [...] O Brasil é este comício imenso de almas livres. Não são os comensais do erário. Não são as ratazanas do Tesoiro. Não são os mercadores do Parlamento. Não são as sanguessugas da riqueza pública. [...] Não são os corruptores do sistema republicano. São as células ativas da vida nacional. É a multidão que não adula, não teme, não corre, não recua, não deserta, não se vende. É o povo, em um desses movimentos seus, em que se descobre toda a sua majestade".[31]

Essa mesma sociedade, com o progressivo amadurecimento da democracia registrado no País, sobretudo nas duas últimas décadas, exige hoje dos administradores públicos uma conduta inequivocamente ilibada e, sabendo-os ímprobos, não mais aceita contemplá-los com qualquer condescendência.

Assim, o argumento, *data venia* falacioso, de que, se a Carta Magna não vedou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes, essa prática seria lícita, não merece prosperar, pois totalmente apartada do *ethos* que permeia a "Constituição-cidadã" a que se referia o saudoso Ulisses Guimarães.

De repelir-se, também, a artificiosa alegativa constante do acórdão recorrido segundo o qual "não há nos autos qualquer particularidade que desqualifique os servidores ocupantes dos cargos apontados, ou mesmo referência de que os nomeados não estejam desempenhando suas funções de forma correta e capacitada, o que gera uma presunção de que o princípio da eficiência está sendo respeitado" (fl. 341).

É que o que está causa em não é o trabalho desempenhado por esses "servidores-parentes", mesmo porque a obrigação de bem trabalhar constitui dever de todos os ocupantes de cargos públicos, sejam eles concursados ou não. O que está em debate, com efeito, não é a qualidade do serviço por eles realizado, mas a forma do provimento dos cargos que ocupam, que se deu em detrimento de outros cidadãos igualmente ou mais capacitados para o exercício das mesmas funções, gerando a presunção de dano à sociedade como um todo.

---

[31] BARBOSA, Rui. A questão social e política no Brasil. Disponível em <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a5.pdf>. Acesso em 7/5/2008.

E aqui surge mais um relevante aspecto a ser sublinhado, qual seja: o fato de que essa prática atenta não apenas contra o princípio da impessoalidade, como também o da eficiência, ambos inseridos no rol daqueles que devem nortear a ação dos agentes públicos. E o Ministro Cezar Peluso, interessantemente, no julgamento da ADC 12–MC/DF, evidenciou a íntima relação entre esses dois conceitos, ao afirmar:

> "[...] o princípio da impessoalidade está ligado à ideia de eficiência, porque constitui condição ou requisito indispensável da eficiência operacional da administração pública."

Eficiência, tal como ensina Odete Medauar, "contrapõe-se a lentidão, o descaso, a negligência, a omissão", segundo a professora, "características habituais da Administração Pública brasileira",[32] e que permanecerão, permito-me acrescentar, enquanto perdurar a histórica confusão que os administradores públicos, com honrosas exceções, têm feito entre patrimônio público e privado.

Por fim, observo que não se mostra razoável admitir que uma conveniente interpretação literal dos incisos II e V do art. 37 da Lei Maior possa contrariar o sentido lógico e teleológico do que se contém no *caput* do referido dispositivo, em flagrante dissonância com a ideia de unidade e harmonização que deve nortear a hermenêutica constitucional.[33]

Por tudo quanto até aqui exposto, entendo que carece de plausibilidade a exegese segundo a qual que o nepotismo seria permitido simplesmente porque não há lei que o proíba.

Não vejo como, todavia, dar provimento integral ao pedido do recorrente, em especial quanto à segunda parte do pedido formulado no recurso extraordinário, ou seja, "que o Município de Água Nova se abstenha de contratar ou nomear qualquer pessoa física que seja parente daquele ocupante de mandato eletivo ou cargo em comissão, estendendo-se a vedação também às pessoas jurídicas, cujos sócios mantenham alguma relação de parentesco com as citadas pessoas".

Isso porque não cabe a esta Corte, conforme pacífica jurisprudência, atuar como legislador positivo, sendo-lhe vedado inovar o sistema normativo, função reservada ao Poder Legislativo.

---

[32] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 152.

[33] Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181-198.

O provimento integral do RE, com efeito, revelaria flagrante extravasamento de competências, com ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.[34]

Por todo o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso extraordinário, dando-lhe parcial provimento, declarando nulo o ato de nomeação de Francisco Souza do Nascimento. Considero hígida a nomeação do agente político Elias Raimundo de Souza, em especial por não ter ficado evidenciada a prática do nepotismo cruzado, acompanhando, nesse aspecto, o entendimento da douta maioria.

---

34 RE 322.348-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello; HC 76.371/SP, Rel. Mini. Sydney Sanches, e RE 264.884/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.

3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 – DISTRITO FEDERAL

Constitucionalidade das cotas raciais para o ingresso nas universidades públicas. [**ADPF 186/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 20-10-2014.]

Julgado correlato: **RE 597.285**, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 18-3-2014.

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Democratas (DEM)
Advogada: Roberta Fragoso Menezes Kaufmann
Intimado: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cepe)
Intimado: Reitor da Universidade de Brasília
Intimado: Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe/UnB)
Amicus Curiae: Educação e Cidadania de Afro-Descendentes e Carentes (Educafro)
Advogados: João Manoel de Lima Junior e outro (a/s)
Amicus Curiae: Fundação Cultural Palmares
Procurador: Procurador-Geral Federal
Amicus Curiae: Movimento Negro Unificado (MNU)
Advogado: Gustavo Trancho de Azevedo
Amicus Curiae: Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB)
Advogada: Juliana Ferreira Corrêa
Amicus Curiae: Fundação Nacional do Índio (Funai)
Procurador: Procurador-Geral Federal
Amicus Curiae: Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (Iara) e outro (a/s)
Advogados: Shirley Rodrigues Ramos e outro (a/s)
Amicus Curiae: Defensoria Pública da União
Advogado: Defensor Público-Geral Federal
Amicus Curiae: Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais
Advogados: Wanda Marisa Gomes Siqueira e outro (a/s)
Amicus Curiae: Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular (Idep)
Amicus Curiae: Associação Nacional dos Advogados

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, *CAPUT*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *CAPUT*, 205, 206, *CAPUT*, I, 207, *CAPUT*, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista,

que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V – Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI – Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

VOTO

QUESTÕES PRELIMINARES

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Inicialmente, assento o cabimento desta ação, uma vez que não há outro meio hábil de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999).

Saliento, nessa linha, que o entendimento desta Corte é o de que, para aferir-se a subsidiariedade, é preciso ter em conta a inexistência ou não de instrumentos processuais alternativos capazes de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata para solucionar o caso concreto sob exame, conforme deflui do julgamento da ADPF 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, assim ementada:

> "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará – IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição). 4. Medida liminar para impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. 5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. 6. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Direito comparado: desenvolvimento da jurisdição constitucional e tratamento diferenciado em cada sistema jurídico. A Lei nº 9.882, de 1999, e a extensão do controle direto de normas ao direito pré-constitucional. 7. **Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental.** 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada" (grifos meus).

Esse também foi o entendimento da Procuradoria-Geral da República, que transcrevo abaixo:

> "A presente ADPF é cabível, pois se trata de arguição de natureza autônoma, e, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, não haveria qualquer outro meio apto para sanar as supostas lesões a preceitos fundamentais apontados na inicial. Com efeito, diante da natureza infralegal dos atos normativos e administrativos impugnados, a ADIn não seria o instrumento idôneo para o enfrentamento da questão, ou tampouco qualquer das ações que compõe o sistema brasileiro de jurisdição constitucional abstrata. Assim, está satisfeito o pressuposto da subsidiariedade da arguição".

Afasto, igualmente, o argumento de que haveria conexão entre esta ADPF e a ADI 3.197/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, por ostentarem ambos os feitos a mesma causa de pedir, qual seja, a inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros nas universidades públicas.

É que, conforme remansosa jurisprudência desta Corte, as ações de índole abstrata, por definição, não tratam de fatos concretos, razão pela qual nelas não se deve, como regra, cogitar de conexão, dependência ou prevenção relativamente a outros processos ou julgadores.

Com efeito, ao decidir sobre hipótese semelhante, em 6/10/2004, envolvendo a ADI 3.259/PA, Rel. Min. Eros Grau, e a Rcl 2.687/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, o Min. Nelson Jobim, então Presidente do STF, assim se pronunciou:

> "Ocorre que a ação direta de inconstitucionalidade é um processo objetivo, que visa declarar a inconstitucionalidade de lei ou de um ato normativo, abstratamente, prescinde, portanto, da existência de um fato concreto. Não há que se falar aqui, em face da natureza desta ação, em dependência, prevenção, em relação a outros processos".

Ademais, a questão relativa às ações afirmativas insere-se entre os temas clássicos do controle de constitucionalidade, aqui e alhures, sendo de toda a conveniência que a controvérsia exposta nesta ação seja definitivamente resolvida por esta Suprema Corte, de maneira a colocar fim a uma controvérsia que já se arrasta, sem solução definitiva, por várias décadas nas distintas instâncias jurisdicionais do País.

Feito esse breve introito de ordem instrumental, passo ao exame da questão de fundo discutida nesta ADPF.

ABRANGÊNCIA DO TEMA EM DISCUSSÃO

A questão fundamental a ser examinada por esta Suprema Corte é saber se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a Constituição Federal.

Para enfrentar a questão da constitucionalidade dos programas de ação afirmativa instituídos pela Universidade de Brasília e outros estabelecimentos de ensino superior no País, penso que cumpre ao Supremo Tribunal Federal discutir esse relevante tema do modo mais amplo possível, fazendo-o, em especial, à luz dos princípios e valores sobre quais repousa a nossa Carta Magna.

O primeiro passo, para tanto, a meu sentir, consiste em revisitar o princípio da igualdade agasalhado na Lei Maior, examinando-o em seu duplo aspecto, ou seja, no sentido formal e material.

IGUALDADE FORMAL *VERSUS* MATERIAL

De acordo com o artigo 5º, *caput*, da Constituição, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Com essa expressão o legislador constituinte originário acolheu a ideia – que vem da tradição liberal, especialmente da Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789 – de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo.

É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito – não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei.

À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Nesse sentido, assenta Daniela Ikawa:

> "O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, acarreta injustiças [...] ao desconsiderar diferenças em identidade.
>
> [...]
>
> Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial em dignidade e a diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal.
>
> [...]
>
> O princípio da universalidade formal deve ser oposto, primeiro, a uma preocupação com os resultados, algo que as políticas universalistas materiais abarcam. Segundo deve ser oposto a uma preocupação com os resultados obtidos hoje, enquanto não há recursos suficientes ou vontade política para a implementação de mudanças estruturais que requerem a consideração do contexto, e enquanto há indivíduos que não mais podem ser alcançados por políticas universalistas de base, mas que sofreram os efeitos, no que toca à educação, da insuficiência dessas políticas. São necessárias, por conseguinte, também políticas afirmativas.
>
> [...]
>
> As políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas têm [...] o mesmo fundamento: o princípio constitucional da igualdade material. São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si". [35]

---

[35] IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. pp. 150-152.

A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia, regime no qual, para usar as palavras de Boaventura de Sousa Santos,

> "[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades".[36]

Aliás, Dalmo de Abreu Dallari, nessa mesma linha, adverte que a ideia de democracia, nos dias atuais, exige a superação de uma concepção mecânica, estratificada, da igualdade, a qual, no passado, era definida apenas como um **direito**, sem que se cogitasse, contudo, de convertê-lo em uma **possibilidade**, esclarecendo o quanto segue:

> "O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos".[37]

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada "justiça distributiva".

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade

---

[36] SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

[37] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2005. p. 309.

em benefício da coletividade como um todo. Nesse sentido, ensina que

> "As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos".[38]

O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

Como sabem os estudiosos do direito constitucional, o nosso Texto Magno foi muito além do plano retórico no concernente aos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo diversos instrumentos jurídicos para conferir-lhes plena efetividade.

Esse novo modo de encarar os direitos básicos da pessoa humana – isto é, para além do plano do mero discurso –, como é evidente, não avança sem resistências, pois, como adverte Michel Rosenfeld,

> "[...] a adoção de um novo princípio de justiça distributiva possivelmente criará conflitos entre reivindicações baseadas nos velhos e nos novos princípios".[39]

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

---

[38] RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

[39] ROSENFELD, Michel. Affirmative Action, justice, and equalities: a philosophical and constitutional appraisal. *Ohio State Law Journal,* nº 46. p. 861.

POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

Passo, a seguir, ao exame do conceito de ação afirmativa, recorrentemente empregado nesta ADPF, em torno da qual gira grande parte da discussão nela travada.

Sob uma ótica acadêmica e de modo conciso, Myrl Duncan explica que uma ação afirmativa configura

> "[...] um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual".[40]

Outra definição – um pouco mais elaborada – é a que consta do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são

> "[...] medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais".

É necessário ressaltar, porém, que o mencionado dispositivo contém uma ressalva importante acerca da transitoriedade desse tipo de política, assim explicitada:

> "Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas".

Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes

---

[40] DUNCAN, Myrl L. The future of affirmative action: A Jurisprudential/legal critique. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review,* Cambridge: Cambridge Press, 1982. p. 503.

profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.

Interessantemente, ao contrário do que se costuma pensar, as políticas de ações afirmativas não são uma criação norte-americana. Elas, em verdade, têm origem na Índia, país marcado, há séculos, por uma profunda diversidade cultural e étnico-racial, como também por uma conspícua desigualdade entre as pessoas, decorrente de uma rígida estratificação social.

Com o intuito de reverter esse quadro, politicamente constrangedor e responsável pela eclosão de tensões sociais desagregadoras – e que se notabilizou pela existência de uma casta "párias" ou "intocáveis" –, proeminentes lideranças políticas indianas do século passado, entre as quais o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, lograram aprovar, em 1935, o conhecido *Government of India Act*.

A motivação que levou à edição desse diploma legal, cuja espinha dorsal consiste no combate à exclusão social, é assim explicada por Partha Gosh:

> "A necessidade de discriminar positivamente em favor dos socialmente desprivilegiados foi sentida pela primeira vez durante o movimento nacionalista. Foi Mahatma Gandhi [...] o primeiro líder a se dar conta da importância do tema e a chamar a atenção das castas mais altas para esse antiquado sistema social que relega comunidades inteiras à degradante posição de 'intocáveis'.
>
> [...]
>
> A Constituição de Independência da Índia, que de modo geral seguiu o modelo do *'Government of India Act'*, de 1935, dispôs sobre discriminações positivas em favor das *Scheduled Castes* e das *Scheduled Tribes (Scs & STs)* que constituíam cerca de 23% da população estratificada da Índia. Além disso, reservou, a eles, vagas no Parlamento, foram dadas vantagens em termos de admissão nas escolas, faculdades e empregos no setor público, vários benefícios para atingir seu total desenvolvimento e assim por diante. A Constituição, em verdade, garantiu o direito fundamental à igualdade entre todos os cidadãos perante a lei, mas categoricamente também estabeleceu que nada na Constituição 'impediria o Estado de adotar qualquer disposição especial para promover o avanço social e educativo de qualquer classe desfavorecida, das *Scheduled Castes* ou das *Scheduled Tribes*.
>
> Algumas dessas disposições constitucionais que objetivam as discriminações positivas são:

> Artigo 17: Abolição da 'intocabilidade' e fazer desse tipo de discriminação uma prática punível por lei.
>
> Artigo 46: Promoção da educação e do interesse econômico.
>
> Artigos 16 e 335: Tratamento preferencial na questão do emprego no setor público.
>
> Artigos 330 e 332: Reserva de vagas no *'Lok* Sabha' (Parlamento da Índia) e nas Assembleias Estaduais".[41]

Lembro, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Entre os vários precedentes, menciono a MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches.

Por seu caráter ilustrativo, reproduzo, aqui, trecho do voto proferido pelo Min. Nelson Jobim, na ADI 1.946-MC/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches:

> "Levantamentos feitos, principalmente por um grande economista americano, Prêmio Nobel, Paul Samuelson, em seu famoso livro, '*Macro Economia*', são incisivos.
>
> Verificou-se, no levantamento feito pelo MIT, que, no mercado de trabalho, em relação às mulheres, havia uma discriminação.
>
> Observou-se que as fontes de discriminação, consistentes na diferença, para maior, dos rendimentos dos homens em relação às mulheres, havia uma discriminação.
>
> Observou-se que as fontes de discriminação, consistentes na diferença, para maior, dos rendimentos dos homens em relação às mulheres têm razões complexas: hábitos sociais; expectativas; fatores econômicos; educação; formação e experiência profissional.
>
> Mas registrou-se outro fato: as mulheres tendem a interromper suas carreiras para terem filhos, o que provoca essa situação específica.

---

[41] GOSH, Partha S. *Positive Discrimination in* Índia*: A Political Analysis*. Disponível em: scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India. Acessado em 22 de março de 2010.

Em face disso, são discriminadas. Ou, não se emprega mulher, para se empregar homens. Ou, ao empregar a mulher, paga-se um salário aquém do salário médio para o homem. A diferença financiaria os ônus decorrentes do gozo do benefício.

Ora, isso tem como consequência uma baixa equalização, entre homens e mulheres, no mercado de trabalho.

Nos Estados Unidos da América, com o governo Johnson, iniciou-se um processo curioso de discriminação positiva que recebeu a denominação de 'ricos ônus johnsonianos'.

Começou com o problema racial do negro americano e estabeleceram-se cotas.

Eram as '*affirmative actions*'.

Para a questão feminina havia leis de referência: o '*Civil Rights Act*' (1964) e o '*Equal Pay Act*' (1963).

Todo um conjunto de regras ajudou a desmantelar, nos Estados Unidos, as práticas discricionárias mais evidentes.

No nosso sistema, temos algumas regras fundamentais que devem ser explicitadas.

Não vou entrar na questão relativa ao tratado internacional.

A CF dispõe:

'Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;'

Leio o inciso IV:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação'.

[...]

O Tribunal tem que examinar as consequências da legislação para constatar se estão, ou não, produzindo resultados contrários à Constituição.

A discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade.

É constitucionalmente legítima, porque se constitui em instrumento para obter a igualdade real".

Examinado o conceito de ação afirmativa e depois de revisitados os precedentes da Corte sobre o tema, passo, a seguir, ao exame das demais questões suscitadas nestes autos.

CRITÉRIOS PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR

A Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: "igualdade de condições para acesso e permanência na escola"; "pluralismo de ideias"; e "gestão democrática do ensino público".

Registro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado "segundo a capacidade de cada um".

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados.

Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno.

Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio.

Com efeito, considerada a diversidade dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias.

Essa é, por exemplo, a visão de Katherine Smits, segundo a qual

> "Os argumentos a favor da ação afirmativa podem ser divididos em argumentos deontológicos, ação afirmativa é equitativa e justa como um remédio para um passado injusto. Seus defensores argumentam que preferências de grupos não equivalem à discriminação de grupos, e isso deve

> ser levado em consideração no vasto contexto em que as preferências raciais e de gênero são aplicadas. Ademais, as preferências de grupos não comprometem a equidade, pois os indivíduos não têm direitos automáticos a quaisquer benefícios em decorrência de seus talentos naturais e habilidades. É tarefa da sociedade distribuir benefícios de acordo com critérios razoáveis e publicamente justificados conforme objetivos sociais mais amplos. De acordo com os consequencialistas ou utilitaristas, a ação afirmativa enseja um número considerável de resultados positivos – a qual ou fortalece a justiça dessa política ou supera quaisquer injustiças que possa envolver ". [42]

Na presente ação, o que se questiona, basicamente, é a metodologia de reserva de vagas, empregada para superar a desigualdade étnico-racial ou social dos candidatos à universidade pública, em especial os fundamentos sobre os quais ela se assenta.

Ora, as políticas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros.

Elas devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate.

Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção – pretensamente isonômicos e imparciais –, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos.

De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.

Os principais espaços de poder político e social mantém-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.

---

[42] SMITS, Katherine. *Applying Political Theory – Issues and Debates.* London: Macmillan, 2009. p. 71.

Como é evidente, toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação. A legitimidade dos critérios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles.

No campo acadêmico, segundo Ronald Dworkin,

> "[...] qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho".[43]

O critério de acesso às universidades públicas, entre nós, deve levar em conta, antes de tudo, os objetivos gerais buscados pelo Estado Democrático de Direito, consistentes, segundo o Preâmbulo da Constituição de 1988, em

> "[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]".

Deve, ademais, no particular, levar em conta os postulados constitucionais que norteiam o ensino público. Nos termos do art. 205 da Carta Magna, a educação será "promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Já o art. 207 garante às universidades, entre outras prerrogativas funcionais, a autonomia didático-científica e administrativa, fazendo-as repousar, ainda, sobre o tripé ensino, pesquisa e extensão.

Com esses dispositivos pretendeu o legislador constituinte assentar que o escopo das instituições de ensino vai muito além da mera transmissão e produção do conhecimento em benefício de alguns poucos que logram transpor os seus umbrais, por partirem de pontos de largada social ou economicamente privilegiados.

---

[43] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 350-351.

De fato, como assenta Oscar Vilhena Vieira,

> "[...] os resultados do vestibular, ainda que involuntários, são discriminatórios, na medida em que favorecem enormemente o ingresso de alunos brancos, oriundos de escolas privadas, em detrimento de alunos negros, provenientes das escolas públicas.
>
> Esta exclusão – especialmente no que diz respeito aos cursos mais competitivos – faz com que a Universidade se torne de fato um ambiente segregado. Isto gera três problemas distintos:
>
> Em primeiro lugar, viola o direito dos membros dos grupos menos favorecidos de se beneficiar do 'bem público educação' em igualdade de condições com aqueles que tiveram melhor fortuna durante seus anos de formação.
>
> Esta Universidade predominantemente branca, em segundo lugar, falha na sua missão de constituir um ambiente passível de favorecer a cidadania, a dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa [...].
>
> Uma Universidade que não integra todos os grupos sociais dificilmente produzirá conhecimento que atenda aos excluídos, reforçando apenas a hierarquias e desigualdades que tem marcado nossa sociedade desde o início de nossa história.
>
> Por fim, a terceira consequência está associada ao resultado deste investimento público, chamado sistema universitário, em termos de erradicação da pobreza e da marginalização. [...] pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%. Isto significa que os postos de comando, seja no setor público, seja no setor privado, [...], ficarão necessariamente nas mãos dos não negros, confirmando mais uma vez nossa estrutura racial estratificada". [44]

Diante disso, parece-me ser essencial calibrar os critérios de seleção à universidade para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais.

Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam

---

[44] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF.* São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006. p. 376.

beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

Ademais, essa metodologia parte da premissa de que o princípio da igualdade não pode ser aplicado abstratamente, pois procede a escolhas voltadas à concretização da justiça social. Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios de seleção que considerem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos.

Admitida a licitude dessa calibragem entre os diversos critérios seletivos, passo agora ao exame da constitucionalidade do uso do critério étnico-racial como elemento de discrímen.

ADOÇÃO DO CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL

Outra importante questão a ser enfrentada neste debate consiste em saber se a inexistência, cientificamente comprovada, do conceito biológico ou genético de raça no concernente à espécie humana impede a utilização do critério étnico-racial para os fins de qualquer espécie seleção de pessoas.

Relembro que o Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão no HC 82.424-QO/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, conhecido como "Caso Ellwanger".

Em setembro de 2003, o Plenário desta Suprema Corte confirmou, por maioria de votos, a condenação de Siegfried Ellwanger, autor de livros de conteúdo antissemita, pelo crime de racismo.

Nesse precedente, o STF debateu o significado jurídico do termo "racismo" abrigado no art. 5º, XLII, da Constituição.

De acordo com o Relator do feito, Min. Maurício Corrêa:

> "Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito".

Essa também foi a conclusão do Min. Gilmar Mendes, que assim se pronunciou:

> "Parece ser pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudocientíficas [...]. É certo, por outro lado, que, historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudocientífico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros".

Tal ideia foi desenvolvida, em sede acadêmica, por António Manuel Hespanha, da seguinte maneira:

> "[...] a questão étnica apresenta analogias muito fortes com a questão de gênero. Em ambos os casos, o argumento relativamente ao direito (ocidental) é o mesmo. Ele está pensado por brancos [...], fundado na sua cultura (na sua visão do mundo, na sua racionalidade, na sua sensibilidade, nos seus ritmos de trabalho, nos seus mapas do espaço, nos seus conceitos de ordem, de belo, de apropriado, etc.) e prosseguindo, portanto, os seus interesses. Conceitos jurídicos formados na tradição cultural e jurídica ocidental [...] foram exportados como se fossem categorias universais e aplicadas a povos a que eles eram completamente estranhos, desagregando as suas instituições e modos de vida e aplicando-lhes os modelos de convívio jurídico e político do ocidente. Isto não teria a ver apenas com as diferenças culturais originais, mas também com a conformação da mentalidade ocidental e nativa por séculos de experiência colonial europeia. Esta teria começado por **'construir' os conceitos de raça (como a história prova que aconteceu) e, depois, teria habituado a cultura ocidental a relações desiguais com as outras culturas, consideradas como culturas inferiores,** sujeitas à tutela educadora dos europeus" (grifos meus).[45]

Cumpre afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.

Ora, tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a **discriminação negativa** de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma

---

[45] HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje.* Coimbra: Almedina, 2007. pp. 238-239.

lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da **discriminação positiva** com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos.

É o que afirma a já citada Daniela Ikawa:

> "O uso do termo raça é justificável nas políticas afirmativas [...] por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o princípio de igualdade de respeito [...]. **Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las**. Trata-se de um processo de três diferentes fases: i. a construção histórica de hierarquias convencionais que inferiorizaram o indivíduo quanto ao *status* econômico e de reconhecimento pela mera pertença a determinada raça (...); ii. a reestruturação dessas hierarquias com base em políticas afirmativas que considerem a raça, voltando-se agora à consolidação do princípio de dignidade; iii. A descaracterização do critério raça como critério de inferiorização e o estabelecimento de políticas universalistas materiais apenas" (grifos meus).[46]

CONSCIÊNCIA ÉTNICO-RACIAL COMO FATOR DE EXCLUSÃO

Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la.

Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas.

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as

---

[46] IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*, cit. pp. 105-106.

sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.

A necessidade de superar essa atitude de abstenção estatal foi enfatizada pelo Min. Marco Aurélio, em sede doutrinária, da forma abaixo:

> "Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos 'construir', 'garantir', 'erradicar' e 'promover' implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar 'ação'. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontrar, na Carta como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. [...]. É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação [...]. Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade.
>
> [...]
>
> A prática comprova que, diante de currículos idênticos, prefere-se a arregimentação do branco e que, sendo discutida uma relação locatícia, dá-se preferência – em que pese a igualdade de situações, a não ser pela cor – aos brancos. Revelam-nos também, no cotidiano, as visitas aos *shoppings centers* que, nas lojas de produtos sofisticados, raros são os negros que se colocam como vendedores, o que se dirá como gerentes. Em restaurantes, serviços que impliquem contato direto com o cliente geralmente não são feitos por negros".[47]

Thomas Skidmore, a propósito, baseado em estudo histórico sobre o tema, lembra o seguinte:

---

[47] MELLO, Marco Aurélio. Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 41.

> "[...] tornava-se evidente que quanto mais escura fosse a pele de um brasileiro, mais probabilidades ele teria de estar no limite inferior da escala socioeconômica, e isso de acordo com todos os indicadores – renda, ocupação, educação. Os jornalistas não tardaram em aderir, dando provas circunstanciais de um modelo de discriminação sutil mas indisfarçável nas relações sociais. Já não era possível afirmar que o Brasil escapara da discriminação racial, embora ela nunca tenha sido oficializada, desde o período colonial. O peso cada vez maior das evidências demonstrava justamente o contrário, mesmo sendo um tipo de discriminação muito mais complexo do que o existente na sociedade birracial americana.
>
> As novas conclusões levaram alguns cientistas sociais a atacar a 'mitologia' que predominava na elite brasileira a respeito das relações raciais em sua sociedade. Florestan Fernandes acusava seus compatriotas de 'ter o preconceito de não ter preconceito' e de se aferrar ao 'mito da democracia racial'. Ao acreditar que a cor da pele nunca fora barreira para a ascensão social e econômica dos não brancos pudesse ser atribuída a qualquer outra coisa além do relativo subdesenvolvimento da sociedade ou da falta de iniciativa individual"[48]

Essas assertivas teóricas são constatadas empiricamente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, nos seguintes termos:

> "Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD mostram um crescimento da proporção da população que se declara preta ou parda nos últimos dez anos: respectivamente, 5,4% e 40,0% em 1999; e 6,9% e 44,2% em 2009 (Gráfico 8.2 e Tabela 8.1). Provavelmente, um dos fatores para esse crescimento é uma recuperação da identidade racial, já comentada por diversos estudiosos do tema.
>
> [...]
>
> No entanto, independentemente desse possível resgate da identidade racial por parte da população de cor preta, parda ou de indígenas, a situação de desigualdade que sofrem os grupos historicamente desfavorecidos subsiste. Uma série de indicadores revelam essas diferenças, dentre os quais: analfabetismo; analfabetismo funcional; acesso à educação; aspectos relacionados aos rendimentos; posição na ocupação; e arranjos familiares com maior risco de vulnerabilidade. Por se tratar de uma pesquisa por amostragem, como já destacado, na PNAD, as categorias com menor representação não são incluídas nas tabelas desagregadas por Unidade da Federação.

---

[48] SKIDMORE, Thomas E. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930).* São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 296.

[...]

Quando se observam as taxas de analfabetismo, de analfabetismo funcional e de frequência escolar, verifica-se uma persistente diferença entre os níveis apresentados pela população branca, por um lado, e as populações preta ou parda, por outro.

A taxa de analfabetismo diminuiu na última década, passando de 13,3%, em 1999, para 9,7%, em 2009, para o total da população, o que representa ainda um contingente de 14,1 milhões de analfabetos. Apesar de avanços, tanto a população de cor preta quanto a de cor parda ainda têm o dobro da incidência de analfabetismo observado na população branca: 13,3% dos pretos e 13,4% dos pardos, contra 5,9% dos brancos, são analfabetos.

Outro indicador importante é o analfabetismo funcional, que engloba as pessoas de 15 anos ou mais de idade com menos de quatro anos completos de estudo, ou seja, que não concluíram a 4ª série do ensino fundamental. Essa taxa diminuiu mais fortemente nos últimos dez anos, passando de 29,4%, em 1999, para 20,3%, em 2009, o que representa ainda 29,5 milhões de pessoas. O analfabetismo funcional concerne mais fortemente aos pretos (25,4%) e aos pardos (25,7%) do que aos brancos (15,0%). São 2,7 milhões de pretos e 15,9 milhões de pardos que frequentaram escola, mas têm, de forma geral, dificuldade de exercer a plena cidadania através da compreensão de textos, indo além de uma rudimentar decodificação.

A média de anos de estudo é uma outra maneira de se avaliar o acesso à educação e as consequentes oportunidades de mobilidade social. A população branca de 15 anos ou mais de idade tem, em média, 8,4 anos de estudo em 2009, enquanto pretos e pardos têm, igualmente, 6,7 anos. Em 2009, os patamares são superiores aos de 1999 para todos os grupos, mas o nível atingido tanto pela população de cor preta quanto pela de cor parda, com relação aos anos de estudo, é atualmente inferior àquele alcançado pelos brancos em 1999, que era, em média, 7,0 anos de estudos.

A proporção de estudantes de 18 a 24 anos de idade que cursam o ensino superior também mostra uma situação em 2009 inferior para os pretos e para os pardos em relação à situação de brancos em 1999. Enquanto cerca de 2/3, ou 62,6%, dos estudantes brancos estão nesse nível de ensino em 2009, os dados mostram que há menos de 1/3 para os outros dois grupos: 28,2% dos pretos e 31,8% dos pardos (Gráfico 8.3 e Tabela 8.4). Em 1999, eram 33,4% de brancos, contra 7,5% de pretos e 8,0% de pardos.

[...]

Em relação à população de 25 anos ou mais de idade com ensino superior concluído, a PNAD 2009 mostra que há um crescimento notório na proporção de pretos e de pardos graduados,

com a ressalva de que o ponto de partida na comparação é 1999, com 2,3% tanto para pretos quanto para pardos. Isso posto, observa-se que a quantidade de pessoas que têm curso superior completo é hoje cerca de 1/3 em relação a brancos, ou seja: 4,7% de pretos e 5,3% de pardos contra 15,0% de brancos têm curso superior concluído nessa faixa etária (Gráfico 8.4).

[...]

Além das diferenças educacionais, a PNAD desvenda fortes diferenças nos rendimentos. Considerando os anos de estudo (Gráfico 8.5), vê-se que as disparidades concernem a todos os níveis. Faixa a faixa, os rendimentos-hora de pretos e de pardos são, pelo menos, 20% inferiores aos de brancos e, no total, cerca de 40% menores. Comparando com a situação de dez anos atrás, houve melhora concentrada na população com até 4 anos de estudo, pois, em 1999, os rendimentos-hora de pretos e de pardos com esse nível de escolaridade representavam, respectivamente, 47,0% e 49,6% do rendimento-hora de brancos, passando a 57,4% para os dois grupos em 2009.

[...]

A desigualdade entre brancos, pretos e pardos se exprime também na observação do "empoderamento", relacionado ao número de pessoas em posições privilegiadas na ocupação. Na categoria de empregadores, estão 6,1% dos brancos, 1,7% dos pretos e 2,8% dos pardos em 2009. Ao mesmo tempo, pretos e pardos são, em maior proporção, empregados sem carteira e representam a maioria dos empregados domésticos (Gráfico 8.8 e Tabela 8.15).

[...]

A proteção das famílias e o desenvolvimento das crianças e adolescentes são pontos fundamentais de atenção para as políticas públicas. Vale destacar que famílias com pessoa de referência de cor preta ou parda, seja homem ou mulher, compõem, em maior proporção, casais com filhos menores de 14 anos. Além disso, um tipo de família considerado mais vulnerável – mulher sem cônjuge com filhos pequenos – é também composto, em maior proporção, por pessoa de referência de cor preta, 23,3%, e parda, 25,9%, enquanto a proporção para brancas é de 17,7% (Tabela 8.14). Essas configurações poderiam explicar os efeitos, em termos de melhoria da situação econômica tanto para pretos quanto para pardos na base da pirâmide de rendimentos, a partir de políticas aplicadas nos últimos anos e que merecem aprofundamento para combater não só a miséria, mas também a pobreza, e melhorar a coesão social." [49]

---

[49] Síntese de Indicadores Sociais - 2010: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsociais2010/SIS_2010.pdf.

Nessa mesma linha de raciocínio é possível destacar outro resultado importante no que concerne às políticas de ação afirmativa, qual seja: a criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social.

Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social.

Ainda sob essa ótica, há que se registrar uma drástica transformação na própria compreensão do conceito de justiça social, nos últimos tempos. Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais.

De acordo com Nancy Fraser e Axel Honneth:

> "Atualmente, as reivindicações por justiça social parecem, cada vez mais, divididas entre dois tipos. A primeira, e a mais comum, é a reivindicação redistributiva, que almeja uma maior distribuição de recursos e riqueza. Exemplos incluem reivindicações por redistribuição de recursos do Norte para o Sul, do rico para o pobre, e (não há muito tempo atrás) do empregador para o empregado. Certamente, o recente ressurgimento do pensamento do livre-mercado pôs os proponentes da redistribuição na defensiva. Contudo, reivindicações redistributivas igualitárias forneceram o caso paradigmático para a maioria das teorias de justiça social nos últimos 150 anos.
>
> Hoje, entretanto, estamos orientados cada vez mais a encontrar um segundo tipo de reivindicação por justiça social nas 'políticas de reconhecimento'. Aqui o objetivo, na sua forma mais plausível, é um mundo diversificado, onde a assimilação da maioria ou das normas culturais dominantes não é mais o preço do respeito mútuo. Exemplos incluem reivindicações por reconhecimento de perspectivas distintas das minorias étnicas, 'raciais' e sexuais, assim como de diferença de gênero. Esse tipo de reivindicação tem atraído recentemente o interesse de filósofos políticos, aliás, alguns deles estão procurando desenvolver um novo paradigma de justiça social que coloca o reconhecimento no centro da discussão.
>
> De modo geral, então, estamos sendo confrontados com uma nova constelação. O discurso sobre justiça social, uma vez centrado na distribuição, está agora cada vez mais dividido entre

> reivindicações por redistribuição, de um lado, e reivindicações por reconhecimento do outro. Cada vez mais, as reivindicações por reconhecimento tendem a predominar".[50]

Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial.

É o que pensa, por exemplo, Zygmunt Bauman, ao afirmar que

> "[...] a identificação é também um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos polos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não tem o direito de manifestar as suas preferências e que no final se veem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não tem permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam".[51]

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.

A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multisecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares

---

50 FRASER, Nancy and HONNETH, Axel. *Redistribution or Rocognition? A politica-philosophical exchange.* London/NewYork: Verso, 2003. pp. 7-8.

51 BAUMAN, Zygmunt. *Identidade.* Entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 44.

deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão.

Valho-me novamente de um texto de Bauman, segundo o qual:

> "Quanto mais as pessoas permanecem num ambiente uniforme – na companhia de outras 'como elas' com as quais podem ter superficialmente uma 'vida social' praticamente sem correrem o risco da incompreensão e sem enfrentarem a perturbadora necessidade de traduzir diferentes universos de significado –, mais é provável que 'desaprendam' a arte de negociar significados compartilhados e um *modus operandi* agradável. Uma vez que esqueceram ou não se preocuparam em adquirir as habilidades para uma vida satisfatória em meio à diferença, não é de esperar que os indivíduos que buscam e praticam a terapia da fuga encarem com horror cada vez maior a perspectiva de se confrontarem cara a cara com estranhos. Estes tendem a parecer mais e mais assustadores à medida que se tornam cada vez mais exóticos, desconhecidos e incompreensíveis, e conforme o diálogo e a interação que poderiam acabar assimilando sua 'alteridade' ao mundo de alguém se desvanecem, ou sequer conseguem ter início. A tendência a um ambiente homogêneo, territorialmente isolado, pode ser deflagrada pela mixofobia. Mas praticar a separação territorial é colete salva-vidas e o abastecedor da mixofobia; e se torna gradualmente seu principal reforço.
>
> [...]
>
> A 'fusão' exigida pela compreensão mútua só pode resultar da experiência compartilhada. E compartilhar a experiência é inconcebível sem um espaço comum."[52]

Eis, aqui, demonstrada a importância da aplicação das políticas de ação afirmativa nas universidades e no ensino superior de modo geral. Tais espaços não são apenas ambientes de formação profissional, mas constituem também locais privilegiados de criação dos futuros líderes e dirigentes sociais.

---

[52] BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. pp. 94-97.

O PAPEL INTEGRADOR DA UNIVERSIDADE

Todos sabem que as universidades, em especial as universidades públicas, são os principais centros de formação das elites brasileiras. Não constituem apenas núcleos de excelência para a formação de profissionais destinados ao mercado de trabalho, mas representam também um celeiro privilegiado para o recrutamento de futuros ocupantes dos altos cargos públicos e privados do País.

O relevante papel dos estabelecimentos de ensino superior para a formação de nossas elites tem, aliás, profundas raízes históricas.

Ao analisar a composição social da elite imperial brasileira, José Murilo de Carvalho conclui que, diferentemente do que ocorreu em outros países da América Latina, nos quais a composição da elite local refletia com relativa fidelidade a sua origem social, no Brasil, a formação das lideranças, sobretudo no âmbito político, deveu-se predominantemente seu ao treinamento acadêmico.[53]

É certo afirmar, ademais, que o grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o **diferente** ou, nas palavras de Jürgen Habermas, conviver com o **outro**.

Segundo esse integrante da famosa *Escola de Frankfurt*,

> "[...] as minorias étnicas e culturais [...] se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. São [...] movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente, em primeira linha, ainda que as dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas também estejam sempre em jogo.
>
> [...]

---

[53] "O produto dessa formação da elite política foi de certa maneira a adoção de algumas soluções que estiveram diretamente ligadas à fundação do Estado brasileiro, tais como a opção monárquica, a manutenção da unidade da ex-colônia e a construção de um governo civil estável. Aliada a essas consequências, constatava-se a íntima relação dessa elite política com a burocracia estatal, de tal modo que embora existisse distinção formal e institucional entre as tarefas judiciárias, executivas e legislativas, essas, em grande parte do tempo, estiveram confundidas na pessoa dos mesmos executantes, e a carreira judiciária se tornava parte integrante do itinerário que levava ao Congresso e aos conselhos de governo". CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de Sombras: a política imperial.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 197.

> Como esses movimentos de emancipação também visam à superação de uma cisão ilegítima da sociedade, a autocompreensão da cultura majoritária pode não sair ilesa. De sua perspectiva, no entanto, a interpretação modificada das realizações e interesses dos **outros** não precisa modificar tanto seu papel como a reinterpretação da relação entre os gêneros modificou o papel do homem. [...] Quanto mais profundas forem as diferenças [...] raciais ou étnicas, ou quanto maiores forem os assincronismos histórico-culturais a serem superados, tanto maior será o desafio; e tanto mais ele será doloroso, quanto mais as tendências de autoafirmação assumirem um caráter fundamentalista-delimitador, ora porque ela precise primeiro despertar a consciência em prol da articulação de uma nova identidade nacional, gerada por uma construção através da mobilização de massa" (grifos meus).[54]

É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro, do *outsider* social. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao **outro** e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos.

Foi exatamente a percepção de que a diversidade é componente essencial da formação universitária que pautou as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos em que ela examinou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, a exemplo de *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003).

Em tais julgados, a Suprema Corte daquele país avaliou, antes de tudo, a forma pela qual as instituições que adotaram ações afirmativas promoviam a diversidade étnico-racial. O Tribunal não examinou simplesmente se o critério adotado era constitucional ou inconstitucional em si mesmo. Exigiu, em cada caso, a demonstração de que o fundamento da discriminação positiva adotado pela instituição levaria a uma maior integração e igualdade entre as pessoas, segundo o critério denominado *narrowly tailored*.

---

54 HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política*. (*Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*). São Paulo: Loyola, 1997. pp. 246-247.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

No caso *Grutter v. Bollinger* (2003), a Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, representada por seu reitor, Lee Bollinger, venceu a disputa por cinco votos (*Justices* Sandra Day O'Connor, John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer) a quatro (*Justices* William Rehnquist, Antonin Scalia, Anthony Kennedy e Clarence Thomas).

Nessa decisão, manteve-se em grande medida o entendimento do *Justice* Powell no caso *Regents of the University of Califórnia v. Bakke*, que permitia que a raça fosse considerada como um elemento da política de admissão para as instituições de ensino superior. As universidades foram, assim, autorizadas a utilizar o critério racial como um elemento a mais na seleção de seus alunos.

A contenda originou-se em 1996, quando Barbara Grutter, uma mulher branca, moradora de Michigan, com notas relativamente altas no teste de admissão para faculdades de direito norte-americanas (*Law School Admission Test* – LSAT), não foi aceita como aluna da Faculdade de Direito da Universidade daquele Estado.

Em dezembro de 1997, Barbara Grutter ingressou em juízo contra a Universidade, sob o argumento de que havia sofrido discriminação racial, o que violaria a cláusula de proteção da igualdade prevista tanto na XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos como no Título VI da Lei de Proteção aos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act*).

Em 2001, o juiz Bernard A. Friedman decidiu que a política de admissão da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan era inconstitucional porque considerava a raça como fator de escolha, o que a tornaria praticamente indistinguível de um sistema de quotas.

Em 2002, o Tribunal de Apelação reformou a decisão, citando o caso *Bakke* para autorizar o critério racial. Diante dessa decisão, Grutter apelou à Suprema Corte. O *certiorari* conferido ao pleito significou que, depois de 25 anos do julgamento do paradigmático caso *Bakke*, a Suprema Corte reexaminaria a constitucionalidade da utilização das políticas de ação afirmativa pelas universidades norte-americanas.[55]

---

[55] FERES, João Júnior. *Comparando Justificativas das Políticas de Ação Afirmativa.* Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007. p. 9.

A Suprema Corte acabou assentando que os meios utilizados pela Faculdade de Direito de Michigan haviam respeitado os ditames constitucionais, pois a instituição não tinha feito uma mera reserva de vagas, visto que cada candidato foi avaliado individualmente.

Consta do voto condutor do caso *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003), proferido pela *Justice* Sandra Day O'Connor, o seguinte:

> "Como parte de seus objetivos de 'reunir uma turma que seja ao mesmo tempo excepcionalmente qualificada, do ponto de vista acadêmico, e amplamente diversificada' a Escola de Direito procura 'matricular uma massa crítica de estudantes que provém de minorias'. [...]. O interesse da Escola de Direito não é simplesmente 'assegurar que seu corpo discente seja integrado por um determinado porcentual de membros de um grupo específico meramente em razão de sua raça ou etnia [...]. Ao revés, o conceito de 'massa crítica' da Escola de Direito é definido em face dos benefícios educacionais que a diversidade pode produzir.
>
> Esses benefícios são substanciais. Como o juiz da Corte Distrital enfatizou, a política de admissão da Escola de Direito promove 'compreensão interracial', ajuda a romper com os estereótipos raciais e 'permite que os estudantes aceitem melhor as pessoas de raças diferentes. [...]. Esses benefícios são importantes e louváveis, porquanto 'a discussão em sala de aula é tanto mais viva, inspirada, esclarecida e interessante' quanto 'mais diversificados forem os seus estudantes'".[56]
>
> "Universidades [...] representam o local de treinamento de um grande número de nossos líderes [...].
>
> A fim de conferir legitimidade a nossos líderes aos olhos da comunidade, é necessário que o caminho para a liderança seja visivelmente aberto a indivíduos qualificados e talentosos de todas as raças e etnias. Todos os membros de nossa sociedade heterogênea devem ter confiança na abertura e integridade das instituições de ensino que fornecem esse treinamento [...]. O acesso [...] à educação [...] deve estar aberto a indivíduos talentosos e qualificados de todas as raças e etnias, de modo a que todos os membros de nossa sociedade heterogênea possam ingressar nas instituições de ensino que fornecem o treinamento e a educação necessária ao êxito na América" [57]
>
> [...]

---

[56] *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). pp. 329-330.

[57] *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). p. 333.

> "[...] a *Equal Protection Clause* não proíbe que a Escola de Direito utilize a ideia de raça nas decisões de admissão dos estudantes, desde que especificamente concebida para alcançar os benefícios educacionais que advém de um corpo discente plural".[58]

Assim, a política de seleção de estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, segundo constou do voto vencedor, não conflita com a Lei de Direitos Civis de 1964 e tampouco com a XIV Emenda da Constituição, pois atenderia a um interesse imperativo do Estado, que é justamente o de assegurar a diversidade cultural.

Verifica-se, assim, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao assegurar certa discricionariedade às universidades no tocante à seleção de seu corpo discente, o fez tendo em conta a necessidade de que a busca da heterogeneidade esteja pautada pela correção de distorções histórico-sociais que atuam como obstáculo à concretização dos valores constitucionais da igualdade substancial.

Em análise específica sobre a temática das ações afirmativas, Ronald Dworkin assentou[59]:

> "Além de irônico, será triste se a Corte inverter agora seu veredicto tão antigo, pois acabam de tornar-se disponíveis provas impressionantes do valor da ação afirmativa nas instituições universitárias de elite. Os críticos da política há muito argumentam que, entre outras coisas, ela faz mais mal do que bem, pois exacerba, em vez de reduzir, a hostilidade racial, e porque prejudica os alunos oriundos de minorias que são selecionados pra escolas de elite, nas quais precisam competir com outros alunos cujas notas nos exames e outras qualificações acadêmicas são muito mais altas. Mas um novo estudo – *The Shape of the River* (A forma do rio), de William G. Bowen e Derek Bok – analisa uma grande base de dados sobre fichas e os históricos dos alunos e, com requintadas técnicas estatísticas, além de refutar essas afirmativas, demonstram o contrário. Segundo o estudo de River, a ação afirmativa alcançou um êxito impressionante: produziu notas mais altas de formatura entre os alunos universitários negros, mais líderes negros na indústria, nas profissões, na comunidade e nos serviços comunitários, bem como uma interação e amizade mais duradouras entre as raças do que, caso contrário, teria sido possível".

---

[58] *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). p. 343.

[59] DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 582-583.

E conclui:

> "O estudo afirma que, **se a Suprema Corte declarar inconstitucional a ação afirmativa, o número de negros nas universidades e nas faculdades de elite diminuirá muito,** e raros serão os negros aceitos pelas melhores faculdades de Direito e Medicina. **Isso seria uma grande derrota para a harmonia e a justiça raciais**. Será que a Suprema Corte decretará que a Constituição exige que aceitemos essa derrota?" (grifos meus).

Quanto ao mencionado estudo – O Curso do Rio[60], em edição traduzida para o português – realizado por dois ex-reitores das Universidades de Princenton e Harvard, William Bowen e Derek Bok, é relevante, ainda, destacar de suas conclusões:

> "As últimas perguntas a serem ponderadas concernem a uma curva mais longa do rio. Qual é o nosso objetivo supremo? Quanto se conseguiu avançar? Até onde ainda teremos que ir? Ao lado de muitos outros, ansiamos pelo dia em que os argumentos a favor das políticas de admissão sensíveis à raça não mais serão necessários. **Em todos os lados desse debate, quase todos concordariam em que, num mundo ideal, a raça seria uma consideração irrelevante.**
>
> [...]
>
> [...] **Sem dúvidas, houve erros e decepções. Certamente, há muito trabalho a ser feito pelas faculdades e universidades para descobrir meios mais eficazes de melhorar o desempenho acadêmico dos estudantes vindos das minorias. Mas, no cômputo geral, concluímos que as faculdades e universidades academicamente seletivas tiveram extremo sucesso no uso da política de admissão sensível à raça, no intuito de promover metas educacionais que eram importantes para elas e metas sociais que são importantes para todos.** [...] Houve e continua a haver progresso. Estamos descendo a correnteza, embora ainda possa haver quilômetros a percorrer antes que o rio enfim desague no mar" (grifos meus).

HETERO E AUTOIDENTIFICAÇÃO

Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, é preciso verificar também se os instrumentos utilizados para a sua efetivação enquadram-se nos ditames da Carta Magna.

---

[60] BOWEN, William G.; BOK, Derek. *O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 410-411.

Em outras palavras, tratando-se da utilização do critério étnico-racial para o ingresso no ensino superior, é preciso analisar ainda se os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em conformidade com a ordem constitucional.

Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a **autoidentificação** e a **heteroidentificação** (identificação por terceiros).

Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos:

> "A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há [...] um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% –, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível [...], alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas [...]; (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.
>
> A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas [...]. Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos".[61]

---

[61] IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades,* cit. pp. 129-130.

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e **jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos**, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.

A seguir, após analisar a constitucionalidade das ações afirmativa, dos critérios étnico-raciais e dos distintos métodos de identificação dos candidatos para o acesso diferenciado ao ensino superior público, passo ao exame das políticas de reserva de vagas ou estabelecimento de cotas.

RESERVA DE VAGAS OU ESTABELECIMENTO DE COTAS

Princípio afirmando que a política de reserva de vagas não é, de nenhum modo, estranha à Constituição, a qual, em seu art. 37, VIII, consigna o seguinte:

> "[...] a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão".

Esta Suprema Corte, ao enfrentar a questão da reserva de vagas para portadores de deficiência, extraiu as mais amplas consequências do Texto Constitucional, no RMS 26.071, tendo o Relator, Min. Ayres Britto, asseverado, por ocasião do julgamento, que

> "[...] nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, 'como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos', sendo certo que **reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir de suas disposições preambulares"** (grifos meus).

O acórdão referente a este julgado recebeu a seguinte ementa:

> "Concurso público. Candidato portador de deficiência visual. Ambliopia. Reserva de vaga. Inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal. § 2º do art. 5º da Lei n. 8.112/90. Lei n. 7.853/89. Decretos ns 3.298/99 e 5.296/2004. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o 'melhor'. A visão

> univalente – comprometedora das noções de profundidade e distância – implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. **A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988"** (RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13/11/2007, 1ª Turma, *DJ* de 1º/2/2008 – grifos meus).

Nesse voto, referendado pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, o Min. Britto afastou a ideia de que o Texto Constitucional somente autorizaria as políticas de ação afirmativa nele textualmente mencionadas, tais como a reserva de vagas para deficientes físicos ou para as mulheres.

Naquele acórdão, definiu-se que as políticas de ação afirmativa, compreendidas como medidas que tem como escopo "reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica", **não configuram meras concessões** do Estado, mas **consubstanciam deveres** que se extraem dos princípios constitucionais.

A Constituição brasileira – é importante notar – permite que se faça uma abordagem das políticas afirmativas muito mais abrangente daquela feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nos três principais precedentes daquele Tribunal – *Bakke v. Regents of the University of California*, *Gratz v. Bollinger* e *Grutter v. Bollinger* – entendeu-se que o uso de critérios étnico-raciais seria constitucional desde que (i) não configurasse reserva de vagas ou o estabelecimento de cotas; e (ii) fossem empregados em conjunto com outros fatores de aferição do mérito.

No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente.

Nesse sentido, Roger Raupp Rios assevera o quanto segue:

> "Tomando como ponto de partida o conceito de ações afirmativas como medidas que se valem de modo deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua

respectiva condição racial, étnica ou sexual, deve-se registrar, de início, que tais iniciativas não são desconhecidas no direito brasileiro.

Com efeito, diversamente do direito estadunidense, onde não há menção constitucional explícita a respeito desta possibilidade, o direito constitucional brasileiro contempla sua adoção. A proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos especiais, configura medida que se utiliza deliberadamente de critério sexual objetivando beneficiar um grupo que experimenta situação desvantajosa (basta considerar os níveis de desigualdade salarial entre homens e mulheres no exercício dos mesmos postos de trabalho ou os índices de escolaridade). Com relação aos deficientes físicos, a redação constitucional é ainda mais clara: dispõe sobre reserva percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência.

Nesta linha, pode-se ainda vislumbrar a determinação constitucional de medidas conscientes do ponto de vista étnico e racial relacionadas com a proteção das manifestações de culturas indígenas e afro-brasileiras, de modo expresso, merecendo tais grupos, portanto, atenção especial em virtude de suas situações de desvantagem histórica.

A preocupação, registrada no capítulo da Comunicação Social, com a veiculação das culturas regionais na produção e radiodifusão sonora e televisiva, também pode ser considerada, ainda que com alguma atenuação, modalidade de ação afirmativa voltada para a situação de desvantagem ou até mesmo exclusão relativa à origem regional".[62]

Essa posição, aliás, encontra ressonância em diversos trabalhos acadêmicos produzidos por integrantes desta Suprema Corte.

O Min. Joaquim Barbosa, *verbi gratia*, em sede doutrinária, destaca o quanto segue:

"Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, [...].

As ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os 'efeitos persistentes' da discriminação do passado, que tendem a se

---

[62] RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 191-192.

> perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada 'discriminação estrutural', espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos dominados".[63]

Para esse membro do STF,

> "[...] no plano estritamente jurídico [...], o Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional ".[64]

Trago também a lição da Min. Cármen Lúcia, segundo a qual

> "[...] a Constituição brasileira tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a ideia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los [...].
>
> Verifica-se, na Constituição de 1988, que os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são verbos de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. [...] Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade que a Constituição Federal assegura como direito fundamental de todos".[65]

Admitida, pois, a constitucionalidade: (i) das políticas de ação afirmativa, (ii) da utilização destas na seleção para o ingresso no ensino superior, especialmente nas escolas públicas, (iii) do uso do critério étnico-racial por essas políticas e (iv) da modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas, passo, então, a examinar a necessária **modulação** desse entendimento, acentuando, em especial, a sua **natureza transitória** e a **necessidade de observância da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados**.

---

63 GOMES, Joaquim Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro.* In: SANTOS, Sales Augusto. *Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas.* Brasília: ONU, BID e MEC, 2007. pp. 55-56.

64 GOMES, Joaquim Barbosa. *Instrumentos e Métodos de Mitigação da Desigualdade em Direito Constitucional e Internacional.* Rio de Janeiro, 2000. www.mre.gov.br.

65 ROCHA, Cármen Lúcia. *Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica.* In: *Revista Trimestral de Direito Público,* nº 15, 1996. pp. 93-94.

TRANSITORIEDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado.

Voltando, novamente, ao direito comparado, ressalto que esse também foi o entendimento da Suprema Corte norte-americana ao julgar o caso *Grutter v. Bollinger* (2003). Para aquele Tribunal

> "[...] políticas de admissão baseadas na consciência racial devem ser limitadas no tempo. Esse requisito reflete que classificações raciais, embora agindo nessa qualidade, são potencialmente perigosas tanto que não devem ser empregadas mais amplamente que o necessário. Consagrar uma justificativa permanente para preferências raciais ofenderia o princípio fundamental da igualdade. Não vemos razões para dispensar tais programas do requisito de que toda ação governamental que usa a raça deve ter um termo final lógico. A Escola de Direito também admite que 'programas raciais devem ter um tempo de duração limitado'.
>
> [...]
>
> A necessidade de que todo programa afirmativo baseado na raça deve ter termo final 'assegura a todos os cidadãos que o desvio na igualdade de tratamento entre todas as raças e grupos é uma medida temporária, uma medida tomada a serviço do próprio objetivo de igualdade'".[66]

Assim, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol

---

[66] *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). pp 342-343.

de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática.

No caso da Universidade de Brasília, que figura como arguida nesta ADPF, o critério da temporariedade foi cumprido, uma vez que o Programa de Ações Afirmativas instituído pelo Conselho Superior Universitário – COSUNI daquela instituição estabeleceu a necessidade de sua reavaliação após o transcurso do período de 10 anos.

Visto isso, passo, então, à verificação do último pressuposto para a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, qual seja, a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados.

PROPORCIONALIDADE ENTRE MEIOS E FINS

Como bem observa Paulo Lucena de Menezes, o controle de constitucionalidade do tratamento diferenciado que se impõe às pessoas, nos termos da conhecida fórmula de Ruy Barbosa,[67] é sempre casuístico, embora não se esgote no exame do fator de diferenciação utilizado pela regra discriminadora, incluindo, ainda, necessariamente,

> "[...] a análise da correspondência existente entre este e as disparidades adotadas [...], que deve ser considerada tanto no que se refere ao quesito pertinência (ou finalidade) da norma, como também no que tange à sua razoabilidade ou proporcionalidade. Esse exame, à evidência, não admite um grau elevado de abstração, pois ele só é factível quando definidos vários elementos que podem – e costumam – variar de caso para caso ".[68]

Não basta, pois, como já adiantei acima, que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais sob o ponto de vista da nobreza de suas intenções. É preciso também que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade.

---

[67] Conhecida fórmula proposta por Ruy Barbosa em sua *Oração dos Moços: "A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualdade os desiguais, na medida em que se desigualam".*

[68] MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 153-154.

As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de "um pequeno número" delas para "índios de todos os Estados brasileiros", pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição.

PARTE DISPOSITIVA

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo **improcedente** esta ADPF.

4 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 – RIO GRANDE DO SUL

Competência do Judiciário para determinar reformas em presídios, a fim de garantir a incolumidade física e moral dos detentos. [**RE 592.581/RS**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 1º-2-2016, RG, Tema 220, com mérito julgado.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul
Intimada: União
Advogado: Advogado-Geral da União
Intimado: Estado do Acre
Procurador: Procurador-Geral do Estado do Acre
Intimado: Estado do Amazonas
Procurador: Procurador-Geral do Estado do Amazonas
Intimado: Estado do Espírito Santo
Procurador: Procurador-Geral do Estado do Espírito Santo
Intimado: Estado de Minas Gerais
Advogado: Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais
Intimado: Estado do Piauí
Procurador: Procurador-Geral do Estado do Piauí
Intimado: Estado de Rondônia
Procurador: Procurador-Geral do Estado de Rondônia
Intimado: Estado da Bahia
Procurador: Procurador-Geral do Estado da Bahia
Intimado: Estado de Roraima
Procurador: Procurador-Geral do Estado de Roraima
Intimado: Estado do Amapá
Procurador: Procurador-Geral do Estado do Amapá
Intimado: Estado de Santa Catarina
Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina
Intimado: Estado de Mato Grosso do Sul
Procurador: Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul
Intimado: Distrito Federal
Procurador: Procurador-Geral do Distrito Federal
Amicus Curiae: Estado de São Paulo
Procurador: Procurador-Geral do Estado de São Paulo
Amicus Curiae: Estado do Pará
Procurador: Procurador-Geral do Estado do Pará

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABIILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I – É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.
II – Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.
III – Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.
IV – Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.
V – Recurso conhecido e provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) –

1. RESUMO DA CONTROVÉRSIA

A controvérsia central deste recurso extraordinário está em saber se cabe ao Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer, consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais de pessoas sob custódia temporária do Estado.

Em palavras distintas, indaga-se a esta Suprema Corte se, tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado, e, de outro, considerada a delicada situação orçamentária na qual se debatem a União e os entes federados, estariam os juízes e tribunais autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer, com relação aos presos, o princípio da dignidade humana e os direitos que a Constituição Federal lhes garante, em especial o abrigado em seu art. 5º, XLIX[69].

2. SITUAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA SOB EXAME

Como é cediço, uma vez submetido algum recurso extraordinário à sistemática da repercussão geral, as teses nele fixadas servirão de baliza à atuação das demais instâncias do Judiciário em casos análogos. Daí a necessidade de analisar-se a questão nele debatida de forma abrangente, abordando, tanto quanto possível, todos os seus aspectos fáticos e legais.

Consta dos autos, de forma inconteste, que a situação em que se acha o Albergue Estadual de Uruguaiana é efetivamente atentatória à integridade física e moral de seus detentos.

Com efeito, não foi objeto de qualquer disputa, ao longo de toda a tramitação do feito, o precário estado de conservação das instalações do referido estabelecimento prisional.

Da mesma forma não foi rebatida, em nenhum momento processual, a afirmação segundo a qual os detentos estão permanentemente expostos a risco de morte em razão das péssimas condições da fiação elétrica do citado Albergue, havendo notícia, inclusive, de que um dos presos perdeu a vida por eletrocussão.

A fim de ilustrar tal conjuntura, colho das contrarrazões à apelação, apresentadas pelo Ministério Público gaúcho, em 22/10/2007, a seguinte assertiva:

> "O quadro geral do Albergue de Uruguaiana está descrito no relatório elaborado pelo Conselho Penitenciário (doravante CP) da própria Secretaria Estadual da Justiça e Segurança, juntado no

---

[69] Art. 5º, XLIX: "é assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral."

> Inquérito Civil Público. O CP inspecionou o local no dia **04 de outubro de 2004.** O relatório destaca os seguintes problemas estruturais do prédio:
>
> 1. O local é visivelmente inapropriado para habitação, pois possui umidade exacerbada e há grande concentração de pós, o que o torna insalubre;
>
> 2. O banheiro do alojamento encontra-se em péssimo estado, necessitando de reforma urgente;
>
> 3. As instalações elétricas estão visíveis, porque não existe teto;
>
> 4. Parte do telhado está cedendo.
>
> O CP conclui que as condições estruturais do Albergue 'não podem perdurar' porque 'põem em risco a vida de funcionários e apenados'.
>
> **Alguns desses problemas já haviam sido detectados na inspeção realizada pela Corregedoria-Geral do Sistema Penitenciário em fevereiro de 2004.** No relatório dos corregedores consta a avaliação do então promotor de Justiça que atuava na Vara de Execuções Criminais a respeito de sua 'péssima impressão quanto aos aspectos físicos dos alojamentos do albergue, ocasionando precárias condições para o convívio humano', **existindo inclusive menção sobre a intenção de promover a interdição da casa prisional"** (fls. 353-354 – grifei).

Nesse contexto, após regular instrução do feito, o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Uruguaiana/RS, em 2/7/2007, condenou o Estado do Rio Grande do Sul a

> "[...] realizar, no prazo de 06 (seis) meses, obras de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana, de modo a adequá-lo aos requisitos básicos da habitalidade e salubridade dos estabelecimentos penais, quais sejam:
>
> a) conserto dos telhados onde há infiltração e umidade;
>
> b) instalação de forro sob o telhado em todos os dormitórios;
>
> c) conserto de janelas e substituição de vidros quebrados;
>
> d) conserto das instalações hidrossanitárias, especialmente de canos com vazamentos, e dos esgotos abertos no pátio;
>
> e) adequação das instalações elétricas, especialmente dos fios e tomadas aparentes;
>
> f) revestimento das áreas molhadas (paredes dos banheiros, etc.) de maneira que fiquem lisos, laváveis e impermeáveis" (fl. 333).

Cumpre registrar, por oportuno, que o próprio Tribunal de Justiça gaúcho, reconheceu, em seu acórdão, que a situação degradante a que estão submetidos os detentos do Albergue Estadual importa em patente desrespeito à sua dignidade pessoal.

Apesar de haver constatado tal atentado aos direitos dos presos, por ocasião da análise do mérito da questão, entendeu aquela Corte ser

> "[...] diversa a carga de eficácia quando se trata de direito fundamental prestacional proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou quando sob forma que permita, de logo, com ou sem interposição legislativa, o reconhecimento de direito subjetivo do particular (no caso do preso), como titular de direito fundamental.
>
> [...]
>
> Para além disso, sua efetiva realização apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar**. Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É a denominada 'reserva do possível'** [...]" (fl. 377 - grifei).

Tal é a situação fática e jurídica sujeita à apreciação desta Suprema Corte.

3. PENA COMO MEDIDA DE RESSOCIALIZAÇÃO

A regra geral que comanda a vida nas sociedades democráticas é a mais plena liberdade de agir dos indivíduos. Tudo aquilo que o ordenamento legal não proíbe é lícito realizar, especialmente no campo dos negócios entre particulares. Esse postulado encontra-se consubstanciado, dentre outros, no art. 5º, II, da Constituição Federal, de acordo com o qual "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Existem, todavia, certos comportamentos que colocam em risco o relacionamento harmônico entre os membros de uma comunidade, botando em xeque a própria paz social. São ações que podem causar – e não raro causam efetivamente – lesões graves e, até mesmo, irreparáveis à vida, à incolumidade física e à honra das pessoas. Outras vezes acarretam danos ao patrimônio público ou privado. São atitudes que, evidentemente, não podem ser toleradas pela sociedade sob nenhum pretexto.

Alguns desses ilícitos são, eventualmente, remediados mediante ressarcimento pecuniário ou, quiçá, por um pedido público de desculpas. Mas nem sempre isso é possível. Existem transgressões tão sérias que ameaçam a própria consecução do bem comum, fundamento último do Estado de Direito, as quais só podem ser coibidas ou reparadas com a aplicação de penas restritivas de liberdade, combinadas eventualmente com sanções pecuniárias.

Surge nesse caso o denominado *jus puniendi* estatal, que representa "a justa reação do Estado contra o autor da infração penal, em nome da defesa da ordem e da boa convivência entre os cidadãos"[70].

Ocorre que o direito de punir do Estado não é ilimitado e muito menos arbitrário, pois, entre nós, como nos demais países civilizados, ele se encontra circunscrito pelo princípio da reserva legal, cuja dicção constitucional é a seguinte: "não há crime sem lei anterior, nem pena sem prévia cominação legal"[71].

Em outras palavras, uma conduta, para que possa ser considerada criminosa, precisa estar tipificada em lei formal anteriormente editada. Do mesmo modo, a sanção correspondente deve constar do preceito secundário da norma penal incriminadora, não podendo ser aplicada, em nenhuma hipótese, em limites superiores àqueles previstos pelo legislador.

Longe estamos, hoje, das teorias absolutistas do passado, que consideravam as sanções penais uma exigência de justiça, um imperativo categórico, à moda de Kant, punindo-se alguém como simples consequência do cometimento de um delito. A pena, então, explicava-se como mera retribuição jurídica por um mal cometido (*punitur quia peccatum est*)[72]. Ao mal do crime revidava-se com o mal da punição em escala correspondente, como uma mensagem dissuasória aos futuros delinquentes.

A pena, nos dias atuais, sobretudo no Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos, tem uma função eminentemente ressocializadora, ou seja, tem o escopo de reintroduzir o egresso do sistema penitenciário no convívio social, de torná-lo um cidadão prestante, após ter ele saldado seu débito para com a sociedade. Veja-se o que tem a dizer Claus Roxin a propósito do tema:

---

70 MIRABETE, Julio Fabbbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 24.

71 Art. 5º, XXXIX, da CF.

72 NORONHA, Magalhães Edgard. *Direito Penal*. 1º vol. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 28.

> "[...] servindo a pena exclusivamente a fins racionais e devendo possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora. O facto da ideia de educação social através da execução da pena ser de imediato tão convincente, deve-se a que nela coincidem prévia e amplamente os direitos e deveres da colectividade e do particular, enquanto na cominação e aplicação da pena eles apenas se podem harmonizar através de um complicado sistema de recíprocas limitações".[73]

Da lição do mestre alemão, destaca-se não apenas a ideia de que a sanção tem como fim último a reintegração do delinquente na coletividade, mas também que ela deve conferir à retribuição pelo crime cometido um sentido de racionalidade e proporcionalidade, quer dizer, seu escopo é fazer com que a pena não passe de limites prévia e expressamente previstos em lei, de modo a que as penitenciárias não sejam instituições que exacerbem o natural sentido de revolta ou mesmo de injustiça daqueles que delas saem, para logo depois – como é comum – retornarem como reincidentes na prática do mesmo ou de outros crimes.

4. ALGUMAS NOTAS HISTÓRICAS

Como se descreve na obra *História das prisões no Brasil*, que toma de empréstimo expressão de Olavo Bilac, as primeiras prisões então consideradas "modernas" já nasceram "tortas e quebradas"[74], constituindo, pois, um problema mais do que secular no Brasil.

Muito embora a Constituição de 1824, bem como o Código Criminal de 1830, tenham introduzido uma concepção mais *aggiornata* acerca da pena de prisão em nosso País[75], o que se percebeu ao longo do tempo foi uma completa ausência de propostas no sentido de criar-se estabelecimentos prisionais adequados, que pudessem, ainda que minimamente, dar efetividade aos comandos legais previstos naqueles textos normativos.

---

[73] ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais do Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1986. p. 40.

[74] MAIA, Clarissa Nunes *et al* (org.). *História das prisões no Brasil*. Volume I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 9.

[75] *Idem, ibidem*. p. 287.

Interessantemente, a Constituição Política do Império já consignava, em seu art. 179, XXI, que as cadeias seriam seguras, limpas e bem arejadas e que haveria diversas casas para separação dos apenados, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes, além de ter abolido, no inciso XIX daquele mesmo dispositivo, "os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis".

Por sua vez, o Código Criminal do Império trouxe a previsão de pena privativa de liberdade, acrescida de atividades laborais para a maior parte dos crimes, redefinindo a função das prisões, que passariam, a partir de então, a ser

> "[...] não mais um lugar de passagem à espera da sentença final, decretada geralmente em forma de multa, degredo, morte ou trabalhos públicos, mas [passariam a adquirir] um papel importante na organização da sociedade brasileira na primeira metade do século XIX"[76].

Partindo-se da premissa de que a pena teria a função de separar temporariamente o criminoso da sociedade e, depois de cumprida, requalificá-lo para que nela pudesse regressar, foram construídas, desde a metade do século XIX, "Casas de Correção" nas principais cidades brasileiras, pensadas como estabelecimentos fechados, voltados para disciplina, educação e trabalho, "já que o desvio do indivíduo era interpretado, muitas vezes, como falta de instrução e ignorância"[77].

Ocorre que, mesmo naquela época, os problemas carcerários já se mostravam preocupantes, porquanto as manchetes dos jornais noticiavam, com frequência, rebeliões, fugas em massa, maus-tratos de detentos, além de denúncias de corrupção por parte de administradores das prisões, escancarando a desorganização e o abandono dessas Casas de Correção.

O relatório elaborado por uma comissão designada pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, nos idos de 1905, após visita à Casa de Correção do Estado do Rio de Janeiro, além de veicular críticas às condições físicas e de higiene daqueles estabelecimentos, explicitava ainda o seguinte:

> "O que a Comissão encontrou, e denuncia a V. Ex., foi um depósito de presos, onde tudo é primitivo e desordenado, praticado sem plano, sem conhecimento do que seja sistema penitenciário

---

[76] *Idem, ibidem*. p. 288.
[77] *Idem, ibidem*. p. 310.

> que tem de ser executado em todas as suas partes, sem discrepância, harmonicamente, para poder atingir seus elevados e humanitários fins [...] E para que fique bem firmado na memória de V. Ex. o que a Comissão pensa, em resumo, ela dirá: A Casa de Correção não tem administração, não tem sistema, não tem moralidade ou melhor: Não há Casa de Correção"[78].

Essa era no passado, e continua sendo no presente, só que em escala ampliada, a situação de nosso sistema prisional.

5. PANORAMA ATUAL DAS PRISÕES BRASILEIRAS

Ouso assinalar, desde logo, que até o mais desinformado dos cidadãos possui algum conhecimento acerca do quadro de total falência do sistema carcerário brasileiro, o que faz com que tal problema ultrapasse as fronteiras do Rio Grande do Sul, constituindo, de resto, antiga mazela nacional.

O senso comum não nega – ao contrário, reafirma – que o histórico das condições prisionais no Brasil é de insofismável precariedade.

Nesse contexto, são recorrentes os relatos de sevícias, torturas físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas nos presídios.

Esse evidente caos institucional, à toda evidência, compromete a efetividade do sistema prisional como instrumento de reabilitação social dos detentos, a começar pela carência crônica de vagas, que faz com que os estabelecimentos carcerários sejam verdadeiros "depósitos" de pessoas.

De acordo com o relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em junho de 2014, o déficit de espaço nas prisões brasileiras ultrapassou a soma de 230 mil vagas[79], fato que constitui uma das principais causas que contribuem para o agravamento da crise no sistema.

---

[78] *Idem, ibidem*. pp. 284-285.

[79] Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>. Acesso em 29.06.15. Acesso em 12.08.15.

Os fatores negativos acima descritos, fartamente veiculados pelos meios de comunicação, longe de representarem qualquer sensacionalismo midiático, revelam o cenário dantesco a que são submetidos os presidiários em nosso País.

Abundam relatos de detentos confinados em contêineres expostos ao sol, sem instalações sanitárias; de celas previstas para um determinado número de ocupantes nas quais se instalam diversos "andares" de redes para comportar o dobro ou o triplo da lotação prevista; de total promiscuidade entre custodiados primários e reincidentes e, ainda, entre presos provisórios e condenados definitivamente; de rebeliões em que agentes penitenciários e internos são feridos ou assassinados com inusitada crueldade, não raro mediante decapitações.

Ressalto que, longe de buscar escandalizar, o escopo dessa abordagem é apenas contextualizar a discussão travada nestes autos e evidenciar uma realidade que deve ser enfrentada com medidas efetivas, não só por esta Suprema Corte, em particular, e pelo Judiciário, como um todo, mas também pelas demais instituições públicas e mesmo privadas, direta ou indiretamente, envolvidas na questão.

6. DESCIDA AO INFERNO DE DANTE

Esse terrível panorama vem sendo reiteradamente realçado em documentos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por ocasião de inspeções realizadas em presídios nos distintos Estados brasileiros. A partir delas, esse cenário de horror começou a ser melhor conhecido dentro e fora do Judiciário, especialmente depois da realização dos denominados "Mutirões Carcerários", instituídos em 2008 pelo referido órgão[80].

Permito-me extrair, a título ilustrativo, excerto do relatório de inspeções realizadas em estabelecimentos penais e socioeducativos no Estado do Espírito Santo, em maio de 2009, abaixo transcrito:

> "[...] **No Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha há apenas uma grande cela, na qual se amontoavam 256 presos (a capacidade é para apenas 36) e apenas um sanitário**. Não há qualquer separação de presos doentes ou presos idosos – todos dividem o mesmo espaço.

---

[80] Sobre o tema: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucaopenal/pj-mutirao-carcerario>. Acesso em 12/8/2015.

O Centro de Detenção de Novo Horizonte, também conhecido como Cadeia Modular ou, ainda, Cadeia dos Contêineres, tampouco estabelece qualquer divisão entre os presos.

[...]

No Presídio Modular de Novo Horizonte há infestação de ratos e grande quantidade de lixo e entulho acumulados no pátio.

Em Novo Horizonte **há presos que têm marca de mordidas de roedores e a quantidade de lixo é tanta que há permanente chorume no piso do estabelecimento. A caixa de água tem vazamento que inunda o local para banho de sol e mistura lixo e esgoto a céu aberto.**

Em Argolas as embalagens em que são servidas as refeições servem também para depósito de fezes, pois não há vaso sanitário na cela improvisada que fica no corredor que dá acesso a outras duas celas do estabelecimento.

Na DPJ de Vila Velha há sete fileiras de redes amarradas na cela e os presos ficam apenas deitados, pois não têm espaço para ficarem de pé, sendo que alguns estão nessas condições há mais de um ano, e sem espaço apropriado para banho de sol.

[...]

Na DPJ de Jardim América há tanta gente que o agente carcerário é obrigado a solicitar ajuda de outros agentes e dos próprios presos para poder trancar as celas. Literalmente os presos são socados dentro das celas.

[...]

Ainda na mesma DPJ [Vila Velha] havia um preso seriamente ferido que sangrava muito. O sangue escorria no chão por baixo dos demais presos.

[...]

No Presídio Modular, embora afirme o diretor que o direito à visitação era permitido, as visitas só ocorriam no parlatório, um espaço entre grades de segurança destinado a receber visitas para os detentos. A dificuldade, contudo, era que essas grades só permitem o contato visual, sem ao um menos (*sic*) um cumprimento, aperto de mão, etc.

[...]

Com tais restrições e sem acesso à televisão, rádio ou jornal, os presos não têm contato com o mundo exterior. Muitos não acompanham notícia alguma. Os presos provisórios não votam. Em nenhum estabelecimento havia biblioteca – não leem, não estudam, não têm atividade recreativa, ficam o tempo todo ociosos.

> **A frase mais ouvida dos diretores dos estabelecimentos era a de que os presos apenas permaneciam presos porque eles (os presos) assim o desejavam. As condições para fugas e rebeliões são sempre renovadas"**[81] (grifei).

Relativamente aos estabelecimentos destinados à internação de menores da mencionada unidade da federação, segue o relato:

> "É grave a situação das instituições socioeducacionais, sem qualquer separação de idade e compleição física. Não há separação entre educandos maiores e menores. **Na Unidade de Internação SocioEducativa alguns deles dividiam o mesmo espaço em contêineres a céu aberto.**
>
> [...]
>
> **Duas dessas caixas metálicas estavam expostas ao sol, sem banheiros e sem água encanada. Nessas condições, eram obrigados a defecar e urinar dentro do próprio contêiner e, ao início do dia, o piso era lavado e os excrementos depositados ao lado das caixas metálicas. O cheiro é repulsivo. Uma das celas estava fora de prumo e os excrementos dos adolescentes ficavam acumulados como um córrego no canto sulcado do caixote. Alguns adolescentes vomitavam.**
>
> [...]
>
> **Falta-lhes, ainda, tratamento condigno. Vários menores estão em contêineres. Dois desses módulos estão expostos às intempéries climáticas. Sob o sol, o calor dentro da caixa chega a 50º"** (grifei).

A propósito, notícia de 17/11/2009, veiculada em portal da rede mundial de computadores, registrou que duas celas do Departamento de Polícia Judiciária – DPJ, de Vila Velha, tiveram de ser temporariamente interditadas, pois estavam cheias de fezes, sujeira e muito lixo[82].

---

[81] Disponível em: <http://www.vepema.com.br/novosite/wa_files/relatrio-es-cnj.pdf>. Acesso em 12.8.2015.

[82] Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4106806-EI5030,00-Sujeira+e+superlotacao+interditam+celas+de+-DP+em+Vitoria.html#tarticle>. Acesso em 12.8.2015.

7. EXCURSIONANDO PELO HADES

Tomo ainda como exemplo dessa verdadeira chaga institucional a situação descrita no relatório das visitas de inspeção realizadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, no Estado do Rio Grande do Sul, entre os dias 13 e 14 de julho e 10 e 11 de agosto de 2009[83]:

> "[...] **O Presídio Central de Porto Alegre – PCPA – destina-se à custódia de presos em regime fechado e provisórios, do sexo masculino, contendo 4.807 presos na data da inspeção (13 de julho). A capacidade do estabelecimento é de 2.069 presos**, sendo que as celas possuem diferentes metragens (6 a 19,96 m²).
>
> [...]
>
> **A estrutura predial dos estabelecimentos visitados está em péssimas condições, necessitando de reformas estruturais, hidráulicas, elétricas e sanitárias.**
>
> [...]
>
> As infiltrações nas paredes são visíveis, inclusive nas alas recentemente inauguradas. O presídio possui extensa área onde é lançado o lixo a céu aberto, onde escorre água e esgoto o dia todo, contribuindo para a proliferação de insetos e pragas. **Durante a inspeção, foram vistas várias ratazanas percorrendo o pátio e as paredes externas das galerias.** Os Promotores de Justiça que nos acompanhavam relataram que o Ministério Público já propôs ação civil pública em face do Estado visando à retirada do lixo do local, mas as decisões judiciais ainda não haviam sido cumpridas. Ademais, os quatro novos pavilhões construídos no final do ano de 2008, com capacidade para 492 vagas, não resolveram a questão da superlotação carcerária. Presos provisórios e condenados dividem mesmas celas e pátio de banho de sol, em flagrante descumprimento ao disposto no artigo 84, da Lei de Execução Penal.
>
> [...]
>
> **Visita ao Albergue Padre Pio Buck:**
>
> [...]
>
> **As condições são subumanas, constatando-se uma desagradável superlotação, péssimas instalações físicas (especialmente elétricas e hidráulicas), que, inclusive, põem em iminente risco**

[83] Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDA5701978080B47B798B690E484B49285PTBRIE.htm>. Relatório de inspeção em estabelecimentos prisionais do Rio Grande do Sul na data de 24 de agosto de 2009. Acesso em 12.8.2015.

> **a vida, a incolumidade física e a saúde dos que ali se encontram 'enjaulados'. É comum ver 'gambiarras' em todos os alojamentos visitados, já que toda a parte elétrica está descoberta e possui ligações indevidas. Os internos têm por costume usar fogões elétricos, que além de serem ligados por fios descoberto, cruzam a cela, ficam muito próximos das colchas, toalhas e roupas, o que, por um mínimo descuido, pode ocasionar uma tragédia"** (grifei).

Embora tenha pinçado como exemplos os relatórios de inspeções referentes aos Estados do Espírito Santo e do Rio Grande do Sul, é de sabença geral que a realidade do sistema prisional brasileiro, como um todo, não difere substancialmente do que neles foi constatado.

8. OLHAR DO FISCAL DA LEI

Da mesma forma, o relatório intitulado "A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro", elaborado pelo Conselho Nacional do *Parquet*, divulgado em 2013, expõe outros dados alarmantes. Confira-se:

> "Os 1.598 estabelecimentos inspecionados possuem capacidade para 302.422 pessoas, mas abrigavam, em março de 2013, um total de 448.969 presos. O déficit é de 146.547 ou 48%. **A superlotação é registrada em todos as regiões do país e em todos os tipos de estabelecimento (penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, etc.)**. O déficit de vagas é maior para os homens. O sistema tem capacidade para 278.793 pessoas do sexo masculino, mas abrigava 420.940 homens presos em março de 2013. Para as mulheres, são 23.629 vagas para 28.029 internas.
>
> *Separações*
>
> **As inspeções verificaram que a maior parte dos estabelecimentos não faz as separações dos presos previstas na Lei de Execuções Penais**. Segundo o relatório, 1.269 (79%) estabelecimentos não separam presos provisórios de definitivos; 1.078 (67%) não separam pessoas que estão cumprindo penas em regimes diferentes (aberto, semiaberto, fechado); 1.243 (quase 78%) não separam presos primários dos reincidentes. Em 1.089 (68%) locais, não há separação por periculosidade ou conforme o delito cometido; em 1.043 (65%), os presos não são separados conforme facções criminosas. Há grupos ou facções criminosos identificados em 287 estabelecimentos inspecionados (17%).
>
> *Fugas, integridade física dos presos e disciplina*

Entre março de 2012 e fevereiro de 2013, foram registradas 121 rebeliões, 23 das quais com reféns. Ao todo, houve 769 mortes, das quais 110 foram classificadas como homicídios e 83 como suicídios. Foram registradas 20.310 fugas, com a recaptura de 3.734 presos e o retorno espontâneo de 7.264. Os casos em que presos, valendo-se de saída temporária não vigiada, não retornam na data marcada, são computados como fuga ou evasão. **Houve apreensão de drogas em 654 locais, o que representa cerca de 40% dos estabelecimentos inspecionados.**

No quesito disciplina, o relatório mostra que 585 estabelecimentos (37%) não observam o direito de defesa do preso na aplicação de sanção disciplinar. Em 613 locais (38%), o ato do diretor da unidade que determina a sanção não é motivado ou fundamentado; em 934 (5), nem toda notícia de falta disciplinar resulta em instauração de procedimento. As sanções coletivas foram registradas em 116 estabelecimentos (7%). Em 211 (13%) locais não é proporcionada assistência jurídica e permanente; **em 1.036 (quase 65%), não há serviço de assistência jurídica no próprio estabelecimento.**

Assistência material, saúde e educação

Quase metade dos estabelecimentos (780) não possui cama para todos os presos e quase um quarto (365) não tem colchão para todos. A água para banho não é aquecida em dois terços dos estabelecimentos (1.009). Não é fornecido material de higiene pessoal em 636 (40%) locais e não há fornecimento de toalha de banho em 1.060 (66%). A distribuição de preservativo não é feita em 671 estabelecimentos (42%). As visitas íntimas são garantidas em cerca de dois terços do sistema (1.039 estabelecimentos).

Cerca de 60% dos estabelecimentos (968) não contam com biblioteca; falta espaço para prática esportiva em 756 locais (47%) e para banho de sol (solário) em 155 (10%)"[84] (grifei).

Essa é a cruel realidade dos presídios confirmada, desta feita, pelo Ministério Público.

9. FÁBRICAS DE CRIMINOSOS

Passada a Idade Média, em pleno Iluminismo, Cesare Beccaria, já no século XVIII, em seu clássico *Dei delliti e delle penne*, formulava a seguinte indagação:

---

[84] Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cnmp-sobre-sistema-prisional>. Acesso em 12/8/2015.

> "É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranquilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas?"[85].

Desde então continua inalterada a condição das prisões tidas como "modernas". Segundo veio a descrever, tempos depois, Michel Foulcault, em sua conhecida obra *Vigiar e punir*, elas, ao invés de devolver os egressos à sociedade plenamente recuperados, na verdade contribuem para exacerbar ainda mais o seu sentimento de revolta pela existência indigna que o Estado lhes impõe para o cumprimento das respectivas penas. Nesse sentido, acrescenta o pensador francês que

> "[...] 'o sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim **exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça**'"[86] (grifei).

Nos dias atuais, as preocupações de Beccaria e de Foucault, lançadas em períodos históricos tão distintos, continuam plenamente válidas. Creio que, depois, a situação das prisões tenha até mesmo piorado sensivelmente, sobretudo no Brasil.

Segundo os dados constantes do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen[87], do Ministério da Justiça, a população carcerária, no final de junho de 2014, era integrada por mais de 600 mil detentos, expostos, em sua maior parte, às já mencionadas agruras do sistema, em colisão frontal, dentre outros dispositivos legais, com o disposto nos arts. 1º, III, e 5º, XLIX, da Carta Magna, que tratam, respectivamente, da dignidade da pessoa humana e das garantias asseguradas aos presos, em especial ao respeito à sua integridade física e moral.

---

85 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 93.

86 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 62.

87 Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>. Acesso em 12/8/2015.

Buscando a origem desse fenômeno, que revela verdadeira patologia institucional, Yolanda Catão e Elizabeth Sussekind, de há muito, aventaram que ele se deve, em grande parte, a uma indisfarçável discriminação social contra os detentos em nosso País, especialmente em razão do

> "[...] fato de o preso provir de meio social pobre. Como forma de descarregar tensões e agressividades sociais, ele torna-se um 'bode expiatório' no sentido de que todas as culpas da violência estrutural e os ódios existentes entre as classes recaem sobre essa minoria desprotegida e que não tem como se defender contra um sistema institucionalizado e bem organizado[88]."

Isso, continuam as citadas autoras, faz com que nem os estratos sociais mais baixos e muito menos as classes médias e altas queiram identificar-se com os presos, predominando uma visão maniqueísta relativamente a eles, de maneira a dividir a sociedade entre pessoas "inofensivas" e "perigosas". Essa perspectiva distorcida, fundada em indisfarçável preconceito de classe, leva a que ninguém se anime a dar voz às necessidades e carências desses seres humanos entregues à sua miserável sorte[89].

10. PRISÕES E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sejam quais forem os motivos que deram causa a essa situação, cumpre ressaltar que o postulado da dignidade da pessoa humana, nas palavras de José Afonso da Silva, "não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional"[90].

Ainda na lição do renomado mestre, o primeiro ordenamento jurídico a abrigar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor basilar, foi o alemão, em sua Lei Fundamental, em razão de haver o Estado Nazista protagonizado gravíssimos delitos contra a humanidade invocando, com desabrido despudor, fatídicas "razões de Estado".

---

88 *FRAGOSO, Heleno et al. Direitos dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 81.

89 Idem, *loc. cit*.

90 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38.

No caso brasileiro, os conhecidos abusos e crimes cometidos contra cidadãos e estrangeiros durante o regime de exceção, que durou aproximadamente de 1964 a 1985, ensejaram a inclusão da dignidade da pessoa humana no corpo da denominada "Constituição-Cidadã" como um dos pilares do Estado Democrático de Direito que ela institui e consagra[91].

Na precisa síntese de J. J. Gomes Canotilho:

> "Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República"[92].

Com efeito, a partir das incontáveis barbáries cometidas em nome do Estado, especialmente no século passado, indelevelmente tisnado por duas terríveis guerras mundiais, que resultaram em milhões de pessoas mortas, feridas, mutiladas e desenraizadas de seus locais de origem, realizou-se um enorme esforço da comunidade internacional para elevar o princípio da dignidade humana à estatura de um paradigma universal a ser observado por todos os Estados civilizados.

Na precisa recapitulação de Ingo Sarlet, ele consubstancia

> "[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos"[93].

---

91 *Idem, ibidem*. p. 37.

92 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina. p. 225.

93 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

Nessa linha, erigiu-se a dignidade da pessoa humana à categoria de um "sobreprincípio" justamente para impor limites expressos à atuação do Estado e de seus agentes, com reflexo direto no *jus puniendi* que ele detém como *ultima ratio* para garantir a convivência pacífica das pessoas em sociedade.

Mas o que se verifica, hoje, relativamente às prisões brasileiras, é uma completa ruptura com toda a doutrina legal de cunho civilizatório construída no pós-guerra. Trata-se de um processo de verdadeira "coisificação" de seres humanos presos, amontoados em verdadeiras "masmorras medievais", que indica claro retrocesso relativamente a essa nova lógica jurídica.

O fato é que a sujeição dos presos às condições até aqui descritas mostra, com clareza meridiana, que o Estado os está sujeitando a uma pena que ultrapassa a mera privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização.

Sim, porque tais pessoas, muito embora submetidas à guarda e vigilância do Estado, devem merecer dele a necessária proteção, inclusive e especialmente contra violências perpetradas por parte de agentes carcerários e outros presos.

O tratamento dispensado aos detentos no sistema prisional brasileiro, com toda a certeza, rompe com um dogma universal segundo o qual eles conservam todos os direitos não afetados pelo cerceamento de sua liberdade de ir e vir, garantia, de resto, expressa, com todas as letras, no art. 3º de nossa Lei de Execução Penal[94].

11. INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

A centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem.

---

[94] LEP – Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Basta lembrar, nesse sentido, que uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, abrigado no art. 5º, XXXV, de nossa Constituição, segundo o qual "a lei não subtrairá à apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito".

A partir dessa cláusula, é possível deduzir, de forma complementar, o direito à plena cognição da lide pelo Estado-juiz, definido como um "ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo"[95].

No juízo criminal, convém ressaltar, a cognição é a mais ampla possível, pois nele se busca a "verdade real", bem distinta daquela "verdade formal", que, muitas vezes, basta para encerrar um litígio cível.

Outro aspecto a sublinhar é que os juízes são adotados do poder geral de cautela consistente em uma competência, mediante o qual lhes é permitido conceder medidas cautelares atípicas, que não estão explicitadas em lei, sempre que estas se mostrarem necessárias para assegurar, nos casos concretos submetidos à jurisdição, a efetividade do direito buscado. Em outros termos, elas são cabíveis, no dizer de Vicente Greco Filho, "quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação"[96].

O postulado da inafastabilidade da jurisdição é um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, pois impede que lesões ou ameaças de lesões a direitos sejam excluídas da apreciação do Judiciário, órgão que, ao lado do Legislativo e do Executivo, expressa a soberania popular.

Trata-se de um verdadeiro marco civilizatório, que prestigia a justiça contra o força, sobretudo a moderação diante do arbítrio, na solução dos litígios individuais e sociais. Resulta de uma longa evolução histórica, em que se superou a concepção bíblica resumida na expressão "olho por olho, dente por dente", materializada já no vetusto Código de Hamurabi.

---

95 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2a ed. Campinas: Bookseller, 2000. pp. 58-59.

96 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volume 3. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 171.

A autotutela dos pretensos direitos dos ofendidos imperou durante séculos, até que se passou a entender que o exercício arbitrário das próprias razões constitui um ilícito quiçá mais grave do que aquele que se pretende remediar pela força.

Já na época dos antigos romanos, os litígios privados passaram a ser resolvidos pelos pretores, agentes do Estado especialmente preparados para tal função, tendo em conta a lei, a tradição e a jurisprudência.

Mesmo na Idade Média, os senhores feudais chamaram para si a solução dos litígios, de maneira a impedir que os envolvidos buscassem fazer "justiça" com as próprias mãos, causando a ruptura da paz social.

Mas a noção da inafastabilidade de uma jurisdição estatal independente surgiu apenas na Idade Contemporânea, momento em que se percebeu que o poder, inclusive o de dizer o direito, não é mais exercido em nome do monarca, segundo seus desígnios e interesses pessoais, por intermédio de aristocratas ou agentes reais, discricionariamente escolhidos.

Os magistrados, a partir de então, legalistas e independentes, escolhidos por processos mais transparentes, que se foram objetivando com o passar do tempo, começam a dizer o direito em nome do povo, aplicando, aos casos concretos, normas legais aprovadas *in abstracto* pelos representantes deste nos Parlamentos.

Desde esse momento os juízes passam a exercer, com exclusividade, "a função jurisdicional, sendo o seu compromisso ético somente com a justiça, envolvida por seus escopos e voltada para o bem comum"[97].

12. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sabe-se hoje, que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e "positivamente vinculantes", como ensina Gomes Canotilho[98].

---

[97] RULLI JÚNIOR, Antônio. *Universalidade da jurisdição*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 141.

[98] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 352.

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram.

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário.

Segundo assentei em sede acadêmica, os direitos individuais, institucionalizados há mais de trezentos anos, além de claramente exteriorizados, por meio de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, encontram-se protegidos por uma série de garantias bem definidas, que pouco variam de um sistema jurídico para outro[99].

Assim, **contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido**, penso que **não se está diante de normas meramente programáticas**. **Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública**.

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

Nesse contexto, **não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas** na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes.

13. REGRAS INFRACONSTITUCIONAIS VIOLADAS

As condições escandalosamente degradantes em que se acham os presos em nosso País, não apenas revelam situação incompatível com diversos preceitos da Carta Magna, em especial os contidos nos arts. 1º, III, e

---

[99] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 177.

5º, XLIX, conforme já apontei acima, como também se contrapõem a dispositivos legais específicos sobre o assunto, a saber: os arts. 3º, 40, e 85, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP). Confira-se:

> "Art. 3º **Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei**.
>
> Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.
>
> [...]
>
> Art. 40 – **Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios**.
>
> [...]
>
> Art. 85. **O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade**.
>
> Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades" (grifei).

Como se vê, a LEP, por meio dos dispositivos acima referidos, assegura aos condenados e internados em geral todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Impõe, ademais, a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos custodiados, inclusive, dos presos provisórios.

De outra banda, a Lei de Execução Penal prescreve, no *caput* de seu art. 88, que o condenado será alojado em cela individual integrada por dormitório, aparelho sanitário e lavatório. E, em seu parágrafo único, estabelece os requisitos mínimos de cada alojamento prisional, quais sejam: salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, compreendendo uma área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados).

Mas não é só!

A LEP prevê, ainda, que os estabelecimentos prisionais deverão ter lotação compatível com a respectiva estrutura e finalidade, assentando, mais, que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP/MJ estabelecerá o limite máximo da capacidade destes.

Além disso, existem normas regulamentares constantes da Resolução nº 14 de 1994, do CNPCP/MJ, cuja competência encontra-se definida no art. 64 da LEP[100], as quais devem ser obrigatoriamente respeitadas quanto aos presos.

A mencionada Resolução fixa as regras mínimas para o tratamento de presos no Brasil em seus arts. 1º, 3º, 7º, 8º, 9º, 10 e 13. Eis a sua redação:

> "Art. 1º As normas que se seguem obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário devendo ser aplicadas sem distinção de natureza racial, social, sexual, política, idiomática ou de qualquer outra ordem.
>
> [...]
>
> **Art. 3º É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.**
>
> [...]
>
> Art. 7º Presos pertencentes a categorias diversas devem ser **alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais** tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

---

[100] Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:
I – propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;
II – contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;
III – promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País;
IV – estimular e promover a pesquisa criminológica;
V – elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor;
VI – estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados;
VII – estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal;
VIII – inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento;
IX – representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal;
X – representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal (grifei).

Art. 8º Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º **O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto**.

Art. 9º **Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que ser refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação**.

Art. 10. **O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:**

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade;

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

[...]

Art. 13. **A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos**.

Parágrafo Único – **A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso**" (grifei).

Essas regras, como se sabe, jamais foram cumpridas.

14. NORMAS INTERNACIONAIS

Não se ignora, por outro lado, que o art. 5º, § 2º, da Carta Magna consigna que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados em seu texto, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Isso porque o sistema normativo de proteção aos direitos humanos contempla a complementariedade entre direito interno e o internacional. Conforme explica Fábio Comparato,

> "[...] o sistema integrado de direitos humanos, nacional e internacional, comporta dois níveis: o do direito positivo e o do direito suprapositivo.
>
> No primeiro, situam-se os chamados direitos fundamentais, isto é, os direitos humanos declarados pelos estados, seja internamente em suas Constituições, seja internacionalmente por via de tratados, pactos ou convenções. A integração ao ordenamento nacional dos direitos fundamentais, declarados em tratados ou convenções internacionais, tende hoje a generalizar-se. A Constituição brasileira de 1988, como sabido, seguiu essa tendência, com a disposição constante de seu art. 5º, § 2º.
>
> No nível suprapositivo, encontramos os direitos humanos que ainda não chegaram a positivar-se, mas que vigem, efetivamente, na consciência jurídica coletiva, nacional ou internacional"[101].

Nesse ponto, observo que tampouco os direitos assegurados aos presos pelas normas internacionais são respeitadas.

Cito, brevemente, a título exemplificativo, algumas delas, a saber:

> "DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, de 10 de dezembro de 1948.
>
> [...]
>
> Artigo 5
>
> Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.
>
> Artigo 6
>
> Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.
>
> [...]
>
> Artigo 8

---

[101] Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-papel-do-juiz-na-efetiva%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12/8/2015.

> **Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei"** (grifei).
>
> "PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS de 19 de dezembro de 1966, internalizado pelo DECRETO 592 de 6 julho de 1992
>
> [...]
>
> Artigo 7
>
> **Ninguém poderá ser submetido** à tortura, nem **a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes**.
>
> [...]
>
> Artigo 10
>
> 1. **Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana"** (grifei).
>
> "CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro de 1969, internalizado pelo DECRETO 678 DE 6/11/1992
>
> [...]
>
> Artigo 5
>
> Direito à Integridade Pessoal
>
> 1. **Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral**.
>
> 2. **Ninguém deve ser submetido** a torturas, nem **a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes**. **Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano."** (grifei).

Convém lembrar que **essas normas**, conforme decisão desta Suprema Corte, tomada no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, e 349.703/RS, Rel. Min. Ayres Britto, e dos *Habeas Corpus* 87.585/TO e 92.566/SP, ambos de relatoria do Min. Marco Aurélio, **possuem natureza supralegal**. Do trecho da ementa de um desses acórdãos consta peremptoriamente o seguinte:

> "[...] o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna"[102].

Menciono, ainda, a existência das Resoluções 663 C (XXIV) e 2076 (LXII)[103], aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1957 e 1977, respectivamente, após a realização, em Genebra, do Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, em 1955, que estabelecem Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, dentre as quais:

> "[...]
>
> 9.
>
> 1) **As celas ou locais destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um recluso**. Se, por razões especiais, tais como excesso temporário de população prisional, for necessário que a administração penitenciária central adote exceções a esta regra, deve evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou local.
>
> [...]
>
> 10. **As acomodações destinadas aos reclusos**, especialmente dormitórios, **devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde**, tomando-se devidamente em consideração as condições climatéricas e especialmente a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação.
>
> 11. Em todos os locais destinados aos reclusos, para viverem ou trabalharem:
>
> a) As janelas devem ser suficientemente amplas de modo a que os reclusos possam ler ou trabalhar com luz natural, e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco, haja ou não ventilação artificial;
>
> b) A luz artificial deve ser suficiente para permitir aos reclusos ler ou trabalhar sem prejudicar a vista.

---

[102] RE 349.703/RS.

[103] Íntegra do documento disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>. Acesso em 12/8/2015.

12. **As instalações sanitárias devem ser adequadas, de modo a que os reclusos possam efetuar as suas necessidades quando precisarem, de modo limpo e decente**.

13. **As instalações de banho e ducha devem ser suficientes para que todos os reclusos possam, quando desejem ou lhes seja exigido, tomar banho ou ducha a uma temperatura adequada ao clima**, tão frequentemente quanto necessário à higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana num clima temperado.

14. **Todas as zonas de um estabelecimento penitenciário** usadas regularmente pelos reclusos **devem ser mantidas e conservadas sempre escrupulosamente limpas.**

15. **Deve ser exigido a todos os reclusos que se mantenham limpos e, para este fim, ser-lhes-ão fornecidos água e os artigos de higiene necessários à saúde e limpeza**.

16. A fim de permitir aos reclusos manter um aspecto correto e preservar o respeito por si próprios, ser-lhes-ão garantidos os meios indispensáveis para cuidar do cabelo e da barba; os homens devem poder barbear-se regularmente.

17.

1) **Deve ser garantido vestuário adaptado às condições climatéricas e de saúde a todos os reclusos que não estejam autorizados a usar o seu próprio vestuário**. Este vestuário não deve de forma alguma ser degradante ou humilhante.

2) **Todo o vestuário deve estar limpo e ser mantido em bom estado**. As roupas interiores devem ser mudadas e lavadas tão frequentemente quanto seja necessário para manutenção da higiene.

[...]

19. **A todos os reclusos**, de acordo com padrões locais ou nacionais, **deve ser fornecido um leito próprio e roupa de cama suficiente e própria, que estará limpa quando lhes for entregue, mantida em bom estado de conservação e mudada com a frequência suficiente para garantir a sua limpeza**".

Da mesma maneira como ocorre com as regras internas, nenhuma dessas normas internacionais às quais o Brasil aderiu no exercício de sua soberania vem sendo observadas pelas autoridades penitenciárias em nosso País.

15. SANÇÕES DA CIDH CONTRA O BRASIL

Recordo, ainda, que, em consequência da reiterada violação aos direitos humanos dos presos no Brasil, já foram ajuizados contra o País diversos processos perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos[104]. Dentre eles, o de maior repercussão é aquele que envolve a denúncia de mortes e maus-tratos de detentos no Presídio José Mário Alves da Silva, conhecido como "Urso Branco", situado em Porto Velho/RO.

Tal caso é considerado internacionalmente um verdadeiro paradigma do descaso com que as autoridades brasileiras tratam do sistema penitenciário. No âmbito interno, rememoro, ele deu ensejo a pedido de intervenção federal no Estado nesta Suprema Corte[105]. Lamentavelmente, a situação do Urso Branco não é o único exemplo de crítica internacional à violação de direitos dos reclusos em nossas penitenciárias

A Corte Interamericana apreciou também a situação do Complexo do Tatuapé – FEBEM, em São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara/SP, e da Unidade de Internação Socioeducativa, em Cariacica/ES, determinando medidas a serem cumpridas pelo Estado brasileiro voltadas à proteção da vida e da integridade física dos reclusos e daqueles que trabalham ou frequentam aqueles estabelecimentos[106].

Vale sublinhar, nesse passo, que, a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações neles pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo.

Quanto a tal ponto vale trazer à baila a seguinte lição de Flávia Piovesan:

> "[...] os princípios federativo e da separação dos Poderes não podem ser invocados para afastar a responsabilidade da União em relação à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional. Como leciona Louis Henkin: 'A separação dos poderes no plano nacional afeta a forma de responsabilização do Estado? No que se refere à atribuição de responsabilidade, não faz qualquer diferença se o órgão é parte do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Não importa ainda se o órgão tem, ou não, qualquer responsabilidade em política internacional.

---

104 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em 12.08.2015.

105 IF 5.129/RO.

106 Para informações mais detalhadas ver: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/jurisprudencia>.

> [...]
>
> Estados Federais, por vezes, têm buscado negar sua responsabilidade em relação a condutas praticadas por Estados ou Províncias. **Um Estado Federal é também responsável pelo cumprimento das obrigações decorrentes de tratados no âmbito de seu território inteiro, independentemente das divisões internas de poder.** Exceções a esta regra podem ser feitas pelo próprio tratado ou em determinadas circunstâncias'"[107] (grifei).

A própria possibilidade de federalização de violações aos direitos fundamentais, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004[108], tem como escopo evitar a impunidade no combate às ofensas mais graves a esses valores, ao mesmo tempo em que reafirma o primado da dignidade humana como um dos pilares da República[109].

16. SUJEIÇÃO DA MATÉRIA AO JUDICIÁRIO

Forçoso é concluir, que, diante do panorama até aqui exposto, o arcabouço normativo interno (Constituição Federal, Lei de Execução Penal e demais atos normativos legais e regulamentares) e internacional (tratados e pactos assinados e internalizados pelo Brasil), na prática, configuram letra morta, ao menos com relação àqueles infelizes trancafiados nos cárceres de todo o País.

Assim, mostra-se no mínimo paradoxal a assertiva que consta do acórdão proferido pelo TJRS abaixo reproduzida:

> "[...] fundado no princípio da discricionariedade, o Estado tem liberdade de dispor das verbas orçamentárias, de escolher onde devem ser aplicadas e quais obras deve realizar.

---

107 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 9a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 299-300.

108 "Art. 109 – [...]
§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

109 Sobre o tema vide: CAZETTA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo: o incidente de deslocamento de competência*. São Paulo: Atlas, 2009.

> E o Poder Judiciário, pergunto, cabe intrometer-se nas questões de governo, de programa de governo, de gestão, e impor ao Poder Executivo obrigação de fazer que importe gastos sem previsão orçamentária?
>
> Respondo pela negativa".

Ora, salta aos olhos que, ao contrário do que conclui o mencionado aresto, existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais – de eficácia plena e aplicabilidade imediata – daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado.

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais[110].

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.

Sim, porque, como já assentou o Ministro Celso de Mello, não pode o Judiciário omitir-se "se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional"[111].

---

[110] SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível. *In: Revista Dialética de Direito Processual*, n. 51, p. 90, jun. 2007.

[111] ADPF 45-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Confira-se, a propósito, a ementa dessa decisão monocrática:
"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)'.

Nessa senda, entendo ser de todo imprópria a alegação – no mínimo bizarra – veiculada pela União, na petição de fls. 455-485, segundo a qual

> "[...] a distribuição de recursos entre as diferentes ações prestacionais realizadas pelo Estado reflete não apenas a sua situação econômica em determinado momento histórico, mas também as diretrizes políticas definidas pelo governo da maioria.
>
> [...]
>
> O que se percebe é que, ao mesmo tempo em que assegurou aos presos o direito ao tratamento íntegro, a Carta Republicana negou-lhes o acesso direto ao embate democrático. Essa negativa parece assomar como o principal motivo pelo qual os condenados não conseguem influir nas decisões orçamentárias. E o alheamento desse momento decisório possivelmente está a penalizá-los com a falta de recursos para investimento na modernização do sistema carcerário. Forma-se, em torno do destino dos encarcerados, um círculo vicioso, a sentenciá-los não apenas com a segregação física, mas também com o exílio político, social e econômico".

Essa assertiva, penso, dispensa maiores comentários. Felizmente, as minorias, nas sociedades democráticas, embora nem sempre contem com adequada representação política para a tutela de seus direitos e interesses, têm assegurado, em maior ou menor extensão, o acesso ao Judiciário, em que possam torná-los efetivos.

17. INTERVENÇÃO JUDICIAL IMPOSTERGÁVEL

Como acredito haver exposto, ainda que em singelas pinceladas, o nosso histórico de inércia administrativa com relação à caótica situação dos estabelecimentos prisionais, bem como o lastimável desinteresse ou, até mesmo, a franca hostilidade da sociedade quanto a essa temática, permanentemente insuflada por uma mídia sensacionalista, permitem concluir que, se não houver uma decisiva ação judicial para corrigir tal situação, ela só tenderá a agravar-se, de maneira a tornar-se insustentável em poucos anos, como já antecipam as sangrentas rebeliões de presos, as quais de repetem, com macabra regularidade, em todas as unidades da federação.

Aqui vale consignar a pertinente provocação lançada por Rogério Greco, em obra destinada à reflexão acerca do assunto:

> "Quando os telejornais mostram a situação carcerária, o sofrimento dos presos, amontoados em celas superlotadas, suplicando por melhora no sistema, será que essas cenas não têm o mesmo efeito espetacular que os suplícios que eram realizados em praça pública? Agora os locais públicos das execuções fazem parte do nosso lar. Não precisamos nos aprontar para sair de casa, a fim de assistir à execução do condenado. Podemos fazer isso sentados, confortavelmente, em nossos sofás"[112].

Na verdade há uma grande maioria de pessoas, *soi-dissant* "de bem", que simplesmente não deseja o regresso de tais indivíduos na sociedade.

Olvidam-se, contudo, que esse retorno, um dia, fatalmente ocorrerá. Por isso, não é mais possível adiar o necessário debate consistente em antecipar as medidas para que os egressos do sistema prisional tenham a efetiva possibilidade de reinserção na vida social, seja ele travado por simples pragmatismo, quer dizer, baseado em considerações de segurança pública, seja ainda por mero espírito humanitário, isto é, motivado pelo benfazejo amor ao próximo.

18. LIMITES À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Nesse ponto, cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos.

Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um "não fazer" comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

---

[112] GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 191.

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete "impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada"[113].

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana.

Conforme bem observado pelo representante do *Parquet* gaúcho (fls. 420-423), o recorrido jamais contestou o péssimo estado de conservação do Albergue Estadual de Uruguaiana, o qual, inclusive, cumpre lembrar, acarretou a morte de um de seus detentos devido à deterioração de suas instalações elétricas.

19. PRETENSA FALTA DE VERBAS

Clara está, a meu sentir, a grave omissão por parte das autoridades responsáveis pelo sistema prisional. Aponto, nesse sentido, que verbas para melhorá-lo não faltam. Apenas para ilustrar, registro que consta do sítio eletrônico do Ministério da Justiça, que, no âmbito federal, a principal fonte de recursos para financiamento das atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros é o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ[114].

Segundo dados do próprio DEPEN, até 2013, por exemplo, foram investidos cerca de R$ 1.583.640.000,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e três milhões e seiscentos e quarenta mil reais) em construções, reformas ou ampliações em estabelecimentos penais, o que representaria, na projeção por ele realizada, a disponibilização de 52.340 (cinquenta e duas mil, trezentos e quarenta) novas vagas nos sistemas estaduais[115].

---

[113] *Idem, ibidem*. p. 256.

[114] Esse fundo é constituído por recursos da União arrecadados dos concursos de prognósticos, recursos confiscados ou provenientes da alienação de bens perdidos em favor da União Federal, multas decorrentes de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, fianças quebradas ou perdidas, e rendimentos decorrentes da aplicação de seu patrimônio. O programa perdeu importante uma fonte de custeio, as custas judiciais, devido à aprovação da Emenda Constitucional 45/2004. Informações disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={C0BE0432-C046-47D6-916A-9A3CF77E3AF5}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B962415EA-0D31-4F48-ACAF-D9ED8FB27E6E%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 12.08.2015.

[115] Dados obtidos junto à Coordenação de Engenharia e Arquitetura do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça – Depen/MJ, em 30/6/2015.

Causa perplexidade que o referido Fundo tenha arrecadado, até junho de 2015, a considerável importância de R$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos)[116]. E mais, saber que basta aos entes federados, para acessar essas verbas, que celebrem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEN.

O que, porém, causa verdadeira espécie é que o emprego dessas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante: até 2013, foram utilizados pouco mais de R$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). De um lado, em virtude do contingenciamento de verbas do Fundo, e, de outro, em face da inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados[117].

A título ilustrativo, menciono, por oportuno, reportagens veiculadas nos portais de notícias "IG" e "G1", as quais traziam, respectivamente, em 16/11/2013 e 30/1/2014, as seguintes manchetes: "Estados perdem R$ 135 milhões destinados a investimentos em presídios"[118] e "Estados deixam de construir prisões e devolvem R$ 187 milhões à União"[119], corroborando as impressões acima expostas.

Vê-se, pois, que, embora complexo, o problema prisional tem solução, especialmente quanto à disponibilidade de verbas, bastando que a União e os Estados conjuguem esforços para resolvê-lo, superando a sua histórica inércia ou, quem sabe, a persistente ausência de vontade política para atacá-lo de frente.

20. *PRISON REFORM CASES* NOS EUA

Em que pesem as diferenças entre o Brasil e os Estados Unidos no tocante ao tipo de federalismo adotado e, consequentemente, aos modelos de organização judiciária, trago à colação, por oportuno, ainda que de

---

[116] Sobre as políticas penitenciárias capitaneadas pelo Depen/MJ, ver, especificamente, http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2. Acesso em 30/6/2015.

[117] Dados obtidos junto à Coordenação de Engenharia e Arquitetura do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça – Depen/MJ, em 30/6/2015.

[118] Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-11-16/estados-perdem-r-135-milhoes-destinados-a-investimentos-em-presidios.html>. Acesso em 12.08.2015.

[119] Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/estados-deixam-de-construir-prisoes-e-devolvem-r-187-milhoes-uniao.html>. Acesso em 12.08.2015.

forma panorâmica, os denominados *prison reform cases* norte-americanos, a saber, a série de intervenções pretorianas que gradualmente alteraram o sistema penitenciário daquele país[120].

Nos Estados Unidos, até meados da década de 1960, vigorava a política do *hands off era* (ou *doctrine*) com relação ao *writs* impetrados pelo presos que alegavam a inadequação de suas condições de encarceramento[121].

Diante disso, diferentes entidades de defesa de direitos humanos passaram a ajuizar ações coletivas (*class actions*) para enfrentar os graves problemas dos presídios norte-americanos.

Em resposta a elas, e tendo em conta o comando genérico contido na Oitava Emenda, que veda penas cruéis ou incomuns, diversas medidas saneadoras foram determinadas pelo Judiciário para a melhoria das condições carcerárias, não obstante a detecção de um óbice inicial, consistente na

> "[...] ausência de padrões bem definidos para as prisões, havendo de desenvolver-se um conceito de estabelecimento prisional adequado, minudenciando-se em sede judicial desde o espaço mínimo das celas, passando-se pelos banhos diários, até a potência mínima da luz interna [...]"[122].

Obviamente, não foi simples o processo em que se deu essa mudança de paradigma judicial, visto que envolveu discussões sobre a estrutura federal e o princípio da separação de poderes.

Lá, como cá, enveredou-se igualmente pelo debate sobre a possibilidade de o Judiciário imiscuir-se em temas relativos a políticas públicas. Mas essa última questão foi superada, valendo trazer à baila as inovadoras ponderações feitas por Malcolm Feeley e Edward Rubin, professores da Berkeley's School of Law, da Califórnia, em obra específica sobre o tema:

---

120 Sobre o tema ver: FEELEY, Malcolm e RUBIN, Edward. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons.* Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998. Confira-se também GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 173 e ss.

121 Postura de resistência quanto à intromissão do Judiciário dos EUA em matéria que considerava sujeita à discricionariedade da Administração.

122 GALDINO, Flávio. *Estudos sobre a adequação do sistema de litigância dos prison reform cases norte-americanos ao direito brasileiro. In: Arquivos de direitos humanos.* Rio de Janeiro, v. 6, 2006. p. 73.

> "Cortes desempenham três interrelacionadas, mas distinguíveis funções: determinam fatos, interpretam textos legais de grande autoridade, e realizam novas políticas públicas. As duas primeiras funções são familiares, porém a terceira é carregada com a força da blasfêmia"[123].

O que se verificou foi que, em determinado momento, o Judiciário norte-americano, quando confrontado com a prática de violações aos direitos dos presos, lançou mão de princípios morais e constitucionais genéricos para, ante a ausência de lei ou de precedentes judiciais, criar uma nova doutrina para solucionar os problemas das prisões[124].

Como relatado pelos referidos especialistas:

> "De repente, os abusos físicos dos prisioneiros, as miseráveis condições e a intolerável superlotação, a carência de cuidados médicos [...] forçou uma ação decisiva. **Todas essas condições existiram por um século, claro, o que mudou de repente, em 1965, foi a percepção do judiciário sobre elas**[125] (grifei).

Mais recentemente, em 2011, a orientação traçada na jurisprudência formada a partir de tal doutrina também pôde ser percebida no caso *Brown v. Plata.* A Suprema Corte americana, em votação majoritária, tendo igualmente por fundamento a Oitava Emenda, assentou o seguinte entendimento, consubstanciado na opinião do Justice Kennedy:

> "A assistência médica e mental fornecidos pelas prisões da Califórnia cai abaixo do padrão de decência que é inerente à Oitava Emenda. Esta extensa e contínua violação constitucional exige um remédio, e um remédio não será alcançado sem uma redução na superlotação. O alívio ordenado pelo tribunal de três juízes é exigido pela Constituição e foi autorizado pelo Congresso no PLRA [*Prison Litigation Reform Act*]. O Estado deve implementar a ordem, sem mais delongas"[126].

---

123 FEELEY, Malcolm e RUBIN, Edward. *Op. cit.* p. 1 (tradução livre).

124 GOUVÊA, Marcos Maselli. *Op. cit.* p. 181.

125 FEELEY, Malcolm e RUBIN, Edward. *Op. cit.* p. 160 (tradução livre).

126 *"The medical and mental health care provided by California's prisons falls below the standard of decency that inheres in the Eighth Amendment. This extensive and ongoing constitutional violation requires a remedy, and a remedy will not be achieved without a reduction in overcrowding. The relief ordered by the three-judge court is required by the Constitution and was authorized by Congress in the PLRA. The State shall implement the order without further delay".*

Assim começou a reforma do sistema prisional dos EUA, que continua até os dias de hoje, com base em determinações judiciais, amparadas apenas em princípios de natureza moral e numa vaga proibição constitucional que proíbe sanções atrozes.

21. BASES PARA AS DECISÕES JUDICIAIS

Vali-me acima do direito comparado como um estímulo à ação do Judiciário pátrio, pois, no caso dos EUA, muito embora inexistisse qualquer legislação que desse amparo aos encarcerados, lá operou-se toda uma revolução no sistema prisional a partir de decisões pretorianas.

No Brasil, contudo, é importante salientar, temos uma clara vantagem em relação àquele histórico: há toda uma sorte de instrumentos normativos aptos a assegurar essa proteção.

Em outras palavras o Judiciário, aqui, não precisa partir do zero, construindo uma doutrina com base em princípios morais ou valores abstratos, eis que temos, repito, um robusto conjunto normativo, tanto no âmbito nacional como no internacional, que dá ampla guarida à ação judicial voltada à proteção dos direitos dos presos.

Ainda que elas não existissem, bastaria para autorizar a intervenção do Judiciário, nessa seara, a sistemática violação ao princípio da dignidade humana, somada ao conceito mais do que assentado na criminologia de que a finalidade das sanções penais consiste primacialmente em promover a ressocialização do cidadão que violou a lei.

Transcrevo, a título ilustrativo, trecho da ementa do HC 94.163/RS. Rel. Min. Carlos Brito, na qual a Primeira Turma desta Corte deixou assentado que

> "[...] a Lei 7.210/84 institui a lógica da **prevalência de mecanismos de reinclusão social** (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isto para **favorecer, sempre que possível, a redução das distâncias entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros**.
>
> [...]

> 2. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). **Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como 'fraterna'** [...]" (grifei).

Em face desse julgado, creio que mais não é preciso acrescentar sobre esse candente tema.

22. PARTE DISPOSITIVA

Ante o exposto e o mais que consta dos autos, sobretudo tendo em conta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, dou provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau.

A tese de repercussão geral que proponho seja afirmada por esta Suprema Corte é a seguinte: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes".

É como voto.

5 *HABEAS CORPUS* 135.564 – RIO GRANDE DO SUL

Habeas corpus concedido de ofício para revogar o decreto de prisão preventiva mantida apenas com base na gravidade em abstrato do crime de tráfico de drogas. Aplicabilidade das Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras), considerando também que a paciente tem filho de 4 anos, portador de necessidades especiais, que precisa de acompanhamento médico contínuo. [**HC 135.564/RS**, Rel. Min. Edson Fachin, dec. monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski no exercício da Presidência, *DJE* de 2-8-2016.]

Inteiro teor da decisão monocrática

Relator: Ministro Edson Fachin
Paciente: Carina Duarte de Souza
Impetrante: Vladimir de Amorim Silveira
Coator: Relator do HC nº 362.493 do Superior Tribunal de Justiça

DECISÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Vladimir de Amorim Silveira em favor de Carina Duarte de Souza, a qual foi presa em flagrante pelo cometimento, em tese, do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

O juiz originário, nos autos do Processo 0004934-19.2016.8.21.0086, indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva da paciente sob o fundamento de que, em razão da gravidade do crime de tráfico, a liberação da paciente apresentaria risco à ordem, à segurança e à saúde pública.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul denegou a ordem, corroborando o entendimento do juízo originário. O acórdão foi assim ementado:

> "*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. PRISÃO MANTIDA.
>
> 1. O decreto prisional encontra-se suficientemente fundamentado. Presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria do delito de tráfico de drogas. A prisão preventiva foi decretada para a garantia da ordem pública. A droga apreendida e as informações específicas quanto ao tráfico perpetrado no local apontam grau de envolvimento com o tráfico de drogas a demonstrar que, possivelmente, não se trata de traficância ocasional. Evidenciado, assim, o *periculum libertatis* a exigir, ainda que em um juízo de ponderação, a preponderância da proteção do coletivo, o que justifica, neste caso concreto, a medida constritiva para a garantia da ordem pública, em que pese a primariedade da paciente.
>
> 2. A Lei nº 13.257/2016 acresceu ao artigo 318 do Código de Processo Penal o inciso V, que possibilita a concessão de prisão domiciliar a mulheres com filho de até doze anos de idade incompletos, a fim de assegurar os interesses do menor.

> 3. A viabilidade da medida, entretanto, deve ser sopesada com elementos do caso concreto, a fim de verificar a suficiência da medida para garantia da ordem pública.
>
> 4. No caso, há indicativo de que o tráfico de drogas ocorria na residência da paciente, bem como há informação de que ela seria responsável por fornecer drogas a outros traficantes da região, circunstâncias que demonstram não ser adequada a concessão da prisão domiciliar.
>
> ORDEM DENEGADA" (pág. 116 do documento eletrônico 2).

Interposto *habeas corpus perante* o Superior Tribunal de Justiça (HC 362.493-RS), o pedido liminar foi denegado pelo Ministro Ribeiro Dantas em 28/6/2016. Confira-se:

> "Decido.
>
> A concessão de liminar em habeas corpus constitui medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrada, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial.
>
> Na espécie, sem qualquer adiantamento do mérito da demanda, não vislumbro, ao menos neste instante, a presença de pressuposto autorizativo da tutela de urgência pretendida.
>
> Assim, indefiro o pedido de liminar" (documento eletrônico 4).

O impetrante alega que, pelo fato de o crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, a paciente ser primária, ter bons antecedentes, residência fixa, além da necessidade de prestar atendimento especial ao seu filho de 4 anos, a prisão cautelar foi decretada e mantida com fundamento exclusivamente na gravidade em abstrato do crime de tráfico de drogas, fato que contraria a entendimento desta Corte sobre a matéria, autorizando o afastamento da Súmula 691/STF e a concessão da ordem em favor da paciente.

É o relatório necessário.

Decido.

Estão presentes os elementos que autorizam o afastamento da Súmula 691/STF e a concessão da ordem.

Cumpre ressaltar que esta Corte firmou entendimento jurisprudencial, no HC 105.270/SP, no sentido de ser flagrantemente ilegal a manutenção de prisão cautelar com fundamento na gravidade em abstrato do crime praticado:

"*'HABEAS CORPUS'* – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA POR DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – LEI DE DROGAS (ART. 44) – PRISÃO CAUTELAR *"EX LEGE"* – INADMISSIBILIDADE (HC 100.742/SC, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – PRECEDENTES – *"HABEAS CORPUS"* CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, *'hic et nunc'*, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. – A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A prisão cautelar, para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. – A questão da decretabilidade ou manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. – A prisão cautelar não pode – nem deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO

> DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. – A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE. – Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. – Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal."

Compulsando os autos, verifico que a prisão preventiva da paciente foi decretada com base na gravidade em abstrato do crime de tráfico de entorpecentes, inexistentes elementos concretos a justificar a necessidade de confinamento.

Conforme precedente citado, a flagrante ilegalidade verificada na manutenção da prisão cautelar no presente caso autoriza o afastamento da Súmula 691/STF e a concessão de ofício da ordem em favor da paciente.

Desse modo, aplica-se, ante a pertinência temática, a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 132.615/SP, do qual colho o seguinte trecho:

> "**Impõe-se repelir**, por inaceitáveis, **discursos judiciais** consubstanciados **em tópicos sentenciais meramente retóricos**, **eivados** de generalidade, **destituídos** de fundamentação substancial **e reveladores**, muitas vezes, de linguagem típica dos partidários do 'direito penal simbólico' **ou**, até mesmo, do 'direito penal do inimigo', **e** que, **manifestados c**om o intuito de decretar indevidas prisões cautelares **ou** de proceder a inadequadas exacerbações punitivas, **culminam por vulnerar**, gravemente, os grandes princípios liberais **consagrados** pela ordem democrática **na qual se estrutura** o Estado de Direito, **expondo,** com esse comportamento, **uma inadmissível** visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades fundamentais em nosso País" (grifos no original).

Finalmente, há que se destacar o fato de que a paciente possui um filho de 4 anos, que recebe tratamento médico contínuo para enfermidade que o acomete no Hospital Cristo Redentor (CID Q743 – Artrogripose

Congênita Múltipla), sendo portador de necessidades especiais, conforme comprovado pela farta documentação acostada (pág. 44-66 do documento eletrônico 2).

Não por outro motivo que a Previdência Social deferiu o pagamento de benefício de assistência social ao filho especial, situação que justificaria a ausência de comprovação de emprego fixo, uma vez que o menor necessita de atendimento integral por parte de sua genitora.

Observo, ainda, que o filho da paciente, embora esteja sob os cuidados de sua cunhada, não está recebendo o atendimento médico necessário ao seu tratamento, conforme declaração juntada aos autos:

> "Eu [...] declaro estar cuidando do filho dela que tem problemas nas pernas e necessita de estar sempre indo no médico, **mas declaro não ter condição de estar levando ele pro médico"** (grifei; pág. 94 do documento eletrônico).

São as peculiaridades do presente caso, que o fazem merecer destaque.

As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e outros fatores, como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta nas condições de encarceramento a que estão submetidas.

Nesse sentido, o principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem um olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carecem de

fomento a implementação e a internalização eficazes pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.

E cumprir essas regras é um compromisso internacional assumido pelo Brasil. Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado, como se verifica no presente caso. Nesse sentido, o item 2 da Regra 2 das Regras de Bangkok estabelece que:

> "Regra 2
>
> [...]
>
> 2. Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, **incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças"** (grifei).

Portanto, dadas as peculiaridades do caso, somadas à constatação da generalidade do decreto prisional e da ausência de suficiente fundamento a justificar a sua manutenção, entendo cabível a concessão da ordem de ofício para revogá-lo, uma vez que a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar implicaria a impossibilidade de a paciente atender plenamente todas as necessidades de seu filho especial.

Isso posto, concedo a ordem de ofício para revogar a prisão preventiva decretada e determinar a imediata expedição do competente alvará de soltura, a fim de garantir à paciente o direito de responder ao processo em liberdade, sem prejuízo de que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul fixe outras medidas cautelares, previstas no art. 319 do CPP, conforme entender necessário e suficiente.

Comunique-se.

Publique-se.

Brasília, 29 de julho de 2016.

6 PETIÇÃO 7.265 – DISTRITO FEDERAL

Indeferimento de homologação de acordo de colaboração premiada, com base no art. 4º, § 8º, da Lei 12.850/2013, por ausência dos requisitos legais necessários. (Ponderações sobre as diferenças entre o sistema romano-germânico e o sistema anglo-saxão.) [**Pet 7.265/ DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14-11-2017.][127]

Andamento processual

[127] Processo tramitou em segredo de justiça e foi divulgado no Portal de Notícias do STF, em 14/11/2017, que disponibilizou *link* de acesso à decisão.

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Ministério Público Federal
Procurador: Procurador-Geral da República

DECISÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Trata-se de pedido de homologação de acordo de colaboração premiada apresentado pela Procuradoria-Geral da República, nos seguintes termos:

> "O Ministério Público Federal traz ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal conteúdo de acordo de colaboração firmado com [...] (fls. 5/21), em conformidade com o art. 129, I, da Constituição da República, os arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei n. 12.850/13, os arts. 13, 14 e 15 da Lei n. 9.807/99 e o art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/98.
>
> Por meio de advogados regularmente constituídos, fazendo uso de meio legalmente posto à sua defesa, [...] dispôs-se a colaborar com as investigações, confessando delitos por ele cometidos, e declinando fatos ilícitos que ainda não eram do conhecimento das autoridades, corroborando-os com provas em seu poder ou a seu alcance.
>
> O ajuste possibilita a investigação e futuras ações penais por crimes praticados contra a administração pública, a ordem tributária, lavagem e ocultação de bens, direitos ou valores e organização criminosa, além de auxiliar a apuração da repercussão desses crimes nas esferas administrativa, civil, tributária e disciplinar.
>
> Foram revelados fatos ilícitos relacionados a diversas autoridades públicas, entre elas a Senadora da República [...], autoridade detentora de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal.
>
> Para a definição das obrigações previstas no ajuste foram considerados o fato de o colaborador ter integrado uma organização criminosa, a extrema gravidade e repercussão social dos eventos relatados, além da utilidade da colaboração prestada, inclusive em face do tempo e da dificuldade em se alcançar as provas das condutas.

A situação patrimonial do colaborador foi considerada para a previsão do valor financeiro do ajuste e os impactos econômicos da atividade criminosa que ajudou a implementar, conforme declarações prestadas.

O acordo de colaboração ora submetido à homologação foi redigido de modo a garantir, simultaneamente, o interesse público e os direitos do colaborador, que, após devidamente esclarecido, assumiu compromisso voluntário de cumprir as sanções ajustadas no instrumento, a serem editadas no julgamento de ação penal pública a ser ajuizada proximamente.

As cláusulas do ajuste não constituem novidade no direito pátrio, existindo algumas dezenas de instrumentos com as mesmas disposições homologados pelo Supremo Tribunal Federal.

A homologação do acordo escrito, antes de ser prevista na Lei 12.850/2013, desenvolveu-se como prática judicial vinculada a um sistema de justiça consensual. Enquanto as cláusulas e o conteúdo do acordo são estabelecidas em perfeito ajuste de vontades entre as partes envolvidas (Ministério Público e o réu, com seus advogados), incumbe ao Poder Judiciário avaliar a legalidade dos termos fixados.

Essa prática guarda paralelismo com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, regidas pelo princípio do devido processo legal consensual.

Conforme bem reconheceu este Supremo Tribunal Federal em precedentes que resultaram na Súmula n. 696, o oferecimento desses benefícios consensuais se inserem no âmbito da análise inicial do Ministério Público. Analogicamente, o mesmo entendimento é aplicável a casos de acordo de colaboração.

Existindo voluntariedade das partes, o conteúdo das cláusulas pactuadas se insere no âmbito da discricionariedade, resguardados os limites previstos em lei. Pelo acordo, como no caso, o colaborador não renuncia aos direitos e garantias constitucionais, mas, voluntariamente, movido pelo desejo de obter benefícios legais em colaboração à justiça, deixa de exercê-los.

O acordo é acompanhado dos anexos e termos de declarações correspondentes, tudo lavrado em uma única via. Segue também mídia com o registro audiovisual da colheita das declarações e provas de corroboração das declarações.

Como será possível verificar na análise das informações que o colaborador voluntariamente se compromete a prestar, grande parte dos dados sobre condutas praticadas por diversos agentes públicos e terceiros não era do conhecimento dos investigadores. Em outras situações, os esclarecimentos deram contornos mais nítidos ao que já estava sendo apurado, inclusive ampliando o espectro sobre os eventos.

> Necessário registrar que o colaborador apresentou detalhes sobre sua própria conduta e de terceiros, inserindo-se na narrativa dos crimes nos quais se envolveu.
>
> Diante de tudo o que foi exposto, o Procurador-Geral da República requer:
>
> a) a autuação do presente requerimento, apresentado em conjunto com os autos da NF-PGR-1.00.000.016338/2017-84, contendo a via original do acordo de colaboração, com os respectivos anexos, registrando-se "em segredo de Justiça;
>
> b) autorização para, se for o caso, compartilhar com os Juízos competentes, após eventual cisão solicitada, cópias dos documentos que o colaborador apresente, autorizando-se que a Procuradoria Geral da República diretamente as providencie;
>
> c) que, caso entenda necessário, realize a oitiva do colaborador, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013;
>
> d) nos termos do disposto no art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, a homologação do acordo de colaboração firmado com [...]" (fls. 2-6).

O acordo em apreço contém as seguintes cláusulas e condições:

> "O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Vice-Procurador-Geral da República, pelos Procuradores Regionais da República, pelos Procuradores da República e Promotores de Justiça signatários, e [...], os quais assinam o presente termo, firmam este ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA, conforme cláusulas que se seguem:
>
> CLÁUSULA 1ª – O presente acordo funda-se no artigo 129, inciso I, da Constituição da República, nos artigos 4º a 8º da Lei 12.850/2013, nos artigos 13 a 15 da Lei n. 9.807/99, no art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/98, no art. 26 da Convenção de Palermo e no art. 37 da Convenção de Mérida.
>
> CLÁUSULA 2ª – O presente acordo atende aos interesses do COLABORADOR, nos termos do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, dos artigos 5º e 6º, ambos da Lei nº 12.850/2013, e das cláusulas a seguir alinhavadas. Atende, de igual modo, ao interesse público, na medida em que confere efetividade à persecução criminal de outros suspeitos, além de permitir a ampliação e o aprofundamento de investigações de crimes contra a Administração Pública, a Administração da Justiça, a Fé Pública, o Sistema Financeiro Nacional, a Ordem Tributária e de Lavagem de Dinheiro, relacionados nos anexos. O presente acordo auxilia, ainda, na apuração da repercussão desses ilícitos penais nas esferas civil, tributária, administrativa, inclusive administrativa sancionadora e disciplinar.

CLÁUSULA 3ª – Estão abrangidos no presente acordo os crimes que tenham sido praticados pelo COLABORADOR até a data de sua assinatura, assim como todos os fatos ilícitos que sejam de seu conhecimento, que estão tratados nos anexos e depoimentos colhidos, que compõem e integram o presente acordo.

CLÁUSULA 4ª – São objeto dos anexos e depoimentos condutas que consubstanciam os crimes previstos na lei de licitação, formação de quadrilha, organização criminosa, corrupção ativa e passiva, evasão de divisas e lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores, dentre outros.

CLÁUSULA 5ª – Considerando os antecedentes e a personalidade do COLABORADOR, bem como a gravidade dos fatos por ele praticados, a repercussão social dos fatos criminosos, a utilidade da colaboração prestada, inclusive em face do tempo e da dificuldade em se alcançar as provas das condutas uma vez cumpridas integralmente as condições impostas neste acordo para o recebimento dos benefícios, desde que efetivamente sejam obtidos os resultados previstos nos incisos I, II, III ou IV do art. 4º da Lei Federal nº 12.850/2013, o Ministério Público Federal proporá, nos feitos já objeto de investigação criminal e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente:

1) a premiação legal desde logo aceita pelo COLABORADOR, considerando que ele integrou uma organização criminosa, mas não possui antecedentes criminais, foi o primeiro a prestar efetiva contribuição sobre a maioria dos fatos ilícitos revelados, uma vez cumpridas integralmente as condições impostas neste acordo para recebimento dos benefícios, será, na ação penal correspondente aos fatos, o perdão judicial de todos os crimes, à exceção daqueles praticados por ocasião da campanha eleitoral para o Governo do Estado do [...] no ano de [...], consubstanciados nos tipos penais descritos no art. 350 do Código Eleitoral, no art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.613/98 e art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, pelos quais a pena acordada é a condenação à pena unificada de 4 anos de reclusão, nos processos penais que vierem a ser instaurados com esteio nos fatos objetos deste acordo, em regime fechado, a ser cumprido, em estabelecimento prisional, nos termos da lei penal;

2) A pena de reclusão prevista no item 1 acima, será cumprida da seguinte forma:

a) recolhimento noturno, pelo prazo de 1 ano, consubstanciado no recolhimento domiciliar de segunda-feira a domingo, a partir das 20:00 até as 06:00, reservada a possibilidade da realização de viagens nacionais e internacionais a trabalho mediante prévia autorização do juízo competente;

b) prestação de serviços à comunidade traduzida no atendimento por 20 horas semanais em entidade filantrópica pelo prazo de 03 anos, devendo, esta pena ser executada no prazo máximo de 04 anos. O cumprimento da pena será no seguinte regime:

b.1) o COLABORADOR deverá prestar relatórios trimestrais, ao Juízo de execução, de suas atividades profissionais;

b.2) o COLABORADOR deverá prestar serviços à comunidade, à razão de 20 (vinte) horas semanais, em local determinado pelo Juízo da execução, facultando-se distribuir as horas de prestação de serviços comunitários, dentro de cada mês, de forma não homogênea ou concentrada, inclusive nos finais de semana e feriados quando necessário para compatibilizar com a jornada de trabalho semanal de [...], em comum acordo com a entidade assistencial ou que vier a ser designada pelo Juízo de execução;

b.3) o COLABORADOR poderá realizar viagens internacionais por motivo de trabalho ou para visita de parentes de até 3º grau residentes no exterior, com a comunicação prévia ao Juízo de execução, ou por outro motivo relevante previamente autorizado pelo Juízo de execução, com antecedência mínima de uma semana.

3) Após o cumprimento integral da pena de prestação de serviços à comunidade indicada na cláusula acima, o tempo restante de pena a que tenha sido condenado o COLABORADOR ficará com o cumprimento suspenso, nos termos da cláusula 6ª, e considerar-se-á adimplido desde que, ao término do prazo referido na cláusula 6ª, não haja fato imputável ao COLABORADOR que justifique a rescisão do acordo;

4) o COLABORADOR compromete-se ao pagamento de R$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais) mediante depósito em conta judicial, cuja destinação será definida posteriormente, a título de multa penal e reparação de danos.

a) essa quantia deverá ser recolhida em até 18 meses, com correção monetária pelo IPCA e juros remuneratórios equivalentes à caderneta de poupança, ambos contados a partir do mês seguinte ao da homologação judicial do acordo, incidentes sobre o valor restante ao que tiver sido depositado.

b) o COLABORADOR poderá antecipar o pagamento de qualquer parcela, sem que isto implique novação ou automática antecipação das parcelas subsequentes, oportunidade em que o valor eventualmente antecipado será atualizado pelo índice acordado para o dia do pagamento e descontado das parcelas vincendas;

c) o não pagamento da multa acarretará na rescisão do acordo celebrado;

d) não será considerado atraso no pagamento da multa eventual divergência no cálculo do valor corrigido, oportunidade em que o COLABORADOR se obriga a saldar o montante devido no prazo de uma semana da comunicação que lhe fará o MPF ou o Juízo;

Parágrafo único. O COLABORADOR iniciará o cumprimento das penas, na forma acima estipulada, após a homologação judicial desse acordo.

CLÁUSULA 6ª – Uma vez homologado este acordo e tão logo alcançado o teto máximo de condenação previsto no item "1" da Cláusula 5ª, o Ministério Público Federal proporá a suspensão de ações penais, inquéritos policiais e procedimentos investigatórios criminais em desfavor do COLABORADOR que estejam em curso, bem como a suspensão dos respectivos prazos prescricionais pelo lapso temporal de 10 (dez) anos.

Parágrafo 1º Transcorrido o prazo de dez anos sem a prática de fato imputável ao COLABORADOR que justifique a rescisão deste acordo, voltarão a fluir os prazos prescricionais de todos os procedimentos suspensos até a extinção da punibilidade.

Parágrafo 2º Durante o transcorrer do prazo prescricional previsto no parágrafo acima, o Ministério Público Federal não proporá nenhuma ação penal contra o COLABORADOR decorrente dos fatos objeto deste acordo, salvo em caso de rescisão por responsabilidade exclusiva do COLABORADOR.

CLÁUSULA 7ª Ocorrendo rescisão do acordo por fato imputável a COLABORADOR, voltará a fluir, contra aquele que der causa ao rompimento, todas as ações penais, inquéritos policiais e procedimentos investigatórios suspensos em razão do presente acordo.

Parágrafo único. A qualquer tempo, uma vez rescindido este acordo por responsabilidade exclusiva do COLABORADOR, o regime da pena regredirá para o fixado originalmente em sentença ou decisão de unificação de penas, de acordo com o art. 33 do Código Penal.

CLÁUSULA 8ª A qualquer tempo, uma vez rescindido o acordo por responsabilidade exclusiva do COLABORADOR, todos os benefícios nele previstos, inclusive os pactuados nas cláusulas 5ª e 6ª, deixarão de ter efeito, sem prejuízo do aproveitamento integral das provas produzidas pelo COLABORADOR.

CLÁUSULA 9ª – O Ministério Público Federal compromete-se a empreender gestões junto aos entes e órgãos públicos que suportaram os prejuízos decorrentes dos atos ilícitos praticados, bem como perante qualquer outro órgão público com competência para ações de ressarcimento.

CLÁUSULA 10ª – Não obstante a proposta prevista na cláusula 5ª do presente termo, o COLABORADOR fica ciente de que, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei 12.850/2013, considerada a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público Federal, a qualquer tempo, poderá, a seu exclusivo critério, requerer maior redução da pena imposta ou mesmo a concessão do perdão judicial ao COLABORADOR, aplicando-se no que couber o art. 28 do Código de Processo Penal.

CLÁUSULA 11ª – Caso o COLABORADOR, por si ou por seu procurador, solicite medidas para garantia da sua segurança ou da segurança da sua família, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e o Juízo competente adotarão as providências necessárias para a sua inclusão imediata no programa federal de proteção ao depoente especial, com as garantias previstas nos artigos 8 e 15 da Lei n– 9.807/99.

CLÁUSULA 12ª – As partes poderão recorrer da sentença apenas no que toca à fixação da pena, ao regime de seu cumprimento, à pena de multa e à multa cível, limitadamente ao que extrapolar os parâmetros deste acordo.

III –- Condições da Proposta

CLÁUSULA 13ª – Para que o presente acordo possa produzir os benefícios nele relacionados, especialmente os constantes na cláusula 5ª, a colaboração deve ser voluntária, ampla, efetiva, eficaz e conducente aos seguintes resultados:

a) a identificação dos autores, coautores, partícipes das diversas organizações criminosas de que tenha ou venha a ter conhecimento, notadamente aquelas sob investigação em decorrência de crimes relacionados nos anexos e à organização criminosa, bem como à identificação e à comprovação das infrações penais por eles praticadas, que sejam ou que venham a ser do seu conhecimento, inclusive agentes políticos que tenham praticado ilícitos penais ou deles participado;

b) a revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas das organizações criminosas de que tenha ou venha a ter conhecimento;

c) a recuperação total ou parcial do produto e/ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa de que tenha ou venha a ter conhecimento, tanto no Brasil quanto no exterior;

d) a identificação de pessoas físicas e jurídicas utilizadas pelas organizações criminosas supramencionadas para a prática de ilícitos penais;

e) ao fornecimento de documentos e outras provas materiais, notadamente em relação aos fatos referidos nos anexos deste acordo;

f) a entrega de extratos bancários de contas no exterior até a presente data, salvo impossibilidade material de acesso a essas informações devidamente comprovada pelo COLABORADOR;

g) em razão da celebração do acordo de colaboração, e, especialmente durante o período de cumprimento de pena previsto na cláusula 5ª o COLABORADOR obriga-se a, no que lhe

for aplicável, colaborar com as medidas preconizadas nos incisos II a VII do art. 3 da Lei nº 12.850/2013.

CLÁUSULA 14ª – Para tanto, o COLABORADOR obriga-se, sem malícia ou reservas mentais, a:

a) esclarecer espontaneamente todos os esquemas criminosos de que tenha conhecimento, especialmente aqueles apontados nos anexos deste acordo, fornecendo todas as informações e evidências que estejam ao seu alcance, bem como indicando provas potencialmente alcançáveis;

b) falar a verdade incondicionalmente, em todas as investigações criminais, cíveis, administrativas, disciplinares e tributárias, além de ações penais em que doravante venha a ser chamado a depor na condição de testemunha ou interrogado, nos limites deste acordo;

c) cooperar sempre que solicitado, mediante comparecimento pessoal sob suas expensas a qualquer das sedes do Ministério Público Federal, do Departamento de Polícia Federal ou da Receita Federal do Brasil, para analisar documentos e provas, reconhecer pessoas, prestar depoimentos e auxiliar peritos na análise pericial que sejam objeto da presente colaboração;

d) entregar todos os documentos, papéis, escritos, fotografias, banco de dados, arquivos eletrônicos, etc., de que disponha, quer estejam em seu poder, quer sob a guarda de terceiros sob suas ordens, e que possam contribuir a juízo do Ministério Público Federal, para a elucidação dos crimes que são objeto da presente colaboração;

e) indicar o nome e todas as informações de contato de quaisquer pessoas de seu relacionamento que tenham a guarda de elementos de informação ou prova que se mostrem, a critério do MPF, relevantes ou úteis;

f) não impugnar, por qualquer meio, este acordo, em qualquer dos inquéritos policiais ou ações penais nos quais esteja envolvido, no Brasil ou no exterior, salvo por fato superveniente à homologação judicial, decorrente do descumprimento do acordo ou da lei pelo Ministério Público Federal ou pelo Poder Judiciário;

g) afastarem-se completamente de atividades criminosas, especificamente não vindo mais a contribuir, de qualquer forma, com as atividades das organizações criminosas ora investigadas ou de outros partícipes ou coautores objeto deste acordo;

h) comunicar imediatamente o Ministério Público Federal caso seja contatado por qualquer dos demais integrantes das organizações criminosas acima referidas ou por outros partícipes ou coautores dos ilícitos objeto deste acordo;

g) guardar decoro pessoal durante o cumprimento da pena restritiva de direitos, bem como comportamento condizente com as normas morais e sociais e a natureza penal das restrições que lhe foram impostas;

h) informar, quando requerido, senhas, logins, contas e outros dados necessários para acessar contas de correio eletrônico e dispositivos eletrônicos utilizado pelo COLABORADOR, nos fatos objeto do presente acordo, inclusive fornecendo autorização para autoridades nacionais ou estrangeiras acessarem essas contas e dispositivos;

k) indicar em anexo próprio e manter atualizado números de telefone e endereços eletrônicos próprio e de seu advogado constituído, nos quais o COLABORADOR poderá ser notificado para atender no prazo estabelecido pelo MPF a qualquer finalidade visando ao pleno cumprimento do acordo;

l) fornecer ao Ministério Público Federal, quando requerido, informações e documentação acerca de todas as contas bancárias e telefônicas, bem como, no último caso, autorizações necessárias para que o Ministério Público Federal as obtenha diretamente;

m) colaborar amplamente com o MPF e com outros Órgãos e autoridades públicas, inclusive a Receita Federal do Brasil e autoridades estrangeiras indicadas pelo MPF no que diga respeito aos fatos do presente acordo.

CLÁUSULA 15ª – A enumeração de casos específicos nos quais se reclama a colaboração do COLABORADOR não tem caráter exaustivo, tendo ele o dever genérico de cooperar com o Ministério Público Federal para o esclarecimento de quaisquer fatos relacionados ao objeto deste acordo.

CLÁUSULA 16ª – Cada anexo deste acordo, assinado pelas partes, diz respeito a um fato típico, ou a um grupo de fatos típicos, em relação ao qual o COLABORADOR prestará depoimento, bem como fornecerá provas em seu poder e indicarão diligências que possam ser empregadas para a sua apuração.

CLÁUSULA 17ª – O sigilo estrito das declarações será mantido enquanto necessário à efetividade das investigações em curso, inclusive quanto ao teor do próprio anexo, a juízo do Ministério Público Federal do Poder Judiciário, nos termos do enunciado sumular vinculante de nº 14 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

CLÁUSULA 18ª – Os depoimentos colhidos serão registrados em três vias, uma das quais será entregue à defesa técnica do COLABORADOR somente após o oferecimento da denúncia.

IV – Validade da Prova.

CLÁUSULA 19ª – A prova obtida mediante o presente acordo, após devidamente homologada, será utilizada validamente para a instrução de inquéritos policiais, procedimentos administrativos criminais, ações penais, ações cíveis e de improbidade administrativa e inquéritos civis, podendo ser emprestada também aos Ministérios Públicos dos Estados, à Receita Federal, à Procuradoria da Fazenda Nacional, ao Banco Central do Brasil, à Controladoria-Geral da União, ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE e a outros órgãos, inclusive de países e entidades estrangeiras, para a instrução de procedimentos e ações fiscais, cíveis, administrativos, inclusive disciplinares, de responsabilidade bem como qualquer outro procedimento público de apuração dos fatos, mesmo que rescindido este acordo, salvo se essa rescisão se der por descumprimento desta avença por exclusiva responsabilidade do Ministério Público Federal.

Parágrafo Único – As provas produzidas em razão do presente acordo não poderão ser utilizadas contra o COLABORADOR, salvo a adesão da Autoridade competente aos termos do presente acordo, inclusive no tocante à concessão de benefícios ao COLABORADOR.

V – Renúncia à Garantia contra a Autoincriminação e ao Direito ao Silêncio.

CLÁUSULA 20ª – Ao assinar o acordo de colaboração premiada, na presença de seu advogado, ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação, o COLABORADOR a eles renuncia, nos termos do art. 4º, § 14º, da Lei nº 12.850/2013, em especial no que tange aos depoimentos que vier a prestar no âmbito da colaboração ora pactuada, estando ele sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade sobre o que vier a lhe ser perguntado.

VI – Imprescindibilidade de defesa técnica.

CLÁUSULA 21ª – Este acordo de colaboração somente terá validade se aceito, integralmente, sem ressalvas, no momento da assinatura, pelo COLABORADOR, assistido por seus defensores [...].

Parágrafo único. Nos termos do art. 4º, § 15º, da Lei 12.850/2013, em todos os atos de confirmação e execução da presente colaboração, o COLABORADOR deverá estar assistido por seu defensor.

VII – Cláusula de Sigilo.

CLÁUSULA 22ª – Nos termos do art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.850/2013, as partes comprometem-se a preservar o sigilo sobre o presente acordo e seus anexos, bem como sobre os depoimentos e as provas obtidos em sua execução, o qual será levantado por ocasião do recebimento ou, a critério do tribunal originariamente competente (ou juízo competente, na hipótese de superveniente desmembramento), para os fins do art. 4º, § 1º, da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, do

oferecimento de denúncia que tenha respaldo no acordo, exclusivamente em relação aos fatos nela contemplados.

Parágrafo único. O Ministério Público Federal poderá requerer o levantamento imediato do sigilo sobre o acordo e sobre anexo específico para reforçar, se assim recomendarem as circunstâncias, a segurança do COLABORADOR e de seus familiares ou, independentemente de motivação, com a anuência escrita do COLABORADOR, manifestada por seu defensor constituído.

CLÁUSULA 23ª – A critério do juízo competente, para os fins do art. 4º, § 1º, da Lei n. 8.038/90, aqueles que forem incriminados em razão da colaboração poderão ter vista dos termos do ajuste, bem como dos respectivos anexos e depoimentos que tenham embasado investigação ou denúncia, sem prejuízo dos direitos assegurados ao COLABORADOR previstos neste acordo e no art. 5º da Lei n. 12.850/13.

Parágrafo 1º. Tal vista será concedida apenas e tão-somente às partes e seus procuradores devidamente constituídos.

Parágrafo 2º. Demais anexos, não relacionados com a denúncia, serão mantidos em sigilo enquanto for necessário para a preservação da efetividade das investigações, nos termos do enunciado sumular vinculante de no 14 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

CLÁUSULA 24ª – As partes signatárias se comprometem a preservar o sigilo do presente acordo e de seus anexos perante qualquer autoridade distinta do Ministério Público Federal, do Poder Judiciário e do Departamento de Polícia Federal, enquanto o primeiro entender que a publicidade prejudicará a efetividade das investigações.

Cláusula 25ª – Dentre os defensores do COLABORADOR, somente terão acesso ao presente acordo e às informações dele decorrentes os signatários do presente termo ou os advogados que forem por estes substabelecidos com esta específica finalidade.

VIII – Homologação Judicial

CLÁUSULA 26ª – Para ter eficácia, o presente termo de colaboração será submetido ao Supremo Tribunal Federal, competente para a apreciação dos fatos relatados em função do acordo, acompanhado das declarações do COLABORADOR e de cópia das principais peças da investigação até então existentes, nos temos do art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/2013, para homologação.

IX – Rescisão

CLÁUSULA 27ª – O acordo perderá efeito, considerando-se rescindido, nas seguintes hipóteses:

a) se o COLABORADOR descumprir, sem justificativa, qualquer das cláusulas, parágrafos, alíneas ou itens em relação aos quais se obrigou;

b) se o COLABORADOR sonegar a verdade ou mentir em relação a fatos em apuração, em relação aos quais se obrigou a cooperar;

c) se o COLABORADOR vier a recusar-se a prestar qualquer informação relacionada ao objeto deste acordo de que tenha conhecimento;

d) se o COLABORADOR recusar-se a entregar documento ou prova que tenha em seu poder ou sob a guarda de pessoa de suas relações ou sujeito a sua autoridade ou influência, salvo se, diante da eventual impossibilidade de obtenção direta de tais documentos ou provas, o COLABORADOR indicar ao Ministério Público Federal a pessoa que o guarda e o local onde poderá ser obtido para a adoção das providências cabíveis;

e) se ficar provado que, após a celebração do acordo, o COLABORADOR sonegou, adulterou, destruiu ou suprimiu provas que tinha em seu poder ou sob sua disponibilidade;

f) se o COLABORADOR vier a praticar qualquer outro crime doloso da mesma natureza dos fatos em apuração após a homologação judicial da avença;

g) se o COLABORADOR fugir ou tentar furtar-se à ação da Justiça Criminal;

h) se o Ministério Público Federal não pleitear em favor do COLABORADOR os benefícios legais aqui acordados;

i) se o sigilo a respeito deste acordo for quebrado por parte do COLABORADOR ou de sua defesa técnica;

j) se o COLABORADOR, direta ou indiretamente, impugnar os termos deste acordo, ressalvadas as hipóteses da cláusula 11, acima;

k) se não forem assegurados ao COLABORADOR os direitos previstos no art. 5º da Lei 12.850/2013.

Parágrafo 1º O Ministério Público Federal somente prestará cooperação jurídica internacional de qualquer natureza que envolva acesso a qualquer informação ou elemento de prova diretamente resultante da colaboração ora pactuada, bem como ao próprio COLABORADOR, se a autoridade estrangeira celebrar com o COLABORADOR acordo ou lhe fizer proposta formal de acordo cujo efeito exoneratório seja, no mínimo, equivalente ao do presente acordo.

Parágrafo 2º O acordo mencionado no *caput* poderá ser dispensado caso a autoridade estrangeira se comprometa, por escrito, de forma válida segundo a lei brasileira, a respeitar integralmente os termos deste acordo.

Parágrafo 3º O COLABORADOR terá um prazo de 120 (cento e vinte) dias contados a partir de (...) para narrativa, no âmbito desta colaboração, de detalhes não contemplados nos anexos já apresentados e depoimentos colhidos sem que isso constitua para o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL causa de rescisão do acordo ou alteração dos benefícios ajustados.

CLÁUSULA 28ª – Em caso de rescisão do acordo por sua responsabilidade exclusiva, o COLABORADOR que lhe der causa perderá automaticamente direito aos benefícios que lhe forem concedidos em virtude da cooperação com o Ministério Público Federal, permanecendo hígidas e válidas todas as provas produzidas, inclusive depoimentos que houver prestado e documentos que houver apresentado, bem como válidos quaisquer valores pagos a título de multa penal e/ou multa compensatória cível.

CLÁUSULA 29ª – Se a rescisão for imputável ao Ministério Público Federal ou ao Poder Judiciário, o COLABORADOR poderá, a seu critério, fazer cessar a cooperação, preservados os benefícios já concedidos e as provas já produzidas.

CLÁUSULA 30ª – O COLABORADOR fica ciente de que, caso venha a imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas, poderá ser responsabilizado pelo crime previsto no art. 19 da Lei 12.850/2013, cuja pena é de reclusão, de l (um) a 4 (quatro) anos de prisão, e multa, além da rescisão deste acordo.

CLÁUSULA 31ª – Não ocasionará a rescisão do presente acordo de colaboração a comprovada impossibilidade de pagamento pelo COLABORADOR da multa penal prevista na cláusula 5ª, inciso VI, a qual se executará nos termos da lei.

X– Declaração de aceitação.

CLÁUSULA 32ª – Nos termos do art. 6º, inc. III, da Lei 12.850/2013, o COLABORADOR, assistido por seus defensores, declara a aceitação do presente acordo de livre e espontânea vontade e, por estar concorde, firmam as partes o presente acordo de colaboração premiada" (fls. 12-28).

Ato contínuo, determinei a realização da audiência prevista no art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013, para aferição da voluntariedade da colaboração (fls. 3.707-3.708).

Devidamente realizados os atos delegados ao Magistrado Instrutor do meu gabinete (fls. 3.715-3.716), os autos vieram-me conclusos para a apreciação dos demais pedidos.

É o relatório.

Decido.

Bem examinados os autos, ressalto, na esteira do voto que proferi há quase uma década no HC 90.688/PR, que a colaboração premiada constitui um meio de obtenção de prova introduzido na legislação brasileira por inspiração do sistema anglo-saxão de justiça negociada.

No entanto, deve-se ponderar que o arcabouço processual penal brasileiro, de matriz romano-germânica, guarda profundas diferenças estruturais em comparação com seu equivalente anglo-saxão.

Relembro, inicialmente, que a estruturação dos sistemas romano-germânico e anglo-saxão remonta, historicamente, ao século XIII, quando a Inglaterra e a Europa continental desenvolveram diferentes sistemas jurídicos no lugar das práticas prevalentes no Império Romano do Ocidente (LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. Cambridge: *Harvard International Law Journal,* v. 45, 2004, p. 18).

Segundo Langer, com a evolução separada, e também sob o influxo de diferentes colonizações, esses sistemas passaram a se diferenciar não apenas quanto à distribuição de poderes e responsabilidades entre seus principais atores, o juiz ou júri, o promotor e o defensor, mas, de forma diametralmente opostas, como duas culturas legais diversas, com concepções distintas sobre como os casos criminais devem ser processados e julgados, além de apresentarem diferentes estruturas de interpretação e significado (LANGER, M., *op.cit.*, p. 10).

Uma das diferenças centrais desses sistemas consiste em que o anglo-saxão concebe o processo criminal como um instrumento para reger disputas entre duas partes (a acusação e a defesa), perante um juiz, cujo papel é eminentemente passivo, ao passo que o romano-germânico entende a ação penal como uma forma de apuração oficial dos fatos, a qual tem por finalidade lograr a apuração da verdade. Neste último, tradicionalmente, o responsável pela acusação também é visto como um guardião da lei e do interesse público, e não como mero agente estatal interessado na condenação (DAMASKA, Miriam R. *The faces os justice and state authority: a comparative approach to the legal process.* New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3).

Tal modelo estruturou-se sobre uma profunda crença no papel do juiz como responsável pela busca da verdade real. Por isso, institutos arraigados no sistema anglo-saxão, como a admissão de culpa *(guilty plea)* não encontram amparo no sistema romano-germânico, no qual a confissão do acusado é possível, porém não sua admissão de culpa, como forma de finalização do processo (DAMASKA, Miriam R., *op.cit.*, p. 2).

Em razão disso, a ampla discricionariedade do titular da ação penal mostra-se mais compatível com o sistema anglo-saxão do que com o modelo romano-germânico, porque, naquele, a acusação, como parte interessada, pode entender que determinada controvérsia não é digna de uma persecução penal.

De outro lado, na metodologia romano-germânica, o núcleo essencial do processo consiste em apurar, por meio de uma investigação oficial e imparcial, se um determinado crime ocorreu e se o acusado foi o responsável por sua prática. Nesta sistemática, não há lugar para a ampla discricionariedade por parte do órgão acusador (LANGER, Máximo, *op. cit.*, p. 21-22).

Ressalto, por conveniente, que as crenças e disposições individuais ou coletivas de determinado sistema jurídico têm papel importante quando se analisa um instituto de inspiração estrangeira, porquanto existem interações de tais elementos, no interior de cada sistema, que não podem ser ignoradas, sob pena de prejuízo à sua coerência. Os fundamentos de um dado sistema equivalem, portanto, a verdadeiras lentes hermenêuticas, mediante as quais os seus institutos jurídicos devem ser interpretados.

Feita essa brevíssima digressão, relembro que é do Supremo Tribunal Federal a competência para a homologação de acordo de colaboração premiada quando envolver autoridade com foro por prerrogativa de função (art. 102, I, **b**, da CF), uma vez que se trata, como salientado no acórdão do ano de 2007 referido acima, de um meio de obtenção de prova.

No caso sob exame, o relatório supra e os documentos que instruem a presente PET indicam o envolvimento, em tese, de congressista em ilícitos penais. Reconhecida, portanto, a competência desta Corte, examino o pedido de homologação do acordo de colaboração.

Com efeito, em conformidade com o art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013, realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador, assim como de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, para este fim, ouvir, sigilosamente, o colaborador, na presença de seu defensor.

Pois bem, a voluntariedade do acordo originário foi devidamente atestada pelo colaborador, perante o Magistrado Instrutor que designei para a realização da audiência de que trata o art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013, cumprindo registrar que aquele afirmou, com segurança, que tomou, livremente, a iniciativa de propor o acordo de colaboração, e que não sofreu qualquer coação ou ameaça para firmá-lo.

Ademais, a referida voluntariedade pode ser inferida dos documentos que instruem os autos, particularmente porque o colaborador contou com a permanente assistência de defensor constituído.

Já no que se refere aos requisitos de regularidade e legalidade, e mais especificamente quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, vale lembrar que ao Poder Judiciário cabe apenas o juízo de compatibilidade entre a avença pactuada entre as partes com o sistema normativo vigente, conforme decidido na PET 5.952/DF, de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

Nesse sentido, após realizar um exame perfunctório, de mera delibação, único possível nesta fase embrionária da persecução penal, identifiquei, a partir do confronto mencionado acima, que se mostra inviável homologar o presente acordo tal como entabulado, pelas razões a seguir deduzidas.

Inicialmente, observo que não é lícito às partes contratantes fixar, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador. No caso, o Ministério Público ofereceu ao colaborador os seguintes prêmios legais:

> "[...] o perdão judicial de todos os crimes, à exceção daqueles praticados por ocasião da campanha eleitoral para o Governo do Estado do [...] no ano de [...], consubstanciados nos tipos penais descritos no art. 350 do Código Eleitoral, no art. 1º, § 2º, inciso I, § 2º, inciso I da Lei 9.613/98 e art. 22, parágrafo único da Lei nº 7.492/86, pelos quais a pena acordada é a condenação à pena unificada de 4 anos de reclusão, nos processos penais que vierem a ser instaurados [...]" (fl. 14).

No entanto, como é de conhecimento geral, o Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado.

Sublinho, por oportuno, que a Lei 12.850/2013 confere ao juiz a faculdade de, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva

de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados descritos nos incisos do art. 4º do diploma legal em questão.

Saliento, a propósito, que a própria Constituição Federal estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, assim como ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LIV e LXI, da CF).

O mesmo se diga em relação ao regime de cumprimento da pena, o qual deve ser estabelecido pelo magistrado competente, nos termos do disposto no art. 33 e seguintes do Código Penal, como também no art. 387 do Código de Processo Penal, os quais configuram normas de caráter cogente, que não admitem estipulação em contrário por obra da vontade das partes do acordo de colaboração.

Aliás, convém ressaltar que sequer há processo judicial em andamento, não sendo possível tratar-se, desde logo, dessa matéria, de resto disciplinada no acordo de colaboração de maneira incompatível com o que dispõe a legislação aplicável. Sim, porque o regime acordado pelas partes é o fechado (cláusula 5º, item 1), mitigado, conforme pretendem estas, pelo recolhimento domiciliar noturno (cláusula 5ª, item 2, **a**), acrescido da prestação de serviços à comunidade (cláusula 5ª, item 2, **b**).

Ora, validar tal aspecto do acordo, corresponderia a permitir ao Ministério Público atuar como legislador. Em outras palavras, seria permitir que o órgão acusador pudesse estabelecer, antecipadamente, ao acusado, sanções criminais não previstas em nosso ordenamento jurídico, ademais de caráter híbrido.

Com efeito, no limite, cabe ao *Parquet*, tão apenas – e desde que observadas as balizas legais – deixar de oferecer denúncia contra o colaborador, na hipótese de não ser ele o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, nos termos do que estabelece o § 4º do art. 4º da Lei de regência.

Não há, portanto, qualquer autorização legal para que as partes convencionem a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena. Em razão disso, concluo que não se mostra possível homologar um acordo com tais previsões, uma vez que o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País, cuja interpretação e aplicação – convém sempre relembrar – configura atribuição privativa dos magistrados integrantes do Judiciário, órgão que, ao lado do Executivo e Legislativo, é um dos Poderes do Estado, conforme consigna expressamente o art. 3º do texto magno.

Simetricamente ao que ocorre com a fixação da pena e o seu regime de cumprimento, penso que também não cabe às partes contratantes estabelecer novas hipóteses de suspensão do processo criminal ou fixar prazos e marcos legais de fluência da prescrição diversos daqueles estabelecidos pelo legislador, sob pena de o negociado passar a valer mais do que o legislado na esfera penal.

Igualmente não opera nenhum efeito perante o Poder Judiciário a renúncia geral e irrestrita à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio. O mesmo se diga quanto à desistência antecipada de apresentação de recursos, uma vez que tais renúncias, à toda evidência, vulneram direitos e garantias fundamentais do colaborador.

Nessa direção, reproduzo, abaixo, o entendimento exarado pelo Ministro Teori Zavascki, na PET 5.245/DF, ao homologar o respectivo acordo de colaboração:

> "[...] com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 10, k, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. É dizer: não há, na ressalva, nada que possa franquear ao colaborador descumprimento do acordado sem sujeitar-se à perda dos benefícios nele previstos. O contrário, porém, não será verdadeiro: as cláusulas do acordo não podem servir como renúncia, prévia e definitiva, ao pleno exercício de direitos fundamentais."

No que se refere à autorização para viagens internacionais, noto que incumbe exclusivamente ao magistrado responsável pelo caso avaliar, consoante o seu prudente arbítrio, e diante da realidade dos autos, se deve ou não autorizar a saída do investigado do Brasil. Aliás, como o regime de cumprimento de pena, acordado entre as partes, corresponde ao fechado, segundo visto acima, se válida fosse a respectiva cláusula, a permissão para a saída do investigado do estabelecimento prisional somente poderia ocorrer em caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão ou, ainda, de necessidade de tratamento médico, conforme estabelece o art. 120 da Lei de Execução Penal.

Quanto à fixação de multa, consigno que, às partes, apenas é lícito sugerir valor que, a princípio, lhes pareça adequado para a reparação das ofensas perpetradas, competindo exclusivamente ao magistrado responsável pela condução do feito apreciar se o montante estimado é suficiente para a indenização dos danos causados pela infração, considerados os prejuízos sofridos pelo ofendido, a teor do art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

Verifico, ainda, que há outras cláusulas frontalmente conflitantes com o art. 7º, § 3º, da Lei 12.850/2013, o qual estabelece a regra aplicável para a preservação do sigilo sobre o acordo, seus anexos, depoimentos e provas obtidas durante a sua execução até o recebimento da denúncia.

Com efeito, o levantamento do sigilo dependerá, em todos os casos, de provimento judicial motivado, na esteira de diversos precedentes desta Suprema Corte, dentre os quais, destaco a PET 6.164-AgR, cuja ementa reproduzo abaixo:

> "Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. COLABORAÇÃO PREMIADA. PEDIDO DE ACESSO AO CONTEÚDO DE DEPOIMENTOS COLHIDOS. DECLARAÇÕES RESGUARDADAS PELO SIGILO NOS TERMOS DA LEI 12.850/2013. 1. O conteúdo dos depoimentos prestados em regime de colaboração premiada está sujeito a regime de sigilo, nos termos da Lei 12.850/2013, que visa, segundo a lei de regência, a dois objetivos básicos: (a) preservar os direitos assegurados ao colaborador, dentre os quais o de ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados (art. 5º, II) e o de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito (art. 5º, V, da Lei 12.850/2013); e (b) garantir o êxito das investigações (arts. 7º, § 2º).
>
> 2. O sigilo perdura, em princípio, enquanto não [...] recebida a denúncia (art. 7º, § 3º) e especialmente no período anterior à formal instauração de inquérito. Entretanto, instaurado formalmente o inquérito propriamente dito, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos permanecem sob sigilo, mas com a ressalva do art. 7º, § 2º da Lei 12.850/2013, a saber: o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (Rcl 22009-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 12.5.2016).
>
> 3. Assegurado o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14, que garante ao defensor legalmente constituído o direito de pleno acesso ao inquérito (parlamentar, policial ou administrativo), mesmo que sujeito a regime de sigilo (sempre excepcional), desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, consequentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio

> inquérito ou processo judicial (HC 93.767, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 1º.4.2014).
>
> 4. É certo, portanto, que a simples especulação jornalística a respeito da existência de acordo de colaboração premiada ou da sua homologação judicial ou de declarações que teriam sido prestadas pelo colaborador não é causa juridicamente suficiente para a quebra do regime de sigilo, sobretudo porque poderia comprometer a investigação.
>
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

A propósito, embora o feito esteja tramitando em segredo de justiça desde o seu nascedouro, diversos "vazamentos" ocorreram no tocante ao conteúdo da presente tratativa de colaboração, como se pode constatar a partir de matérias jornalísticas que veicularam trechos substanciais dela, tendo sido a primeira publicada, diga-se de passagem, antes mesmo de o feito ter aportado nesta Suprema Corte.

Ademais, observo que o compartilhamento e a remessa de informações sigilosas decorrentes da presente colaboração somente poderão ser autorizados mediante decisão judicial (veja-se, nesse sentido, a PET 6.938/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli).

Por essa razão e arrimado no referido precedente, assento que permitir ao colaborador que entregue documentos reveladores de dados sigilosos referentes a terceiros, configura, em tese, burla à necessidade de ordem judicial para tanto, razão pela qual também esse tópico do acordo não pode ser ratificado, porquanto tal desiderato é inalcançável mediante simples acordo entre as partes.

E, para que não pairem dúvidas, registro que o Ministério Público pode, a qualquer momento, requerer, fundamentadamente, ao juiz competente o levantamento do sigilo de quaisquer informações ou documentos de terceiros.

Na linha do quanto assentado acima, reproduzo trecho paradigmático da decisão do Ministro Dias Toffoli, na PET 5.897/DF:

> "O colaborador tem legitimidade para renunciar ao sigilo bancário ou de operações com cartões de crédito relativamente às contas ou aos cartões de que seja titular ou representante legal. Dito de outro modo, não pode o colaborador, validamente, abrir mão do sigilo de contas bancárias ou de cartões de titularidade de terceiros, quando não for seu representante."

Isso posto, com fundamento art. 4º, § 8º, da Lei 12.850/2013, deixo de homologar, por ora, o acordo de colaboração premiada de fls. 12-28, devolvendo os autos à Procuradoria-Geral da República para que esta, em querendo, adeque o acordo de colaboração ao que dispõem a Constituição Federal e as leis que disciplinam a matéria (cf. PET. 5.879/DF e PET. 7.244,/DF, ambas de relatoria do Ministro Dias Toffoli).

Constato, por derradeiro, que, diante da ampla divulgação, pela imprensa, de considerável parte daquilo que foi encartado no presente feito, não mais se justifica a manutenção do sigilo do acordo de colaboração até o momento entabulado, sem prejuízo de tramitarem em segredo de justiça eventuais inquéritos que, no futuro, dele derivem, com o objetivo de preservar o bom êxito das investigações.

À Secretaria Judiciária para as providências cabíveis.

Intimem-se.

Comunique-se à Procuradora-Geral da República.

Brasília, 14 de novembro de 2017.

7 RECLAMAÇÃO 32.035 – PARANÁ

Direito de jornalista entrevistar ex-presidente preso, com o consentimento do custodiado, em atenção ao princípio da liberdade de imprensa e em respeito ao decido pelo STF na ADPF 130/DF. [**Rcl 32.035/PR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 2-10-2018.]

Inteiro teor da decisão monocrática

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Reclamantes: Empresa Folha da Manhã S.A. e outro (a/s)
Advogados: Luís Francisco da Silva Carvalho Filho e outro (a/s)
Reclamada: Juíza Federal da 12ª Vara Federal de Curitiba
Advogado: sem representação nos autos
Beneficiário: não indicado
Reclamante: Mônica Bergamo
Advogado: Luiz Guilherme Rahal Pretti
Advogado: Philippe Alves do Nascimento

DECISÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Trata-se de reclamação ajuizada em favor de Empresa Folha da Manhã e Mônica Bergamo contra ato da Juíza Federal da 12ª Vara Federal de Curitiba que teria afrontado a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, de relatoria do Ministro Ayres Britto.

As reclamantes informam que

> "[e]m 30.7.2018, a Empresa Folha da Manhã e Mônica Bergamo apresentaram perante a 12ª Vara Criminal Federal de Curitiba, nos autos da Execução Provisória nº 5014411- 33.2018.4.04.7000, pedido para realização de entrevista jornalística com o ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, que se encontra preso na carceragem da Polícia Federal em Curitiba/PR. O ex-Presidente concordou expressamente com o pedido de entrevista. Não obstante, o pedido não foi conhecido pelo r. Juízo reclamado sob a alegação (i) de que 'não há previsão constitucional ou legal que embase direito do preso à concessão de entrevistas ou similares'; (ii) de suposta ilegitimidade dos reclamantes para requererem realização de entrevista com o ex-Presidente; (iii) e de já ter sido anteriormente indeferido pedido similar, supostamente formulado pelos próprios reclamantes nos mesmos autos" (pág. 2 do documento eletrônico 1).

No entanto, sustenta que

> "[a] decisão que indeferiu o pedido de entrevista das reclamantes constitui inegável ato de censura, violando a Constituição Federal (artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220) e os princípios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130, que asseguram o acesso da jornalista à fonte da informação" (pág. 2 do documento eletrônico 1).

Aduzem, ainda, que,

> "[a]o decidir de tal maneira, o i. Juízo da 12ª Vara Federal de Curitiba/PR afrontou claramente a autoridade da decisão do c. Pleno do e. STF no julgamento da ADPF nº 130, impondo censura à atividade de crítica jornalística do Reclamante e, assim, mitigando sobremaneira a liberdade de expressão garantida pela e. Corte" (pág. 18 do documento eletrônico 1).

Requerem, por fim, a procedência da reclamação para que a jornalista Mônica Bergamo seja autorizada a entrevistar o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que se encontra preso na sede da Polícia Federal em Curitiba/PR.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, destaco que a reclamação perante este Supremo Tribunal Federal será sempre cabível para: (i) preservar a competência do Tribunal; (ii) garantir a autoridade de suas decisões e (iii) garantir a observância de enunciado de Súmula Vinculante e de decisão desta Corte em controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 988 do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, as reclamantes requerem que lhes seja garantida a observância de decisão desta Corte em controle concentrado de constitucionalidade, qual seja, a ADPF 130/DF, de relatoria do Ministro Ayres Britto.

Bem examinados os autos, entendo que a reclamação merece prosperar.

Isso porque, ao julgar a citada arguição, o Plenário do Supremo Tribunal Federal garantiu "a 'plena' liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia".

Consignou, ainda, que

> "[...] A imprensa como plexo ou conjunto de 'atividades' ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade" (ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto).

Ademais, esta Corte firmou o entendimento de que

> "[...] O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização" (ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto).

Registro, por oportuno, a relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia, proclamada no voto do Ministro Relator, *verbis:*

> "Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários" (ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto).

"Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas", disse o relator ao concluir pela impossibilidade de qualquer tipo de censura estatal à imprensa, citando na sequência o decano da Suprema Corte: "Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, 'a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público'".

Dessa forma, não há como se chegar a outra conclusão, senão a de que a decisão reclamada, ao censurar a imprensa e negar ao preso o direito de contato com o mundo exterior, sob o fundamento de que "não há previsão constitucional ou legal que embase direito do preso à concessão de entrevistas ou similares" (pág. 8 do documento eletrônico 13), viola frontalmente o que foi decidido na ADPF 130/DF.

Transcrevo, ainda, outros trechos da decisão reclamada, violadores da jurisprudência deste Supremo Tribunal, *verbis:*

> "[...] Nos termos previstos no artigo 41, XV, da Lei de Execução Penal, o contato do preso com o mundo exterior se dá 'por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes'.
>
> A regra legal não contempla ampliação do direito, mas tão somente possibilidade de restrição, consoante expressamente disposto no parágrafo único do artigo 41.
>
> Não há nessa disciplina legal inconstitucionalidade sob a ótica do direito à liberdade de expressão, invocado pela defesa. A limitação se justifica.
>
> O preso se submete a regime jurídico próprio, não sendo possível, por motivos inerentes ao encarceramento, assegurar-lhe direitos na amplitude daqueles exercidos pelo cidadão em pleno gozo de sua liberdade.
>
> Conforme já exposto em decisão anterior proferida por este Juízo (evento 75), a prisão do apenado implica diretamente a privação do seu direito à liberdade de locomoção. Contudo, limitam-se, também, os direitos cujo exercício tenha por pressuposto essa liberdade de ir e vir (limitações implícitas, inerentes à pena de prisão). E, ademais, há restrições justificadas pela própria execução da pena, em especial ante as peculiaridades ínsitas ao ambiente carcerário (limitações implícitas, inerentes à execução da pena). É nesse quadro que se inserem os limites à liberdade de expressão.
>
> O contato do preso com o mundo exterior não é total e absoluto, como não é seu direito à liberdade de manifestação, seja quanto aos meios de expressão, seja quanto ao seu conteúdo. Cite-se, exemplificativamente, a vedação legal expressa à utilização de meios eletrônicos de comunicação (art. 50, VII, LEP).
>
> [...]
>
> A situação fica bastante clara ao se notar, por exemplo, a evidente inviabilidade, por questões de segurança pública e de administração penitenciária, de universalização aos demais detentos da

> possibilidade de comunicação com o mundo exterior mediante acesso de veículos de comunicação para reiteradas sabatinas ou entrevistas. Alie-se a isso a ausência de qualquer peculiaridade na custódia do executado que autorize tratamento diverso quanto a essa questão.
>
> [...]" (pág. 8 do documento eletrônico 13).

Note-se que, como assinalado pela Magistrada de primeiro grau, a Lei de Execuções determina que o contato do preso com o mundo exterior se dá "por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes".

Na decisão reclamada, todavia, não há qualquer menção à forma como a concessão de entrevista jornalística comprometeria a moral e os bons costumes.

O STF, em inúmeros precedentes, mesmo antes do julgamento da ADPF 130/DF, já garantiu o direito de pessoas custodiadas pelo Estado, nacionais e estrangeiros, de concederem entrevistas a veículos de imprensa, sendo considerado tal ato como uma das formas do exercício da autodefesa. Confira-se: Ext 906-ED-ED/República da Coreia, Rel. Min. Marco Aurélio; Ext 1.008/Colômbia, Rel. Min. Gilmar Mendes; Pet 2.681/Argentina, Rel. Min. Sydney Sanches; Ext 785 terceira/México, Rel. Min. Néri da Silveira.

Ressalto, ainda, que não raro, diversos meios de comunicação entrevistam presos por todo o país, sem que isso acarrete problemas maiores ao sistema carcerário, das quais cito algumas: ex-Senador, Luiz Estevão, concedeu entrevista ao "SBT Repórter" em 28/5/2017; Suzane Von Richthofen concedeu entrevista ao programa "Fantástico" da TV Globo em abril de 2006; Luiz Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar) concedeu entrevista ao "Conexão Repórter" do SBT em 28/8/2016; Márcio dos Santos Nepomuceno (Marcinho VP) concedeu entrevista ao "Domingo Espetacular" da TV Record em 8/4/2018; Gloria Trevi concedeu entrevista ao "Fantástico" da TV Globo em 4/11/2001, entre outros inúmeros e notórios precedentes.

Observo, também, que a Magistrada responsável pela execução penal alegou questões de segurança pública e outras atinentes à administração penitenciária para indeferir o pedido de entrevista com o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

Neste ponto, impende relembrar que o custodiado encontra-se na carceragem da Polícia Federal em Curitiba e não em estabelecimento prisional, em que pode existir eventual risco de rebelião. Também não se encontra sob o regime de incomunicabilidade e nem em presídio de segurança máxima. Ademais, em 3/5/2018, a Revista Veja publicou que, na tarde de 27/4/2018, "teve acesso com exclusividade ao local onde

o petista está detido e reconstituiu o cotidiano de seu primeiro mês na prisão" (disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/exclusivo-avida-de-lula-no-carcere/ acessado em 24/9/2018).

Portanto, permitir o acesso de determinada publicação e impedir o de outros veículos de imprensa configura nítida quebra no tratamento isonômico entre eles, de modo a merecer a devida correção de rumos por esta Suprema Corte.

A suposta falta de segurança no local da custódia como fundamento para negar o direito de o preso conceder entrevista à imprensa, caso seja procedente, demanda uma análise mais acurada sobre a necessidade da prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, para execução provisória da pena, haja vista tratar-se de pessoa com mais de 70 anos de idade (idosa segundo a legislação específica) e que já enfrentou tratamento para combater câncer na laringe.

Não é crível, portanto, que a realização de entrevista jornalística com o custodiado, ex-Presidente da República, ofereça maior risco à segurança do sistema penitenciário do que aquelas já citadas, concedidas por condenados por crimes de tráfico, homicídio ou criminosos internacionais, sendo este um argumento inidôneo para fundamentar o indeferimento do pedido de entrevista.

Isso posto, julgo procedente a reclamação para cassar a decisão reclamada, nos termos do art. 992 do CPC, restabelecendo-se a autoridade do STF exarada da decisão no acórdão da ADPF 130/DF, determinando que seja franqueado ao reclamante e à equipe técnica, acompanhada dos equipamentos necessários à captação de áudio, vídeo e fotojornalismo, o acesso ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a fim de que possa entrevistá-lo, caso seja de seu interesse.

Comunique-se ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, à Juíza Federal da 12ª Vara Federal de Curitiba/PR.

Expeça-se ofício ao Superintendente da Polícia Federal no Paraná informando-o desta decisão e com a determinação de que marque, em comum acordo com o reclamante, dia e hora para a realização da entrevista, condicionada à anuência do custodiado.

Publique-se.

Brasília, 28 de setembro de 2018.

8 *HABEAS CORPUS* 143.641 – SÃO PAULO

Primeiro *habeas corpus* coletivo aceito pela Corte, o qual foi concedido em favor de todas as mulheres presas gestantes, puérperas e mães de crianças até 12 anos ou responsáveis pelos cuidados de pessoas com deficiência. [**HC 143.641/SP**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 9-10-2018.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no Sistema Penitenciário Nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças
Impetrante: Defensoria Pública da União
Advogado: Defensor Público-Geral Federal
Assistentes: Todos os Membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (Cadhu)
Assistente: Eloisa Machado de Almeida
Assistente: Hilem Estefania Cosme de Oliveira
Assistente: Nathalie Fragoso e Silva Ferro
Assistente: Andre Ferreira
Assistente: Bruna Soares Angotti Batista de Andrade
Coatores: Juízes e Juízas das Varas Criminais Estaduais
Coatores: Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios
Coatores: Juízes e Juízas Federais com competência criminal
Coatores: Tribunais Regionais Federais
Coator: Superior Tribunal de Justiça
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Ceará
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Ceará
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Paraná
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Paraná
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Amapá
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Amapá
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Espírito Santo
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado de Goiás
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Goiás
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Maranhão
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Maranhão
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Pará
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Pará
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado da Paraíba
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado da Paraíba
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado de Pernambuco

Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Pernambuco
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Piauí
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Piauí
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Rio Grande do Norte
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado de Rondônia
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Rondônia
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado de Roraima
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Roraima
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Rio Grande do Sul
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado de Sergipe
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Sergipe
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Tocantins
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Tocantins
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado da Bahia
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado da Bahia
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Distrito Federal
Advogado: Defensor Público-Geral do Distrito Federal
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Minas Gerais
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso
Amicus Curiae: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Ibccrim)
Amicus Curiae: Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC)
Amicus Curiae: Pastoral Carcerária
Advogados: Mauricio Stegemann Dieter e outro (a/s)
Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul
Advogado: Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul
Amicus Curiae: Instituto Alana

Advogados: Guilherme Ravaglia Teixeira Perisse Duarte e outro (a/s)
Amicus Curiae: Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco)
Advogados: Marcia Bueno Scatolin e outro (a/s)
Amicus Curiae: Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos (IDDD)
Advogados: Gustavo de Castro Turbiani e outro (a/s)

EMENTA: *HABEAS CORPUS* COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO *HABEAS CORPUS*. MÁXIMA EFETIVIDADE DO *WRIT*. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.
II – Conhecimento do *writ* coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*.
III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal – CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.
IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.
V – Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional.

VI – A legitimidade ativa do *habeas corpus* coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.
VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.
VIII – "Cultura do encarceramento" que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.
IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o "caso Alyne Pimentel", julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.
X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidades, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.
X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.
XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.
XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.
XIII – Acolhimento do *writ* que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.
XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas

as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.
XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Bem examinados os autos, ressalto, de início, que os argumentos que envolvem a preliminar de não conhecimento de *habeas corpus* coletivo têm sido objeto de reflexão nesta Casa e na própria Procuradoria-Geral da República. E estes, bem sopesados, levam-me a concluir, com a devida vênia dos que entendem diversamente, pelo cabimento do *habeas corpus* coletivo.

Com efeito, segundo constatei no Recurso Extraordinário 612.043-PR, os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais (Cf. FISS, O. *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004). Dentro desse quadro, a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves. A título de exemplo, vem permitindo a ampla utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim como do Mandado de Injunção coletivo. Este último, convém lembrar, foi aceito corajosamente por esta Corte

já em 1994, muito antes, portanto, de sua expressa previsão legal, valendo lembrar o Mandado de Injunção 20-4 DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que este afirmou:

> "A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia [...] a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade de ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito [...]".

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente *writ* coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o direto de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o *habeas corpus* individual ou coletivo.

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases – nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (Cf. FELSTINER, W. L. F.; ABEL, R. L.; SARAT, A. *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming.* Law & Society Review, v. 15, n. 3/4, 1980), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis – dentre os quais estão os das pessoas presas – não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los.

Foi com semelhante dilema que se deparou a Suprema Corte argentina no famoso "caso Verbitsky". Naquele país, assim como no Brasil, inexiste previsão constitucional expressa de *habeas corpus* coletivo, mas essa omissão legislativa não impediu o conhecimento desse tipo de *writ* pela Corte da nação vizinha. No julgamento em questão, o *habeas corpus* coletivo foi considerado, pela maioria dos membros do Supremo

Tribunal, como sendo o remédio mais compatível com a natureza dos direitos a serem tutelados, os quais, tal como na presente hipótese, diziam respeito ao direito de pessoas presas em condições insalubres.

É importante destacar que a Suprema Corte argentina recorreu não apenas aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do acesso universal à Justiça, como também ao direito convencional, sobretudo às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, de maneira a fundamentar a decisão a que chegou, na qual determinou tanto aos tribunais que lhe são hierarquicamente inferiores quanto aos Poderes Executivo e Legislativo a tomada de medidas para sanar a situação de inconstitucionalidade e inconvencionalidade a que estavam sujeitos os presos.

Vale ressaltar que, para além de tradições jurídicas similares, temos com a República Argentina também um direito convencional comum, circunstância que deve fazer, a meu juízo, com que o STF chegue a conclusões análogas àquela Corte de Justiça, de modo a excogitar remédios processuais aptos a combater as ofensas maciças às normas constitucionais e convencionais relativas aos direitos das pessoas, sobretudo aquelas que se encontram sob custódia do Estado.

No Brasil, ao par da já citada doutrina brasileira do *habeas corpus*, que integra a épica história do instituto em questão, e mostra o quanto ele pode ser maleável diante de lesões a direitos fundamentais, existem ainda dispositivos legais que encorajam a superação do posicionamento que defende o não cabimento do *writ* na forma coletiva.

Nessa linha, destaco o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que preconiza a competência de juízes e os tribunais para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal. A faculdade de concessão, ainda que de ofício, do *writ*, revela o quanto o remédio heroico é flexível e estruturado de modo a combater, de forma célere e eficaz, as ameaças e lesões a direitos relacionados ao *status libertatis*.

Indispensável destacar, ainda, que a ordem pode ser estendida a todos que se encontram na mesma situação de pacientes beneficiados com o *writ*, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

A impetração coletiva vem sendo conhecida e provida em outras instâncias do Poder Judiciário, tal como ocorreu no *Habeas Corpus* 10801183549, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e nos *Habeas Corpus* 207.720/SP e 142.513/ES, ambos do Superior Tribunal de Justiça. Neste último, a extensão da ordem a todos os

que estavam na mesma situação do paciente transformou o *habeas corpus* individual em legítimo instrumento processual coletivo, por meio do qual se determinou a substituição da prisão em contêiner pela domiciliar.

A existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos, notadamente, a ADPF, não deve ser óbice ao conhecimento deste *habeas corpus*. O rol de legitimados dos instrumentos não é o mesmo, sendo consideravelmente mais restrito nesse tipo de ação de cunho objetivo. Além disso, o acesso à Justiça em nosso País, sobretudo das mulheres presas e pobres (talvez um dos grupos mais oprimidos do Brasil), por ser notoriamente deficiente, não pode prescindir da atuação dos diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa.

Nesse diapasão, ressalto dados da pesquisa "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009" (Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Jul. 2011), os quais demonstram que, abaixo de determinado nível de escolaridade e renda, o acesso à Justiça praticamente não se concretiza.

Tal pesquisa, dentre outras revelações, ressalta o quanto esse acesso, como direito de segunda geração ou dimensão, tem encontrado dificuldades para se realizar no Brasil, esbarrando, sobretudo, no desalento, ou seja, nas dificuldades relacionadas a custo, distância e desconhecimento que impedem as pessoas mais vulneráveis de alcançar o efetivo acesso à Justiça.

Assim, penso que se deve extrair do *habeas corpus* o máximo de suas potencialidades, nos termos dos princípios ligados ao acesso à Justiça previstos na Constituição de 1988 e, em particular, no art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica.

Não vinga, *data venia*, a alegação da Procuradoria-Geral da República no sentido de que as pacientes são indeterminadas e indetermináveis. Tal assertiva ficou superada com a apresentação, pelo DEPEN e por outras autoridades estaduais, de listas contendo nomes e dados das mulheres presas preventivamente, que estão em gestação ou são mães de crianças sob sua guarda. O fato de que a ordem, acaso concedida, venha a ser estendida a todas aquelas que se encontram em idêntica situação, não traz nenhum acento de excepcionalidade ao desfecho do julgamento do presente *habeas corpus*, eis que tal providência constitui uma das consequências normais do instrumento.

Em face dessa listagem, ainda que provisória, de mulheres presas, submetidas a um sistemático descaso pelo Estado responsável por sua custódia, não se está mais diante de um grupo de pessoas indeterminadas e indetermináveis como assentou a PGR, mas em face de uma situação em que é possível discernir **direitos**

individuais homogêneos – para empregar um conceito hoje positivado no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor – perfeitamente identificáveis e "cujo objeto é divisível e cindível", para empregar a conhecida definição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.

Considero fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assuma a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis. Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. Ademais, contribuirá decisivamente para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juízes brasileiros.

Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional encontra-se em um estado de coisas inconstitucional, e ainda diante da existência de inúmeros julgados de todas as instâncias judiciais nas quais foram dadas interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal (*v.g.*, veja-se, no Superior Tribunal de Justiça: HC 414674, HC 39444, HC 403301, HC 381022), não há como deixar de reconhecer, segundo penso, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento deste *writ*, sobretudo tendo em conta a relevância constitucional da matéria.

Reconhecidos, assim, o cabimento do *habeas corpus* coletivo e a competência desta Corte para julgá-lo, cumpre assentar certos parâmetros no tocante à legitimidade ativa para ingressar com a ação em comento, como, aliás, é a regra em se tratando de ações de natureza coletiva.

Com efeito, apesar de ser digna de encômios a iniciativa do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos e dos impetrantes Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, que trouxeram à apreciação desta Suprema Corte os fatos narrados na inicial, parece-me que a legitimidade ativa deve ser reservada aos atores listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

No caso sob exame, portanto, incidiria o referido dispositivo legal, de maneira a reconhecer-se a legitimidade ativa a Defensoria Pública da União, por tratar-se de ação de abrangência nacional, admitindo-se

os impetrantes como *amici curiae*. Dessa forma, e sem demérito nenhum aos demais impetrantes, os quais realizaram um proficiente trabalho, garante-se que os interesses da coletividade estejam devidamente representados.

Pois bem, superada a questão do conhecimento do *habeas corpus* coletivo, passo à análise do mérito da impetração.

Aqui, é preciso avaliar, primeiramente, se há, de fato, uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), estejam experimentando a situação retratada na exordial. Ou seja, se as mulheres estão efetivamente sujeitas a situações degradantes na prisão, em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como se as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches.

Nesse aspecto, a resposta é lamentavelmente afirmativa, tal como deflui do julgamento da ADPF 347 MC/DF, na qual os fatos relatados no presente *habeas corpus* – retratando gravíssima deficiência estrutural, especificamente em relação à situação da mulher presa – foi expressamente abordada.

Por oportuno, transcrevo trechos mais relevantes daquele julgado, nesse aspecto, que extraio do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, e que devem ser necessariamente levados em consideração para análise do caso *sub judice*:

> "A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.
>
> É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição

> ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada 'cultura do encarceramento'.
>
> [...]
>
> Com relação aos problemas causados pela chamada 'cultura do encarceramento', do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.
>
> A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.
>
> **Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados**" (grifei).

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a "cultura do encarceramento", vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

As evidências do que se afirmou na prefacial são várias.

Inicialmente, cabe observar que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres (Brasília: Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, Junho/2017), "a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014", incremento muito superior ao da população masculina, que ainda assim aumentou exagerados 220%

no mesmo período, a demonstrar a tendência geral de aumento do encarceramento no Brasil (INFOPEN Mulheres, p. 10).

Especificamente no tocante à prisão provisória, "enquanto 52% das unidades masculinas são destinadas ao recolhimento de presos provisórios, apenas 27% das unidades femininas têm esta finalidade", apesar de 30,1% da população prisional feminina ser provisória (INFOPEN Mulheres, p. 18-20).

Mais graves, porém, são os dados sobre infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais, sobre os quais cabe apontar que:

(i) nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19);

(ii) nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).

Esses números são ainda mais preocupantes se considerarmos que 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45 anos (INFOPEN Mulheres, p. 22), ou seja, em idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças. Infelizmente, o INFOPEN Mulheres não informa quantas apresentam, efetivamente, tal condição.

Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de "mulas do tráfico" (SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, I. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002). Nesses casos, quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa.

Conforme constou da inicial,

> "O encarceramento provisório de mulheres no Brasil, com suas nefastas consequências, nada tem, assim, de excepcional. Selecionadas a este modo para o cárcere brasileiro, elas possuem baixa escolaridade, originam-se de extratos sociais economicamente desfavorecidos e, antes da prisão, desempenhavam atividades de trabalho no mercado informal (INFOPEN Mulheres – Junho de 2014).
>
> O retrato que ora se vai delineando em tudo coincide com os documentos produzidos no âmbito do sistema universal de direitos humanos sobre o tema (Vide, em especial, o texto destinado a orientar os trabalhos da Força-Tarefa do Sistema ONU sobre o Crime Organizado e o Tráfico De Drogas, como Ameaças à Segurança e Estabilidade. UN Women. *A gender perspective on the impact of drug use, the drug trade, and drug control regimes*, 2014): o envolvimento das mulheres no uso e tráfico de drogas reflete seu déficit de oportunidades econômicas e *status* político.
>
> Quando se engajam em atividades ilícitas são relegadas às mesmas posições vulneráveis que pavimentaram o caminho deste engajamento. Quando alvos da persecução penal, deparam-se com um sistema judiciário que desacredita seus testemunhos e com a atribuição de penas ou medidas cautelares que negligenciam suas condições particulares como mulheres (UN Women, 2014, p. 34-35)".

Todas essas informações são especialmente inquietantes se levarmos em conta que o Brasil não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade nem mesmo às mulheres que não estão em situação prisional. Nesse sentido, relembre-se o "caso Alyne Pimentel", que representou a "primeira denúncia sobre mortalidade materna acolhida pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (...) incumbido de monitorar o cumprimento pelos Estados-parte da Convenção relativa aos Direitos das Mulheres, adotada pelas Nações Unidas em 1979", tratando-se da "única 'condenação' do Estado brasileiro proveniente de um órgão do Sistema Universal de Direitos Humanos" (ALBUQUERQUE, Aline S. de Oliveira; BARROS, Julia Schirmer. Caso Alyne Pimentel: uma análise à luz da abordagem baseada em direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, n. 12, jul. 2016, p. 11)

Foram sete as recomendações feitas ao Brasil naquele pronunciamento, sendo seis delas de caráter geral. Dessas, cinco delas disseram respeito a políticas públicas de saúde, conforme segue:

> i. "assegurar o direito da mulher à maternidade saudável e o acesso de todas as mulheres a serviços adequados de emergência obstétrica;"

ii. “realizar treinamento adequado de profissionais de saúde, especialmente sobre direito à saúde reprodutiva das mulheres;”

iii. “reduzir as mortes maternas evitáveis, por meio da implementação do Pacto Nacional para a Redução da Mortalidade Materna e da instituição de comitês de mortalidade materna;”

iv. “assegurar o acesso a remédios efetivos nos casos de violação dos direitos reprodutivos das mulheres e prover treinamento adequado para os profissionais do Poder Judiciário e operadores do direito;”

v. “assegurar que os serviços privados de saúde sigam padrões nacionais e internacionais sobre saúde reprodutiva” (CEDAW/C/BRA/CO/6).

Uma última referia-se à responsabilização de pessoas envolvidas com a problemática, nos seguintes termos: vi. “assegurar que sanções sejam impostas para profissionais de saúde que violem os direitos reprodutivos das mulheres”.

Convém ressaltar que o cuidado com a saúde maternal é considerado como uma das prioridades que deve ser observada pelos distintos países no que concerne ao seu compromisso com a promoção de desenvolvimento, conforme consta do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio – ODM nº 5 (melhorar a saúde materna) e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos documentos subscritos no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Aliás, a reiteração da ênfase conferida pela ONU sobre o tema foi reforçada nos ODSs justamente porque, durante o tempo em que vigeram os ODMs (2000-2015), foi possível constatar “a falta de avanço em algumas áreas, particularmente aquelas relacionadas com saúde materna, neonatal e infantil e saúde reprodutiva” (MACHADO FILHO, H. União Europeia, Brasil e os desafios da agenda do desenvolvimento sustentável. *In*: *Dos objetivos do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: lições aprendidas e desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, p. 88).

Ao tutelarem a saúde reprodutiva da mulher, tais objetivos corroboram o pleito inicial, reforçando a importância de, num crescente cenário de uma maior igualdade de gênero, se conferir atenção especial à saúde reprodutiva das mulheres.

O Brasil, ademais, na medida em que dá concretude a tais compromissos, honra o lugar de destaque que ocupou nos últimos grandes eventos internacionais voltados à promoção do desenvolvimento social,

notadamente no congresso Rio + 20, bem como os compromissos assumidos ao subscrever os supra mencionados Objetivos Globais, que se voltam especialmente à tutela das mulheres e crianças em situação de maior vulnerabilidade.

Na verdade, nada mais estará fazendo do que dar concreção ao que a Constituição, em sua redação original, já determinava:

> i. "art. 5º, II – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
>
> ii. "art. 5º, XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
>
> iii. "art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...);
>
> iv. "art. 5º, L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
>
> v. "art. 5º, XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
>
> vi. "art. 5º, XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;".

Além disso, respeitará a Lei 11.942/2009, que promoveu mudanças na Lei de Execução Penal, que prevê:

> i. "acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido."
>
> ii. "os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade." e
>
> iii. "a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa", inclusive à presa provisória (art. 42 da LEP).

Não obstante, nem a Constituição, nem a citada Lei, passados tantos anos da respectiva edição, vem sendo respeitadas pelas autoridades responsáveis pelo sistema prisional, conforme registra o próprio DEPEN nas informações que constam do já referido INFOPEN Mulheres – 2014.

O cuidadoso trabalho de pesquisa de Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, constante da inicial, revela, inclusive por meio de exemplos, a duríssima – e fragorosamente inconstitucional – realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI.

Vale transcrever, nesse sentido, mais um trecho da contundente exordial:

> "Para além da incapacidade de oferecer um ambiente confortável, alimentação adequada e viabilizar outros fatores condicionantes de um desenvolvimento gestacional saudável, estudos dedicados à investigação das condições de maternidade no cárcere constataram ainda que as mulheres experimentam – e denunciam – gestações ora mal, ora completamente desassistidas.
>
> Tome-se, por exemplo, o impacto desta privação no tocante à sífilis, enfermidade à qual as mulheres privadas de liberdade estão especialmente vulneráveis, conforme os dados do INFOPEN já mencionados (Consta do levantamento que, das 1.204 mulheres com agravos transmissíveis, 35% são portadoras de sífilis. Cf. do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho de 2014.) A bactéria causadora da doença é capaz de atravessar a barreira placentária. Em consequência, fica a criança vulnerável à sífilis congênita, cuja incidência tem aumentado nos últimos anos (4,7 para cada 1.000 nascidos vivos em 2013, segundo o Ministério da Saúde); incrementa-se o risco de abortamentos precoces, tardios, trabalhos de parto prematuros e do óbito da criança (O índice de mortalidade infantil por sífilis congênita no Brasil cresceu de 2,2 a cada 100.000 nascidos vivos em 2004 para 5,5 em 2013). As crianças sobreviventes ainda podem desenvolver malformações cerebrais, alterações ósseas, cegueira e lábio leporino.
>
> Os partos de mulheres sob custódia do Estado, realizados nas celas ou nos pátios prisionais, são expressão máxima da indiferença do sistema prisional aos direitos reprodutivos de mulheres presas. Parto, afinal, não é acidente ou evento incerto. Entretanto, o sistema de justiça criminal, em aparente estado de negação, desconsidera as condições do cárcere na determinação de prisões preventivas a gestantes, bem como as necessidades inescapáveis destas. O sistema prisional, por sua vez, falha persistentemente no reconhecimento, planejamento e no encaminhamento

tempestivo de suas demandas. O Estado, portanto, cria e incrementa o perigo, a potencialidade de dano, a previsibilidade de perdas às mulheres e seus filhos. Não são menores os desafios enfrentados após o nascimento das crianças.

O período de garantia do aleitamento não é uniforme nas diferentes unidades federativas. Em tese, após o parto e como garantia do convívio e do aleitamento materno, o recém-nascido permanece junto à mãe por um período mínimo de seis meses. Esse padrão não é, no entanto, obedecido em todos os estabelecimentos prisionais. Em algumas unidades, o prazo mínimo de seis meses é desrespeitado, noutras converte-se em parâmetro máximo.

Quanto à saída da criança do cárcere, seu elemento mais problemático é o caráter abrupto, o descompromisso com um período de adaptação e a desconsideração de seus impactos sobre a saúde psicológica das mulheres encarceradas. Após um período de convívio com suas crianças, durante o qual permanecem isoladas dos demais espaços de convivência das unidades de privação de liberdade, dedicando-se exclusivamente ao cuidado dos recém-nascidos, mães e filhos são bruscamente apartados. BRAGA e ANGOTTI denominam hiper-hipo-maternidade este constructo da disciplina prisional, caracterizado por uma intensa e regulada convivência, seguida de uma brusca e cruel separação. Importante ainda mencionar que, caso não seja bem-sucedida a tentativa de contato com a família ou não haja familiares dispostos a assumir o cuidado da criança durante o período de privação de liberdade da mãe, as crianças são encaminhadas a um abrigo. Não raro, são adotadas e as mães são destituídas de poder familiar sem que tenham tido oportunidade de se manifestar e defender-se amplamente diante do Juizado da Infância e Juventude (Conectas. 'Penitenciárias são feitas por homens para homens'. Disponível em:http://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf).

Outro persistente obstáculo, incidente nos casos das crianças que ficam com parentes e poderiam prestar visitas às mães, mantendo assim, ainda que precariamente, os vínculos afetivo-familiares, consiste na sujeição das crianças e seus guardiões à prática da revista íntima vexatória" (Petição inicial, notas de rodapé incorporadas ao corpo do texto, p. 18-26).

Em 2015, o Ministério da Justiça e o IPEA promoveram uma pesquisa sobre a maternidade na prisão em seis Estados da Federação (*Dar a luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, IPEA, 2015). A realidade que descrevem é, em geral, de indiferença estatal para com a maternidade no cárcere. Especificamente no Estado de São Paulo, chama a atenção o fato de que a Secretaria de Administração Penitenciária não autorizou o ingresso das pesquisadoras nas novas unidades que seriam "projetadas especialmente para atendimento das necessidades das mulheres" (p. 64) e, mesmo em unidades cuja visita foi autorizada, como no Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário, a pesquisa foi severamente restringida, o

que levou as pesquisadoras a indagar: "se nós, professoras universitárias (com o aval do Ministério da Justiça e autorização do Secretário de Administração Penitenciária) estávamos recebendo aquele tratamento por parte do pessoal penitenciário, imagina as pessoas presas e suas famílias?" (p. 66).

Constatou-se ainda a precariedade do acesso à Justiça das mulheres presas, separação precoce de mães e filhos, internação das crianças mesmo quando há família extensa disponível, concluindo-se que:

> "Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do 'combate ao crime' presente nos discursos e práticas do sistema de justiça.
>
> O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres.
>
> Concluímos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos".

Recentemente o Conselho Nacional de Justiça noticiou em seu sítio eletrônico na Internet dados sobre a "Saúde materno-infantil nas prisões", que corroboram os dramáticos relatos citados acima:

> "A vulnerabilidade social do grupo das mulheres presas, especialmente as mães que tiveram filhos na cadeia, também foi constatada pelo fato de 30% delas chefiarem suas famílias – 23% delas tinham famílias chefiadas pelas próprias mães. Praticamente metade delas (48%) não tinha concluído o ensino fundamental, ou seja, uma em cada duas mulheres presas entrevistadas estudou sete anos ou menos.
>
> De acordo com os resultados do estudo, a vulnerabilidade social delas foi agravada durante a experiência da parição. Embora a maioria delas (60%) tenha sido atendida em até meia hora após o início do trabalho de parto, apenas 10% das famílias das presas foram avisadas. Uma em cada três mulheres foi levada ao hospital em viatura policial. A estadia na maternidade também foi problemática, uma vez que 36% das mulheres ouvidas relataram que foram algemadas em algum momento da internação. Maus-tratos ou violência – verbal e psicológica – foram praticadas por profissionais da saúde em 16% dos casos e por agentes penitenciários em 14% dos relatos.

> Sete mulheres das 241 ouvidas (8% do total) alegaram ter sido algemadas enquanto davam à luz. Apenas 3% das mulheres entrevistadas tinham acompanhantes na sala de operação e as visitas pós-nascimento foram autorizadas em somente 11% dos casos. De acordo com os relatos colhidos durante a pesquisa, a intimidade das mulheres parturientes foi respeitada por 10,5% dos profissionais de saúde e por 11,3% dos agentes prisionais.
>
> Para analisar a experiência pré-parto e o atendimento prestado às gestantes, foi considerada recomendação do Ministério da Saúde, segundo a qual o pré-natal adequado tem de ser iniciado antes da 16ª semana da gestação. A distribuição das consultas é trimestral: uma no primeiro trimestre, duas no segundo e três, no terceiro. **Apenas 32% das mulheres ouvidas tiveram um atendimento pré-natal adequado.**" (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_ content &view=article&id=85402:jovem-negra-e-mae-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-na-prisao&catid=813: cnj&Itemid=4640, acesso em 12 de novembro de 2017, grifei).

As narrativas acima evidenciam que há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que "cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro" de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano global relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País

A atuação do Tribunal, nesse ponto, é plenamente condizente com os textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela).

Essa posição é consentânea, ainda, com o entendimento do Supremo Tribunal Federal em temas correlatos, como o revelado na Repercussão Geral de número 423, por meio do julgamento do RE 641.320/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual o Plenário desta Casa assentou que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. A tese ficou assim redigida:

> "I – A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;
>
> II – Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como 'colônia agrícola, industrial' (regime semiaberto) ou 'casa de albergado ou estabelecimento adequado' (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas 'b' e 'c');
>
> III – Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se:
>
> (i) a saída antecipada de 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 sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado".

Cumpre invocar, mais, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, também conhecidas como Regras de Bangkok, que, durante minha presidência no Conselho Nacional de Justiça, fiz questão de ver traduzidas e publicadas na Série "Tratados Internacionais de Direitos Humanos", com o intuito de promover maior vinculação à pauta de combate à desigualdade e violência de gênero (Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016).

Na apresentação das referidas Regras, tive a oportunidade de afirmar que:

> "Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuanças. Há grande deficiência de

dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas.

O principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.

E cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil.

Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado" (grifei).

Algumas regras específicas merecem especial destaque neste julgamento, estando abaixo transcritas:

"6.23.1. Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

6.23.2. Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um berçário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

6.b.10. Serão oferecidos às presas serviços de atendimento médico voltados especificamente para mulheres, no mínimo equivalentes àqueles disponíveis na comunidade.

7.c.24. Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior.

56. As autoridades competentes reconhecerão o risco específico de abuso que enfrentam as mulheres em prisão cautelar e adotarão medidas adequadas, de caráter normativo e prático, para garantir sua segurança nessa situação.

57. As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

58. Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

59. Em geral, serão utilizadas medidas protetivas não privativas de liberdade, como albergues administrados por órgãos independentes, organizações não governamentais ou outros serviços comunitários, para assegurar proteção às mulheres que necessitem. Serão aplicadas medidas temporárias de privação da liberdade para proteger uma mulher unicamente quando seja necessário e expressamente solicitado pela mulher interessada, sempre sob controle judicial ou de outras autoridades competentes. Tais medidas de proteção não deverão persistir contra a vontade da mulher interessada".

A jurisprudência desta Suprema Corte tem sido firme na observância do amplo cabedal normativo ora citado, como pode ser visto no HC 147.322-MC/SP, HC 142.279/CE, HC 130.152-MC/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, HC 134.979/DF, HC 134.130/DF, HC 133.179/DF e HC 129.001/SP, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, HC 133.532/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, HC 134.734-MC/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, dentre muitos outros.

Os cuidados que devem ser dispensados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, o qual estabelece a prioridade absoluta na consecução dos direitos destes:

> "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Aqui, não é demais relembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", sendo escusado anotar que, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram.

São evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças. Recentemente a *Revista Época* publicou reportagem sobre o tema, que bem ilustra o tipo de dano a que estão sujeitas as crianças:

> "O estrondo do portão de ferro que se fecha marca o fim de mais um dia. Na cela, com não mais de 10 metros quadrados, apertam-se objetos cobertos por mantas, uma cama protegida por um mosquiteiro e um guarda-roupa aberto com roupas de bebê dobradas. Adesivos infantis decoram a parede e mantas em tons pastel ocultam as grades de ferro. Ali, na ala da amamentação na Penitenciária Feminina de Pirajuí, em São Paulo, dormem Rebeca, de 7 meses, e sua mãe, Jaquelina Marques, de 23 anos. **A menina só vê o mundo exterior – árvores, carros, cachorros, homens – ao ser levada para consultas pediátricas.** Normalmente, passa o tempo todo com a mãe, ocupante temporária de uma das 12 celas no pavilhão.
>
> [...]
>
> Os sintomas da separação se manifestaram nas crianças. Midiã, quando saiu da cadeia com poucos meses, não aceitava mais ser amamentada. **O irmão dela, Adryan, estava aprendendo a falar quando a mãe foi presa pela segunda vez. Simplesmente parou no meio do caminho. Com 3 anos, ele se expressa mais com acenos de cabeça do que com palavras**.
>
> Na primeira visita à mãe, colocou o braço no rosto para tapar os olhos – e nada o fez mudar de ideia. 'Não me deu um abraço. Fui tentar pegar e ele bateu em mim. Não quis ficar comigo de jeito nenhum', diz Jaquelina. Agora em regime semiaberto, ela visita a família no interior, a cerca de duas horas de Pirajuí, durante a 'saidinha' nos feriados. Aos poucos, reaproximou-se dos filhos. Em uma dessas saídas, ao terminar a visita à família, despediu-se do filho. O menino

> correu atrás dela – queria ir junto. 'Ele ficou chorando tanto que deu dó. Fiquei com a cabeça atordoada de deixar ele daquele jeito', diz.
>
> [...]
>
> Em 30 de novembro, o Seminário Nacional sobre Crianças e Adolescentes com Familiares Encarcerados inaugurou uma articulação nacional, a fim de promover apoio a esse grupo. A articulação, que reúne ONGs, associações, movimentos e redes, fez contato com 200 crianças e adolescentes nessa situação. Apenas 36 aceitaram participar. **Detectou-se um quadro previsível e trágico. A prisão de familiares (geralmente mãe ou pai) acarreta fragilidade econômica e social. As crianças muitas vezes precisam assumir tarefas domésticas e ganhar dinheiro. Seis apresentaram depressão"** (Presos ao nascer, *Revista Época*, 18 de dezembro de 2017, grifei).

Em sua manifestação como *amicus curiae*, o Instituto Alana, cujo ingresso nessa condição autorizei, apontou as incontáveis violações a que estão sujeitas as crianças que nascem no cárcere, a demonstrar que as violações a seus direitos começam antes mesmo do nascimento:

> "É fundamental ter em mente que o período gestacional e o momento do nascimento refletem no desenvolvimento infantil: 'O embrião ou feto reage não só às condições físicas da mãe, aos seus movimentos psíquicos e emocionais, como também aos estímulos do ambiente externo que a afetam. O cuidado com o bem-estar emocional da mãe repercute no ser que ela está gestando. [...] Quando a mulher grávida recebe apoio emocional e material do parceiro e de outros que lhe são próximos durante todo o processo, seus sentimentos de bem-estar comunicam-se ao embrião e ao feto, favorecendo o desenvolvimento saudável do bebê' (SANTOS, Marcos Davi dos *et al*. Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: práticas ampliadas. São Paulo: Fundação Maria Cecilia Souto Vidigal, 2014, p. 19).
>
> Assim, é importante considerar a relevância da atenção pré-natal e do cuidado com o parto, para além do acompanhamento pediátrico, e entender que violações aos direitos da mulher gestante, parturiente e mãe violam também os direitos de crianças. É preciso destacar também que, nos casos de separação entre a criança e a mãe, há impactos na saúde decorrentes desse rompimento, os quais se agravam em casos de institucionalização [...] Um dos principais fatores responsáveis por esse dano é o estresse tóxico, fruto de situações que envolvem um sofrimento grave, frequente, ou prolongado, no qual a crianças não têm o apoio adequado da mãe, pai ou cuidadores. No caso de crianças com mães encarceradas, o estresse tóxico decorre do ambiente prisional, que não é capaz de acolher a criança, e da situação precária que a mulher encarcerada vivencia. Também nos casos de separação da mãe e consequente institucionalização, o rompimento do vínculo gera estresse à criança" (documento eletrônico 148, p. 18/19).

Professores da Universidade de Harvard demonstraram que a privação, na infância, de suporte psicológico e das experiências comuns às pessoas, produz danos ao desenvolvimento da criança (NELSON, Charles A., FOX, Nathan A. e ZEANAH, Charles H. *Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014).

Conforme explicam, existe uma "experiência compartilhada" pela qual todos os seres humanos devem passar. E tal experiência é de suma importância para o desenvolvimento sensorial e emocional. Sem ela, os órgãos, assim como o sistema nervoso, podem, sobretudo em épocas críticas do desenvolvimento infantil, sofrer danos permanentes. A consistência do afeto que recebem é da máxima relevância para a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas.

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas.

Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças.

Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas.

Por tudo isso, é certo que o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos.

Pesquisas empíricas realizadas no Brasil vêm corroborando o que se consignou acima. Uma delas, realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado na cidade de Salvador – BA, revelou que "com relação ao desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social, todas as crianças apresentavam seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social" (SANTOS,

Denise *et al*. Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. *6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde*).

As privações narradas, além das inaceitáveis consequências pessoais que provocam, prejudicam a sociedade como um todo. Não se ignora, aliás, que, para se desenvolver plenamente, é preciso, antes de tudo, priorizar o bem-estar de suas crianças. Neste sentido, James Heckman, prêmio Nobel de Economia, ressalta que os menores que nascem em ambientes desvantajosos apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem mais problemas do que outras pessoas ao longo das respectivas vidas, sendo grande a possibilidade de virem a cometer crimes (HECKMAN, J. *Giving Kids a Fair Chance*. Cambridge: The MIT Press, 2013). Para ele, as principais habilidades cognitivas e socioemocionais dependem do ambiente que encontram na primeira infância.

Essa é a razão pela qual, acrescenta, políticas públicas voltadas à correção precoce desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas e no incremento de sua qualidade de vida. Disso resultará, finaliza, uma economia mais robusta e uma sociedade mais saudável.

Em suma, quer sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, quer sob uma ótica estritamente utilitarista, nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram.

É importante sublinhar, também, que o legislador tem se revelado sensível a essa triste realidade. Não por acaso, recentemente foi editado o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que modificou alguns aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem implicações da maior relevância para o julgamento do presente *writ*. A redação atual dos dispositivos que interessam é a seguinte:

> "Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.
>
> Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

§ 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária.

§ 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher.

§ 3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.

§ 6º A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato.

§ 7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança.

§ 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

§ 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto.

§ 10º Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

§ 1º Os profissionais das unidades primárias de saúde desenvolverão ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de

> promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua.
>
> § 2º Os serviços de unidades de terapia intensiva neonatal deverão dispor de banco de leite humano ou unidade de coleta de leite humano".

O Estatuto da Primeira Infância regulou, igualmente, no âmbito da legislação interna, aspectos práticos relacionados à prisão preventiva da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o art. 318 do Código de Processo Penal, que assim ficou redigido:

> "Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...]
>
> IV – gestante;
>
> V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;".

Diante desse teor normativo, pergunta-se: quais devem ser os parâmetros para a substituição de que trata a lei?

A resposta, segundo as autoras e as *amici curiae*, está em que o "poderá", constante do *caput* do artigo deve ser lido como "deverá", para evitar que a discricionariedade do magistrado seja, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento.

Já para a Procuradoria-Geral da República, a resposta deve formulada caso a caso, sempre à luz da particularidade do feito em análise. Essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no País.

Diante dessas soluções díspares, e para evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, a melhor saída, a meu ver, no feito sob exame, consiste em conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º

do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Estendo a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.

Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP.

Para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará.

A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados.

Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia.

Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de

Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão.

O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, lançado durante o período em que exerci a presidência do referido órgão, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade.

Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício.

Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial.

Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347.

É como voto.

ANTECIPAÇÃO DO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Senhor Presidente, muito obrigado! Inicio por parabenizar a eloquência, o denodo dos advogados, advogadas e defensores públicos que se sucederam na tribuna.

O tema é momentoso, evidentemente. Eu tenho a convicção, a certeza de que as organizações internacionais e as entidades nacionais de proteção dos direitos humanos estão de olhos voltados agora para a Suprema Corte do Brasil; não só essas pessoas jurídicas, mas também todos aqueles que se preocupam com a defesa dos direitos e garantias fundamentais da cidadania.

Eu creio que nós estamos diante de um momento histórico que, inclusive, exige que prestigiemos esse vetusto, multissecular instrumento de proteção dos direitos fundamentais que é o *habeas corpus*, que tem, ao longo da história e de sua utilização no Brasil, recebido o prestígio que certamente merece.

Eu queria, Senhores Ministros, minhas senhoras e meus senhores, dizer inicialmente que, há questão de semanas, o eminente Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Dias Toffoli e eu, na semana passada, nós de forma pioneira resolvemos homologar– no meu caso, porque se tratava de uma ADPF, e, no caso de Suas Excelências, porque se tratava de processos de natureza subjetiva, embora com repercussão geral, dois REs – os acordos entre bancos e poupadores no que diz respeito aos planos econômicos, para colocar um fim a ações que já tramitam há cerca de 25 ou, quiçá, 30 anos em nosso País sem solução. E, nesses casos, segundo algumas estimativas, atingimos o universo de cerca de dois milhões de pessoas. Com certeza, um número mais sólido, nós cuidamos de 650.000 processos/ações que estavam em trâmite. Ou seja, nós, os três Ministros aqui presentes, de forma, ao meu ver, pioneira – e por que não dizer corajosa – prestigiamos um instrumento que, originalmente, não tem – pelo menos, os REs – uma abrangência coletiva. Prestigiamos uma solução abrangente para uma situação que se vinha arrastando há mais de duas décadas. E tratava-se, Senhores Ministros, de direitos meramente patrimoniais. Agora, estamos diante da proteção, talvez, de um dos mais sagrados direitos, depois da vida e da saúde, que é o direito à liberdade. E mais: a proteção da mãe, sobretudo daquela que amamenta, e de – tenho aqui um número aproximado, mas não vou ousar discriminá-lo em suas minúcias, para não errar –, seguramente, mais de dois mil pequenos brasileirinhos, que estão atrás das grades, com suas mães, sofrendo indevidamente – contra o que dispõe a Constituição e contra o que dispõe o Direito positivo brasileiro – as agruras do cárcere.

Penso, Senhores Ministros, que é chegada a hora de exercermos um pouco de coragem e darmos, realmente, uma abrangência maior nesse histórico instrumento de proteção dos direitos fundamentais, que é o *habeas corpus*.

9 ACORDO NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 165 – DISTRITO FEDERAL

Homologação de acordo celebrado entre instituições financeiras e poupadores para a correção monetária das perdas inflacionárias decorrentes dos planos econômicos nas décadas de 1980 e 1990 (que trata do pagamento de diferenças de expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos Bresser, Verão e Collor II). [**ADPF 165 Acordo/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 1º-4-2020.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif)
Advogados: Arnoldo Wald e outro (a/s)
Advogada: Heloísa Scarpelli Soler Marques
Amicus Curiae: Associação Brasileira do Consumidor (Abracon)
Advogado: Marcus Alexandre Siqueira Melo
Amicus Curiae: Associação de Proteção e Defesa Ativa dos Consumidores do Brasil (Aprovat)
Advogado: Tony Luiz Ramos
Amicus Curiae: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec)
Advogado: Walter Jose Faiad de Moura
Advogada: Andrea Lazzarini Salazar
Advogado: Marcos Vicente Diegues Rodrigues
Amicus Curiae: Banco Central do Brasil (Bacen)
Procurador: Procurador-Geral do Banco Central do Brasil
Amicus Curiae: Associação de Proteção dos Direitos do Consumidor (APDC)
Advogado: Ilmar Nascimento Galvão
Advogado: Jorge Octávio Lavocat Galvão
Advogados: Luiz Fernando Pereira e outro (a/s)
Amicus Curiae: Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical
Advogados: Andréa Angerami Correa da Silva e outro (a/s)
Amicus Curiae: Associação dos Direitos dos Consumidores Mutuários da Habitação, Poupadores da Caderneta da Poupança, Beneficiários do Sistema de Aposentadoria e Revisão do Sistema Financeiro (Procopar)
Advogada: Thaisa Cristina Cantoni Manhas
Amicus Curiae: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon)
Advogados: Walter José Faiad de Moura e outro (a/s)
Amicus Curiae: Associação de Defesa dos Contribuintes das Regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste (Acontest)
Advogado: Rodolfo Nascimento Fiorezi
Amicus Curiae: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)
Advogados: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e outro (a/s)
Amicus Curiae: Conselho Federal de Economia (Cofecon)
Advogados: Flávio Aurélio Nogueira Junior e outro (a/s)
Amicus Curiae: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar
Advogados: Lara Correa Sabino Bresciani e outro (a/s)

EMENTA: ACORDO COLETIVO. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. VIABILIDADE. LEGITIMADOS COLETIVOS PRIVADOS. NATUREZA DELIBATÓRIA DA HOMOLOGAÇÃO. REQUISITOS FORMAIS PRESENTES. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. PUBLICIDADE AMPLA. *AMICI CURIAE*. PARECER FAVORÁVEL DO *PARQUET*. SALVAGUARDAS PROCESSUAIS PRESENTES. PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE SUSPENSÃO PROCESSUAL NO ACORDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTINGENTES DEVIDOS. REGRAS RELATIVAS AO CONTRATO DE MANDATO. INCENTIVOS FINANCEIROS PARA ATUAÇÃO NA SOCIEDADE CIVIL NA TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS. JUSTA REMUNERAÇÃO DOS PATRONOS DE AÇÕES COLETIVAS. APRIMORAMENTO DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO. NÃO VINCULAÇÃO DA SUPREMA CORTE ÀS TESES JURÍDICAS VEICULADAS NO ACORDO. INCIDENTE PROCESSUAL RESOLVIDO COM A HOMOLOGAÇÃO DA AVENÇA COLETIVA.

I – Homologação de Instrumento de Acordo Coletivo que prevê o pagamento das diferenças relativas aos Planos Econômicos Bresser, Verão e Collor II, bem como a não ressarcibilidade de diferenças referentes ao Plano Collor I.
II – Viabilidade do acordo firmado por legitimados coletivos privados, em processo de índole objetiva, dada a existência de notável conflito intersubjetivo subjacente e a necessidade de conferir-se efetividade à prestação jurisdicional.
III – Presença das formalidades extrínsecas e das salvaguardas necessárias para a chancela do acordo, notadamente de representatividade adequada, publicidade ampla dos atos processuais, admissão de *amici curiae* e complementação da atuação das partes pela fiscalização do Ministério Público.
IV – Decisão do Supremo Tribunal Federal que assume o caráter de marco histórico na configuração do processo coletivo brasileiro, como forma de ampliação do acesso à Justiça, diante da disseminação das lides repetitivas no cenário jurídico nacional atual e da possibilidade de solução por meio de processos coletivos.
V – Inocorrência de previsão de suspensão das ações durante o prazo de adesão dos poupadores.
VI – Divergências entre a parte e seu advogado quanto à adesão do acordo solucionam-se por meio das regras relativas ao contrato de mandato.
VII – Adoção de um sistema de honorários advocatícios contingentes que é de suma importância para fortalecer a posição do autor coletivo e, consequentemente, do próprio processo coletivo.
VIII – Acordo que deve ser homologado tal como proposto, de maneira a pacificar a controvérsia espelhada nestes autos, que há décadas se arrasta irresolvida nos distintos foros do País, possibilitando-se aos interessados aderir ou não ao ajuste, conforme a conveniência de cada um.

IX – Decisão que não implica qualquer comprometimento desta Suprema Corte com as teses jurídicas veiculadas na avença, especialmente aquelas que pretendam, explícita ou implicitamente, vincular terceiras pessoas ou futuras decisões do Poder Judiciário.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Bem examinados os autos, verifico que está pendente a homologação de acordo judicial coletivo, com impacto em ações e execuções individuais e coletivas.

Sendo assim, inicio meu voto pela análise da viabilidade do acordo num processo de índole objetiva como a ADPF. Nesse aspecto, esclareço que há, subjacente ao presente feito, um notável conflito intersubjetivo, o qual comporta uma solução amigável por meio do acordo apresentado para homologação. Assim, ao homologá-lo, o Supremo Tribunal Federal não estará chancelando nenhuma interpretação peculiar dada à lei. Pelo contrário, não obstante o ajuste proposto veicule diversas teses jurídicas, a homologação não as alcança, nem as legitima, abrangendo tão somente as disposições patrimoniais firmadas no âmbito da disponibilidade das partes.

Em outras palavras, a homologação estará apenas resolvendo um incidente processual, com vistas a conferir maior efetividade à prestação jurisdicional, extraindo desse importante instrumento previsto no art. 102, § 1º, da Constituição, e regulamentado pela Lei 9.882/1999, todas as suas potencialidades, de forma coerente com imperativos do Direito contemporâneo.

Impende ainda abordar a viabilidade do acordo ante a inexistência de previsão legal específica para que avenças coletivas sejam firmadas por legitimados coletivos privados, como são as associações que representam os poupadores, diferentemente do que ocorre com os entes públicos (ver art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública).[128]

---

[128] Essa questão foi suscitada em: VITORELLI, Edilson, Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado: representatividade (in)adequada, **Jota**, 2018.

Nesse ponto, esclareço que a ausência de disposição expressa não afasta a viabilidade do acordo. No meu entendimento, a existência de previsão explícita unicamente quanto aos entes públicos diz respeito ao fato de que somente podem fazer o que a lei determina, ao passo que aos entes privados é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, segundo preconiza o princípio da legalidade.[129] Não faria sentido prever um modelo que autoriza a justiciabilidade privada de direitos[130] e, simultaneamente, deixar de conferir aos entes privados as mais comezinhas faculdades processuais, tais como a de firmar acordos.

Superada essa questão preliminar, anoto que Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da homologação judicial, ensina que:

> "Homologar significar agregar a um ato realizado por outro sujeito a autoridade do sujeito que o homologa. [...] Ao homologar um ato compositivo celebrado entre as partes o juiz não soluciona questão alguma, referente ao *meritum causae*, nem decide sobre a pretensão deduzida na inicial. Limita-se a envolver o ato nas formas de uma decisão judiciária, sendo-lhe absolutamente vedada qualquer verificação da conveniência dos negócios celebrados e muito menos avaliar as oportunidades de vitória porventura desperdiçadas por uma das partes ao negociar. [...] Por isso, cumpre ao juiz proceder apenas ao exame externo dos atos dispositivos, mediante uma atividade que se chama delibação [...]. São cinco os pontos que lhe cumpre verificar, mas nenhum deles referente aos possíveis direitos das partes: a) se realmente houve uma declaração de vontade de reconhecer o pedido, de renunciar ao direito ou de ajustar mútuas concessões entre as partes; b) se a matéria comporta ato de disposição (CC, art. 841); c) se os contratantes são titulares do direito do qual dispõem total ou parcialmente; d) se são capazes de transigir; e) se estão adequadamente representados. Esses pontos dizem respeito à ordem pública e sua verificação constitui dever do juiz – quer alguma das partes a haja requerido ou mesmo de ofício – negando homologação ao ato se lhe faltar algum dos requisitos, um só que seja".[131]

Constato da leitura do acordo e dos documentos apresentados que os requisitos previstos nos itens "a", "b" e "d" estão indubitavelmente preenchidos. Com relação aos itens "c" e "e", reputo que o tema precisa ser mais aprofundado, diante das impugnações apresentadas nestes autos.

---

[129] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 104.

[130] A respeito dos modelos de justiciabilidade pública e privada (*public* e *private enforcement*) de direitos, com foco no aspecto dissuasório da violação à lei, e suas principais características, ver: STEPHENSON, Matthew C., Public Regulation of Private Enforcement: The Case for Expanding the Role of Administrative Agencies, **Virginia Law Review**, v. 91, n. 1, p. 93-173, 2005.

[131] DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 320-321.

Sublinho que é sempre positiva a iniciativa das partes de buscar a solução consensual, estando tal postura em consonância com políticas judiciárias voltadas para a resolução pacífica de conflitos, tais como o sistema de mediação digital, implementado no Conselho Nacional de Justiça durante o período em que exerci a Presidência desse órgão.

Contudo, em se tratando de acordos coletivos, é necessário que o Supremo Tribunal Federal se debruce com maior cuidado sobre as cláusulas acordadas, mormente em caso como o presente, consistente no maior episódio de litigiosidade repetitiva de nossa história.

Com efeito, deve o Poder Judiciário, no escrutínio dos acordos coletivos, valer-se de salvaguardas voltadas a preservar o interesse da coletividade representada nos autos. Foi o que fiz quando determinei que fosse dada ampla publicidade ao acordo firmado, valendo-me, por analogia, do disposto no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Com base nessa transparência, têm sido veiculadas nos autos, assim como na imprensa, manifestações de interessados, apresentando subsídios que pretendo levar em consideração na presente decisão.

Nesse sentido, objeções foram levantadas quanto ao teor da cláusula 8ª do acordo, que supostamente infringiria o requisito de que trata Dinamarco no item "c" supracitado: saber "se os contratantes são titulares do direito do qual dispõem total ou parcialmente". Para maior clareza, transcrevo a referida cláusula:

> "Cláusula Oitava – DA VIGÊNCIA DO ACORDO
>
> 8.1. A adesão individual de poupadores deverá ocorrer em até 24 (vinte e quatro) meses contados da implementação da condição suspensiva tratada em 6.3, acima.
>
> 8.2. Decorrido o prazo estabelecido no item anterior, os litígios individuais nos quais não tenha havido adesão a este ACORDO pelo respectivo autor ficam sujeitos ao prosseguimento normal das demandas para solução judicial que vier a ser adotada, sem, contudo, sofrer os efeitos deste ACORDO".

Suscitou-se que a previsão estaria prolongando, por mais dois anos, a suspensão processual à qual estão sujeitas as ações relativas aos planos econômicos heterodoxos.

Entretanto, a leitura atenta da cláusula em questão revela que ela não prevê a suspensão das ações durante o prazo de adesão ao acordo. O que ela prevê é, apenas, que decorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) meses,

não será mais possível aderir ao acordo, caso em que ações judiciais prosseguirão em seu normal andamento. Como não foram as partes que convencionaram a suspensão dos processos, não teriam elas competência para fazer persistir ou cessar a suspensão.

Superada essa primeira questão, passa-se a analisar o supramencionado item "e", consistente na representatividade adequada das partes. No tocante a esse aspecto, tenho que o acordo foi firmado por entidades com um relevante histórico de defesa dos interesses de seus associados e com notório interesse e participação em ações coletivas relativas ao tema dos planos econômicos heterodoxos. A respeito desse tema, importa trazer à colação a doutrina da Professora Ada Pellegrini Grinover a respeito da representatividade adequada, ferramenta de conciliação tanto das exigências do resguardo ao devido processo legal quanto das particularidades do processo coletivo:

> "A parte ideológica leva a juízo o interesse meta-individual, 'representando' concretamente a classe, que terá exercido seus direitos processuais através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao 'representante'. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de 'representação substancial e processual', aderente às novas exigências da sociedade".[132]

Representatividade adequada não previne maus acordos nem todos os males da representação processual. Ela consiste numa salvaguarda, dentre outras existentes no processo civil, para proteger os interesses de natureza coletiva.

A esta salvaguarda somam-se, nestes autos, outras de igual envergadura, nominalmente as seguintes:

(i) publicidade ampla dada a todos os atos processuais e, notadamente, ao acordo coletivo;

(ii) admissão de inúmeros *amici curiae*, cujas manifestações foram cuidadosamente levadas em consideração na elaboração desta decisão;

---

[132] GRINOVER, Ada Pellegrini, O Novo Processo do Consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (Orgs.), **Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 296.

(iii) a complementação da atuação das partes pela fiscalização do *custos legis*, o Ministério Público, ao qual incumbe "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127 da Constituição), tendo legitimidade ampla, bem como independência funcional, para tutelar direitos coletivos.

Essas salvaguardas constituem alguns dos mais importantes pilares do processo coletivo brasileiro, com vistas a garantir à cidadania que os interesses coletivos serão devidamente tutelados. A elas poderia se somar a notificação individualizada do acordo. Nesse caso concreto, porém, não vislumbro como indispensável tal medida pela forma como se estruturou o acordo, contemplando apenas pessoas que já ingressaram em juízo e que dispõem, por consectário lógico, de advogado constituído nos autos. O natural é que estejam sendo orientadas pelos seus advogados particulares, que certamente as informarão dos trâmites necessários para fazer valer seus direitos.

Estão presentes, portanto, as cautelas legais necessárias para que o Supremo Tribunal Federal possa se debruçar sobre o feito para decidir se a avença merece a chancela judicial.

Feitas essas necessárias observações, entendo que as circunstâncias fáticas recomendam que o Plenário desta Corte homologue a avença, como, aliás, já o fizeram os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes quanto aos processos sob sua relatoria.

Apesar da existente controvérsia sobre a justiça do acordo, penso que, na medida em que persiste a incerteza sobre o resultado final do litígio no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual tem competência constitucional para proferir a última palavra sobre ele, e considerando a já mencionada existência de todas as salvaguardas necessárias para a higidez do acordo, afigura-se, a meu ver, recomendável a homologação da avença, possibilitando aos interessados aderirem ou não a este, conforme a conveniência de cada um.

Devo ressaltar que acordos em ações coletivas são tipicamente controvertidos, e não apenas no Brasil. Na paradigmática experiência estadunidense, há significativas críticas a acordos coletivos que teriam sido considerados nocivos às atividades empresariais ou aos direitos das grandes coletividades,[133] ou nos quais

---

[133] HAY, Bruce e ROSENBERG, David, Sweetheart and Blackmail Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, **Notre Dame Law Review** 75 (2000 de 1999): 1377; Hensler, Deborah R., Bonnie Dombey-Moore, Elizabeth Giddens, Jennifer Gross, e Erik Moller. **Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain**. Rand Corporation, 2000, 27 e 33.

a participação dos interessados no procedimento é diminuta, já que são conduzidos pelos advogados.[134] É natural e saudável, portanto, que os acordos sejam escrutinados, até mesmo como medida profilática e como expressão da atenção que merece receber um litígio de interesse público.[135]

Numa sociedade de massas, essencialmente burocratizada,[136] os litígios de interesse público são a regra, não a exceção. São lides com natureza repetitiva, que contrapõem litigantes eventuais aos habituais, tendo por fundamento a irresignação quanto a condutas fundadas em políticas públicas ou regulatórias.[137]

Diante da disseminação das lides repetitivas no cenário jurídico nacional atual, e da possibilidade de sua solução por meio de processos coletivos, a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal assume o caráter de marco histórico na configuração do processo coletivo brasileiro. Ao decidir este acordo, esta Casa estabelecerá parâmetros importantes para os inúmeros casos análogos, passados, presentes e futuros, que se apresentam e se apresentarão perante juízes que tomarão esta decisão como referência ao homologar acordos coletivos, bem assim ao deixar de fazê-lo.

Ressalto que já é hora de tais parâmetros serem estabelecidos, porque é assim, conferindo maior previsibilidade ao processo coletivo, que o Supremo Tribunal Federal o fortalecerá, como também o ideal de acesso à Justiça.

Acesso à Justiça é garantia constitucional de primeira grandeza, de que os direitos que constam do texto da Constituição poderão ser exigidos de quem cabe provê-los. Em última análise, é a existência de acesso à Justiça que assegura à cidadania que os direitos constitucionais são verdadeiramente direitos, e não meras aspirações.

---

134 Ver, a respeito, RUBENSTEIN, William; PACE, Nicholas, Shedding Light on Outcomes in Class Actions. *In*: DOHERTY, Joseph W.; REVILLE, Robert T.; ZAKARAS, Laura (Orgs.), **Confidentiality, Transparency, and the U.S. Civil Justice System**, Oxford: Oxford University Press, 2012; HENSLER, Deborah R. *et al*, **Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain**, Santa Monica, Calif: Rand Corporation, 2000, p. 34.

135 Utilizo a expressão no sentido consagrado por CHAYES, Abram, The Role of the Judge in Public Law Litigation, **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

136 A referência à burocratização é feita no sentido weberiano clássico. Ver WEBER, Max, **Ensaios de Sociologia**, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979.

137 FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade**. Traduzido por Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva, e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; GALANTER, Marc, Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, **Law & Society Review**, v. 9, n. 1, 1974.

Como ressalta Helena Campos Refosco em sua tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, o acesso à Justiça apresenta-se como direito de feição liberal e social. Ao exibir essa dupla natureza, ele visa a garantir o acesso das grandes coletividades à prestação jurisdicional inclusiva, imparcial, célere, eficiente e segura. Para tal intento, o processo coletivo assume capital importância, além de viabilizar um grau de participação que a mulher e o homem comuns, como indivíduos, dificilmente poderiam atingir. Dele podem se beneficiar, conclui a autora, diversos grupos sociais, principalmente aqueles sistematicamente excluídos de direitos.[138] Disso decorre a importância do processo coletivo para a democracia e, em última análise, para o desenvolvimento nacional.[139]

Atento a essa realidade, o legislador brasileiro foi ágil e, no renascer de nossa democracia, brindou o País com avançadas leis processuais coletivas, notadamente a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985). Cabe agora ao Poder Judiciário, na aplicação da lei, mantê-la atualizada às novas realidades que se apresentam.

É essa a responsabilidade e a contribuição do Supremo Tribunal Federal na data de hoje, ao estabelecer os parâmetros para que o presente acordo venha a ser homologado e cumprido, servindo de norte para futuros acordos coletivos.

Nesse sentido, as ponderações do CFOAB e dos advogados que se manifestaram nos autos no que tange aos honorários advocatícios devem ser sopesadas com cuidado, porque a decisão a ser proferida aqui será paradigmática para futuros acordos em ações coletivas.

Para compreender a questão, vale ressaltar que os dispositivos relativos à execução da ação coletiva (arts. 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor) levaram à equivocada, mas prevalente, interpretação de que a mencionada efetivação dos direitos coletivos é, em regra, individualizada.[140] Foi essa a racionalidade que, infelizmente, vigorou no acordo, a despeito de mudanças significativas na legislação processual civil brasileira que nos conduzem à interpretação de que a liquidação e a execução individualizada da ação

---

[138] REFOSCO, Helena Campos, **Ação Coletiva e Acesso à Justiça: uma análise da Reforma do Judiciário à Luz de Estudos de Caso**, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2017, p. 20.

[139] Amartya Sen ressalta a importância dos canais de participação democrática para a promoção do desenvolvimento. SEN, Amartya, **Desenvolvimento como Liberdade**, São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

[140] Ver MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1095-1096.

coletiva já não são indispensáveis, pelo contrário: seria possível, e até mesmo recomendável, a execução coletiva mandamental.

Pois bem, a despeito dessa ressalva, é certo que temos diante de nós um acordo que abrange autores de ações individuais, exequentes individuais de ações coletivas, e ainda, seus advogados. Ao contemplar os honorários dos causídicos, a transação amigável prevê, *in verbis*:

> "3. DOS PAGAMENTOS DECORRENTES DO ACORDO [...] Ressalta-se que, sobre os valores apurados, serão pagos 10% a título de honorários de advogado, da seguinte forma: no caso de ações condenatórias ordinárias, o valor de 10% será pago diretamente ao patrono do processo; no caso de execução/cumprimento de sentença coletiva, será pago ao patrono que promove tal execução 5%, e a verba restante será cedida pelo referido patrono da causa à FEBRAPO, como contrapartida para a entidade de defesa do consumidor que moveu e acompanhou a ação coletiva na fase de conhecimento."

O CFOAB afirma que tais disposições não podem prevalecer, por atentarem contra direitos dos advogados, mormente nos casos em que a verba honorária foi fixada judicialmente em valor superior ao estabelecido no acordo. A complexa questão que se coloca é, portanto, saber se a cláusula supratranscrita é hígida e legítima ou se, ao contrário, malfere direitos e deve ser expurgada do acordo. Trata-se de problema da máxima relevância, porque as partes, ao firmarem o acordo, foram muito claras no sentido de que os termos e condições do ajuste não poderiam ser afastados ou anulados, sob pena de invalidade total do instrumento.

Entretanto, com o devido respeito, não vislumbro a suposta violação aos direitos dos causídicos.

Sublinho, desde logo, que, para os autores individuais e para os exequentes das ações coletivas transitadas em julgado, o caráter voluntário do acordo está integralmente preservado. Em todo caso, o negócio jurídico será não bilateral, mas multilateral. Esse caráter multilateral decorre claramente dos termos da transação amigável, em que constou: "[o] termo de acordo incluirá a transação em torno dos honorários de sucumbência em favor dos advogados constituídos" (cláusula 5.5).

Assim, se a parte e seu advogado decidirem, em conjunto, aderir ao acordo, o ato é duplamente voluntário. Se, entretanto, apenas a parte, que é a titular do direito, desejar a ele aderir, tem-se um caso que comporta tanto um acordo privado entre a parte e seu advogado quanto a solução por meio das regras relativas ao

contrato de mandato. Todas essas opções encontram amparo nas normas de Direito Civil e de Direito Processual Civil.

No que tange aos exequentes individuais de ações coletivas ainda não transitadas em julgado (cláusula 9.2, "a" do acordo), em que a adesão é obrigatória e o título executivo judicial não está plenamente formado, entendo que o julgamento do feito exige uma atenção mais aprofundada e voltada à compreensão de nuances do processo coletivo.

Isto porque este acordo apresenta ao Supremo Tribunal Federal questões que raramente se colocam perante o Poder Judiciário, já que, em nossa configuração institucional, o Ministério Público tem atuado de forma preponderante no processo coletivo.[141] A litigiosidade coletiva relativa a expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos heterodoxos, nesse aspecto, foi excepcional, por consistir em exemplo de justiciabilidade privada coletiva.

A excepcionalidade da tutela privada de interesses públicos por meio de ações coletivas decorre, seguramente, da ausência de incentivos financeiros para a atuação da sociedade civil. A título comparativo, as *class actions* estadunidenses oferecem ao advogado que exerce o papel de "fiscal da lei", acaso sagre-se vitorioso, honorários advocatícios generosos, que retribuem e remuneram sua dedicação e sua especialização.[142] Nas *class actions*, os honorários geralmente recaem sobre o fundo comum resultante do benefício econômico do litígio – os assim chamados honorários contingentes (*contingency fee*).

Conforme explica o famoso processualista estadunidense Stephen Yeazell, o acordo de honorários advocatícios *ad exitum* costuma contemplar até 50% do direito se há necessidade de recurso, como ocorreu neste caso concreto.[143] Nesse sistema estrangeiro, há clareza sobre o dever daquele que se beneficia da atuação de um advogado de ressarcir esse trabalho. O precedente que firmou essa premissa é o caso *Trustees v. Greenough*,

---

[141] SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO – SBDP, **Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva**, Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2017.

[142] A respeito do regramento das *class actions*, ver, dentre outros: Hensler, Deborah R., Bonnie Dombey-Moore, Elizabeth Giddens, Jennifer Gross, e Erik Moller. **Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain**. Rand Corporation, 2000; RUBENSTEIN, William B., **Newberg on Class Actions**, 5ª ed. Eagan, MN: Thomson Reuters, 2011; GIDI, Antonio, **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda, **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[143] YEAZELL, Stephen C., **Civil procedure**, 8th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 321.

julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.[144] Esse julgado foi fundamental para incentivar advogados empreendedores a patrocinar *class actions*.

No Brasil, a legislação prevê incentivos tênues para os autores das ações coletivas, e não prevê regras específicas para acordos. A ausência de um processo coletivo robusto dificulta o acesso à Justiça e a dissuasão de condutas socialmente danosas.

A adoção de um sistema de honorários contingentes é de suma importância para fortalecer a posição do autor coletivo e, consequentemente, o próprio processo coletivo. Por meio desse sistema, os honorários consistem numa porcentagem do que será pago àquele que se beneficia do trabalho empreendido pelos patronos da ação coletiva, ainda que não os tenha diretamente contratado.

No caso concreto, as associações que representam os poupadores naturalmente arcaram, no decorrer desses vários anos ao longo dos quais perdura o litígio, com os custos relativos à defesa dos interesses dos poupadores nas diversas frentes em que foram demandadas. Graças a essa incansável atuação, que, aliás, não se restringe apenas aos processos judiciais, os poupadores se verão ressarcidos dos valores relativos aos expurgos inflacionários, fruto da violência jurídica em que se constituíram os planos econômicos heterodoxos de que tratamos. Assim, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa justifica que as associações recebam uma retribuição pelas despesas e pelo trabalho prestado. Com isso, visa-se também a garantir que, no futuro, possam agir da mesma forma como agiram até hoje – zelando por interesses coletivos e, consequentemente, pela defesa da ordem jurídica.

Acrescente-se, ainda, que, no caso *sub judice*, as partes acordaram que os honorários recairiam sobre valores efetivamente desembolsados em favor dos credores, o que é o ideal, por alinhar os incentivos da parte e de seu advogado com vistas à efetiva reparação do dano; os advogados obterão porcentagem do valor efetivamente recebido pela parte, tendo assim os incentivos para buscar a mais ampla reparação em favor do lesado. Dessa forma, o sistema de fixação dos honorários, tal como estipulado, contribui para maior legitimação do acordo.

---

144 Nesse relevante precedente judicial, firmou-se o entendimento de que: "*One jointly interested with others in a common fund who in good faith maintains the necessary litigation to save it from waste and secure its proper application is entitled in equity to the reimbursement of his costs as between solicitor and client, either out of the fund itself or by proportionate contributions from those who receive the benefit of the litigation.*" Ver: U.S. Supreme Court, *Trustees v. Greenough*, 105 U.S. 527 (1881).

Em conclusão, entendo que é responsabilidade do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal, superar as deficiências do sistema processual coletivo brasileiro. O acordo *sub judice* representa uma oportunidade de oferecermos nossa contribuição para firmar incentivos reais visando estimular as associações a assumir papel mais ativo na atuação processual coletiva, já que elas dispõem de vantagens institucionais relevantes para agir em nome do particular lesado. Seu trabalho tem que ser prestigiado pelo Poder Judiciário.

Por tudo o que foi exposto, o acordo deve ser homologado, tal como proposto, de maneira a pacificar a controvérsia espelhada nestes autos, que há décadas se arrasta irresolvida nos distintos foros do País, **sem que isso implique, todavia, qualquer comprometimento desta Suprema Corte com as teses jurídicas nele veiculadas, especialmente aquelas que pretendam, explícita ou implicitamente, vincular terceiras pessoas ou futuras decisões do Poder Judiciário**.

Nesses termos, homologo o acordo, com fulcro no art. 487, III, do Código de Processo Civil.

É como voto.

10 REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 738 – DISTRITO FEDERAL

Medida cautelar referendada para determinar a imediata aplicação de incentivos às candidaturas de pessoas negras ainda nas eleições de 2020. [**ADPF 738 MC-Ref/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 29-10-2020.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)
Advogado: Irapua Santana do Nascimento da Silva
Intimado: Tribunal Superior Eleitoral
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA: REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POLÍTICAS PÚBLICAS DE CARÁTER AFIRMATIVO. INCENTIVO A CANDIDATURAS DE PESSOAS NEGRAS PARA CARGOS ELETIVOS. VALORES CONSTITUCIONAIS DA CIDADANIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IGUALDADE EM SENTIDO MATERIAL. ORIENTAÇÕES CONSTANTES DE RESPOSTA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL À CONSULTA FORMULADA POR PARLAMENTAR FEDERAL. APLICAÇÃO IMEDIATA PARA AS PRÓXIMAS ELEIÇÕES. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE OU ANUALIDADE (ART. 16 DA CF/1988). MERO PROCEDIMENTO QUE NÃO ALTERA O PROCESSO ELEITORAL. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA.

I – Políticas públicas tendentes a incentivar a apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos nas disputas eleitorais que se travam em nosso País, já a partir deste ano, prestam homenagem aos valores constitucionais da cidadania e da dignidade humana, bem como à exortação, abrigada no preâmbulo do texto magno, de construirmos, todos, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, livre de quaisquer formas de discriminação.
II – O princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), considerado em sua dimensão material, pressupõe a adoção, pelo Estado, seja de políticas universalistas, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de políticas afirmativas, as quais atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo-lhes certas vantagens, por um tempo definido, com vistas a permitir que superem desigualdades decorrentes de situações históricas particulares (ADPF 186/DF, de minha relatoria). Precedentes.
III – O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que só ocorre ofensa ao princípio da anterioridade nas hipóteses de: (i) rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos ou candidatos no processo eleitoral; (ii) deformação que afete a normalidade das eleições; (iii) introdução de elemento perturbador do pleito; ou (iv) mudança motivada por propósito casuístico (ADI 3.741/DF, de minha relatoria). Precedentes.
IV – No caso dos autos, é possível constatar que o TSE não promoveu qualquer inovação nas normas relativas ao processo eleitoral, concebido em sua acepção estrita, porquanto não modificou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e nem tampouco a extensão do sufrágio

universal. Apenas introduziu um aperfeiçoamento nas regras relativas à propaganda, ao financiamento das campanhas e à prestação de contas, todas com caráter eminentemente procedimental, com o elevado propósito de ampliar a participação de cidadãos negros no embate democrático pela conquista de cargos políticos.
V – Medida cautelar referendada.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Trata-se de referendo de medida cautelar deferida nos seguintes termos:

> "Trata-se de ação de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, por meio da qual pretende 'seja reconhecida a imediata aplicação dos efeitos do julgamento realizado pelo E. Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000', assim respondida:
>
> > '[...]
> >
> > Primeiro quesito respondido afirmativamente nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres, pela aplicação das decisões judiciais do STF na ADI nº 5617/DF e do TSE na Consulta nº 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.
> >
> > [...]
> >
> > Segundo quesito é respondido negativamente, não sendo adequado o estabelecimento, pelo TSE, de política de reserva de candidaturas para pessoas negras no patamar de 30%. Terceiro e quarto quesitos respondidos afirmativamente, nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV devem ser destinados ao custeio das candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações' (págs.1-5 documento eletrônico 11, grifei).

No entanto, na sequência, o TSE decidiu, por maioria de votos, vencidos, no ponto, os Ministros Luís Roberto Barroso (Relator), Edson Fachin e Alexandre de Moraes, que aquilo que se continha na Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000 só seria aplicável a partir das eleições de 2022, mediante a edição de resolução, nos termos do voto vencedor do Ministro Og Fernandes, acompanhado pelos Ministros Luís Felipe Salomão, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos.

Daí o inconformismo do PSOL, o qual, na exordial da presente ADPF, sustenta, em síntese, que,

> '[...] diante de uma situação em que se verifica manifesta violação a princípios e direitos constitucionalmente previstos, inclusive atendidos os critérios já estabelecidos por este próprio E. Supremo Tribunal no que se refere à configuração do estado de coisas inconstitucional, é plenamente possível admitir que os incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos termos delimitados pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, sejam aplicados desde já, visando à alteração do cenário de sub-representatividade o quanto antes.
>
> Admitir outro raciocínio seria, com a devida vênia, esvaziar o conteúdo dos primorosos precedentes criados tanto por esta Suprema Corte como pelo próprio E. Tribunal Superior Eleitoral, que tanto contribuíram para a busca de uma sociedade mais igualitária no sentido material' (pág. 50 da petição inicial)
>
> Aduz, ainda, o quanto segue:
>
> '[...] considerando (i) a caracterização da sub-representatividade de pessoas negras como estado de coisas inconstitucional, (ii) a necessidade de alteração do cenário para garantir a distribuição proporcional de recursos a candidaturas de pessoas negras e (iii) o dever do Poder Judiciário de impedir que ações afirmativas perpetuem a desigualdade racial, imperiosa se faz a aplicação imediata dos incentivos às candidaturas de negros e negras para as eleições de 2020.'
>
> Com base nesses argumentos, ao final, pede:
>
> 'a) [...] seja concedida de medida cautelar para que seja determinada a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras ainda nas eleições de 2020; b) [...] seja confirmada a medida cautelar, para reconhecer a contrariedade ao artigo 16 da Constituição Federal e a necessidade imediata da implementação de medidas visando à alteração do reconhecido estado de coisas inconstitucional. c) [...] a intimação do Procurador-Geral da República, para emitir seu parecer no prazo legal, nos termos da Lei 9.882; d) [...] que se colham informações do Tribunal Superior Eleitoral e que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal; e) [...]

> prazo para manifestação do Partido Autor (art. 5º, § 2º, da Lei 9.882); e f) [...] a adoção das providências do § 1º do art. 6º da Lei 9.882; e g) [...] a permissão de sustentação oral na Sessão de julgamento da medida cautelar e na sessão de julgamento do mérito da arguição.'
>
> É o relatório. Decido.

Em um exame perfunctório do pleito formulado pelo requerente, próprio desta fase processual, verifico, sem maiores dificuldades, que se encontram presentes, como se verá adiante, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* ensejadores da concessão de medida cautelar, *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, autorizada pelo art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999, *verbis*:

> 'Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.
>
> § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.'

Pois bem. Para mim, não há nenhuma dúvida de que políticas públicas tendentes a incentivar a apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos, nas disputas eleitorais que se travam em nosso País, prestam homenagem aos valores constitucionais da cidadania e da dignidade humana, bem como à exortação, abrigada no preâmbulo do texto magno, de construirmos, todos, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, livre de quaisquer formas de discriminação.

Nesse aspecto, a Corte Eleitoral, corretamente, assentou que

> '[...] o imperativo constitucional da igualdade e a noção de democracia participativa plural justificam a criação de ações afirmativas voltadas à população negra. No entanto, o campo de atuação para a efetivação do princípio da igualdade e o combate ao racismo não se limita às ações afirmativas. Se o racismo no Brasil é estrutural, é necessário atuar sobre o funcionamento das normas e instituições sociais, de modo a impedir que elas reproduzam e aprofundem a desigualdade racial. Um desses campos é a identificação de casos de discriminação indireta, em que normas pretensamente neutras produzem

> efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a grupos marginalizados, de modo a violar o princípio da igualdade em sua vertente material.'

Essa compreensão vem ao encontro do entendimento da Suprema Corte, que, ao julgar a ADPF 186, de minha relatoria, pelo voto unânime de seus membros, afirmou a constitucionalidade da fixação de cotas raciais para o ingresso de estudantes em universidades públicas.

Naquele julgado, que está próximo de completar uma década, afirmei que a justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade valores culturais diversificados, não raro considerados inferiores àqueles reputados dominantes, *litteris*:

> 'É bem de ver [...] que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada "justiça distributiva".

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. Nesse sentido, ensina que

> 'As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.'

Thomas Skidmore, a propósito, baseado em estudo histórico sobre o tema, lembra o seguinte:

> '[...] tornava-se evidente que quanto mais escura fosse a pele de um brasileiro, mais probabilidades ele teria de estar no limite inferior da escala socioeconômica, e isso de acordo com todos os indicadores – renda, ocupação, educação. Os jornalistas não tardaram em aderir, dando provas circunstanciais de um modelo de discriminação sutil mas indisfarçável nas relações sociais. Já não era possível afirmar que o Brasil escapara da

> discriminação racial, embora ela nunca tenha sido oficializada, desde o período colonial. O peso cada vez maior das evidências demonstrava justamente o contrário, mesmo sendo um tipo de discriminação muito mais complexo do que o existente na sociedade birracial americana. As novas conclusões levaram alguns cientistas sociais a atacar a "mitologia" que predominava na elite brasileira a respeito das relações raciais em sua sociedade. Florestan Fernandes acusava seus compatriotas de 'ter o preconceito de não ter preconceito' e de se aferrar ao 'mito da democracia racial'. Ao acreditar que a cor da pele nunca fora barreira para a ascensão social e econômica dos não brancos pudesse ser atribuída a qualquer outra coisa além do relativo subdesenvolvimento da sociedade ou da falta de iniciativa individual'

A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão.'

Assim, o Plenário da Supremo Tribunal Federal decidiu que não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), considerado em sua dimensão material, a adoção, pelo Estado, seja de políticas universalistas, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de políticas afirmativas, as quais atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo-lhes certas vantagens, por um tempo definido, com vistas a permitir que superem desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Esse também foi o propósito do TSE, ao responder a indagação formulada pela Deputada Federal Benedita Souza da Silva Sampaio, valendo destacar, nessa linha, o trecho abaixo do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso:

> '[...] trata-se aqui do racismo que é incorporado nas estruturas políticas, sociais e econômicas e no funcionamento das instituições. Essa forma de racismo se reflete na institucionalização, naturalização e legitimação de um sistema e modo de funcionamento social que reproduz as desigualdades raciais e afeta, em múltiplos setores, as condições

de vida, as oportunidades, a percepção de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas.'

No mesmo sentido foi a manifestação do Ministro Edson Fachin, a saber:

'Cabe, nessa linha, reforçar a perspectiva de que a Constituição de 1988 marca a institucionalização dos direitos humanos no Brasil, perspectiva essa que se insere no contexto de reconhecimento da igualdade de gênero e igualdade racial como elementos essenciais para uma sociedade democrática. Assim, ações em prol da igualdade racial e de gênero devem ser respeitadas e buscadas como um fim preconizado pela ordem constitucional vigente.

Assim, e como bem pontua o Min. Relator em seu voto, o imperativo constitucional da igualdade preconizado na Constituição da República é densificado pela Lei nº 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial.

Ademais, a igualdade é elemento basilar do princípio democrático' (págs. 3-4 do documento eletrônico 10).

Destaco, ainda, em idêntico diapasão, o pronunciamento do Ministro Alexandre de Morais, que, ao acompanhar o voto do Relator, consignou o quanto segue:

'[...] não tenho dúvidas de que a sub-representação das pessoas negras nos poderes eleitos, ao mesmo tempo que é derivada do racismo estrutural existente no Brasil, acaba sendo um dos principais instrumentos de perpetuação da gravíssima desigualdade social entre brancos e negros. Trata-se de um círculo extremamente vicioso, que afeta diretamente a igualdade proclamada na Constituição Federal e fere gravemente a dignidade das pessoas negras.

Em outras palavras, o histórico funcionamento do sistema político eleitoral brasileiro perpetua a desigualdade racial, pois, tradicionalmente, foi estruturado nas bases de uma sociedade ainda, e lamentavelmente, racista. O mesmo sempre ocorreu em relação à questão de gênero, cuja legislação vem avançando em busca de uma efetiva e concreta igualdade de oportunidades com a adoção de mecanismos de ações afirmativas.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis

> e atos normativos, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.
>
> A desigualdade inconstitucional na lei, também se produz quando, mesmo sem expressa previsão, a aplicação da norma acarreta uma distinção de tratamento não razoável ou arbitrária especificamente a determinadas pessoas, como na presente hipótese' (págs. 10-11, do documento eletrônico 10).

Não obstante a coincidência de pontos de vista quanto à necessidade da adoção de políticas afirmativas para promover candidaturas de pessoas negras no âmbito eleitoral, o TSE cindiu-se no tocante ao momento da entrada em vigor das medidas propugnadas. Como visto, prevaleceu, por maioria de votos, o entendimento segundo o qual os incentivos propostos não seriam colocados em prática nas próximas eleições, mas somente naquelas realizadas a partir de 2022.

Preponderou o argumento segundo o qual o art. 16 da Constituição, que abriga o denominado 'princípio da anterioridade', determina que 'a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência'.

É certo que o STF, em alguns precedentes, emprestou uma interpretação extensiva ao mencionado dispositivo constitucional, assentando que mudanças jurisprudenciais, que alterem o processo eleitoral, somente se aplicam às eleições que ocorrerem após o transcurso de um ano. Não obstante, parece-me, pelo menos nesse juízo provisório ao qual ora procedo, que a resposta formulada pelo TSE não pode ser compreendida como uma alteração do processo eleitoral.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.741, também de minha relatoria, julgada em 6/9/2006, estabeleceu, por votação unânime, que só ocorre ofensa ao princípio da anterioridade nas hipóteses de: (i) rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos ou candidatos no processo eleitoral; (ii) deformação que afete a normalidade das eleições; (iii) introdução de elemento perturbador do pleito; ou (iv) mudança motivada por propósito casuístico.

No caso dos autos, é possível constatar que o TSE não promoveu qualquer inovação nas normas relativas ao processo eleitoral, concebido em sua acepção mais estrita, porquanto não modificou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e nem tampouco a extensão do sufrágio universal. Apenas introduziu um aperfeiçoamento nas regras relativas à propaganda,

ao financiamento das campanhas e à prestação de contas, todas com caráter eminentemente procedimental, com o elevado propósito de ampliar a participação de cidadãos negros no embate democrático pela conquista de cargos políticos.

O incentivo proposto pelo TSE, ademais, não implica qualquer alteração das 'regras do jogo' em vigor. Na verdade, a Corte Eleitoral somente determinou que os partidos políticos procedam a uma distribuição mais igualitária e equitativa dos recursos públicos que lhe são endereçados, quer dizer, das verbas resultantes do pagamento de tributos por todos os brasileiros indistintamente. E, é escusado dizer, que, em se tratando de verbas públicas, cumpre às agremiações partidárias alocá-las rigorosamente em conformidade com os ditames constitucionais, legais e regulamentares pertinentes.

De resto, a obrigação dos partidos políticos de tratar igualmente, ou melhor, equitativamente os candidatos decorre da incontornável obrigação que têm de resguardar o regime democrático e os direitos fundamentais (art. 16, *caput*, da CF) e do inarredável dever de dar concreção aos objetivos fundamentais da República, dentre os quais se destaca o de 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade' (art. 3º, IV, CF).

Sublinho, por oportuno, que, segundo o calendário eleitoral, ainda se está no período das convenções partidárias, qual seja, de 31/8 a 16/9, em que as legendas escolhem os candidatos, cujo registro deve ser feito até o dia 26/9. Tal cronograma evidencia que a implementação dos incentivos propostos pelo TSE, discriminados na resposta à Consulta, desde já, não causará nenhum prejuízo às agremiações políticas, sobretudo porque a propaganda eleitoral ainda não começou, iniciando-se apenas em 27/9. Mas não é só isso: os referidos prazos também deixam claro o perigo na demora, a revelar que uma decisão *initio litis* ou de mérito proferida nestes autos, pelo STF, após essas datas, à toda a evidência, perderia o seu objeto por manifesta intempestividade.

Isso posto, defiro a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário do STF, para determinar a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do TSE à Consulta 600306-47, ainda nas eleições de 2020.

[...]"

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Renovando o entendimento adotado como fundamento para o deferimento da cautelar, no sentido de que políticas públicas tendentes a incentivar a apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos nas disputas eleitorais que se travam em nosso País, já a partir deste ano, prestam homenagem aos valores constitucionais da cidadania e da dignidade humana, bem como à exortação, abrigada no preâmbulo do texto magno, de construirmos, todos, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, livre de quaisquer formas de discriminação.

Voto pelo referendo da medida cautelar.

11 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.362 – DISTRITO FEDERAL

Federalismo cooperativo e requisição de leitos de UTI durante a pandemia de Covid-19.
[**ADI 6.362/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 9-12-2020.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Confederação Nacional de Saúde – hospitais, estabelecimentos e serviços (CNS)
Advogados: Sérgio Bermudes e outro (a/s)
Intimado: Presidente da República
Procurador: Advogado-Geral da União
Intimado: Congresso Nacional
Procurador: Advogado-Geral da União
Amicus Curiae: Federação Brasileira de Hospitais
Advogada: Lídia Hatsumi Yoshikawa
Amicus Curiae: Abramed
Advogado: Renato Guilherme Machado Nunes
Amicus Curiae: Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco)
Advogado: Daniel Antônio de Moraes Sarmento
Amicus Curiae: Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal
Advogado: Ulisses Schwarz Viana

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.979/2020, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS PARA O ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE. ARTS. 23, II, E 196 DA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA VOLTADA PARA O CONFRONTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRELIMINAR DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INDISPENSABILIDADE, TODAVIA, DO PRÉVIO SOPESAMENTO DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES SOBRE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. MEDIDA QUE, ADEMAIS, DEVE OBSERVAR OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE NOVOS REQUISITOS PARA A REQUISIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

I – A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o Estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196).
II – Esse dever abrange todos os entes federados, inclusive as comunas, os quais, na seara da saúde, exercem uma competência administrativa comum, nos termos do art. 23, II, do Texto Constitucional.

III – O federalismo cooperativo, adotado entre nós, exige que a União e as unidades federadas se apoiem mutuamente no enfrentamento da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus.
IV – O Plenário do STF já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei 13.979/2020, não inibe a competência dos demais entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin).
V – Dentre as medidas de combate à pandemia, a Lei 13.979/2020 estabelece que qualquer ente federado poderá lançar mão da "requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa" (art. 3º, VII).
VI – Tais requisições independem do prévio consentimento do Ministério da Saúde, sob pena de invasão, pela União, das competências comuns atribuídas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os quais, todavia, precisam levar em consideração evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas antes de efetivá-las (art. 3º, § 1º).
VII – Como todas as ações estatais, as requisições administrativas precisam balizar-se pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, só podendo ser levadas a cabo após a constatação de que inexistem outras alternativas menos gravosas.
VIII – Essa fundamentação haverá de estar devidamente explicitada na exposição de motivos dos atos que venham a impor as requisições, de maneira a permitir o crivo judicial.
IX – Ao Judiciário, contudo, é vedado substituir-se ao Executivo ou ao Legislativo na definição de políticas públicas, especialmente aquelas que encontrem previsão em lei, considerado o princípio da separação dos poderes.
X – A requisição administrativa configura ato discricionário, que não sofre qualquer condicionamento, tendo em conta o seu caráter unilateral e autoexecutório, bastando que fique configurada a necessidade inadiável da utilização de um bem ou serviço pertencente a particular numa situação de perigo público iminente, sendo por isso inexigível a aquiescência da pessoa natural ou jurídica atingida ou a prévia intervenção do Judiciário.
XI – A criação de novos requisitos para as requisições administrativas por meio da técnica de interpretação conforme à Constituição (art. 3º, *caput*, VII, da CF e § 7º, III, da Lei 13.979/2020), não se aplica à espécie, dada a clareza e univocidade da disposição legal impugnada.
XII – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Permitam-me, inicialmente, cumprimentar todos aqueles que brilhantemente utilizaram a tribuna virtual desta Suprema Corte.

Sem dúvida nenhuma, é um problema – e agora o debatemos – que apresenta interesse constitucional e diz respeito, muito proximamente, ao princípio federativo, um dos princípios fundantes da nossa Constituição.

Quero assentar, como Relator, que todos se houveram muitíssimo bem.

Não obstante, inicio minha fala ousando dizer que nos encontramos diante de um problema absolutamente falso, porque estamos vivendo, infelizmente, desde janeiro, fevereiro, deste ano, essa pandemia, causada pela covid-19. Já estamos no mês de setembro, e, segundo os epidemiologistas, felizmente, já estamos atingindo o platô, do ponto de vista da curva de crescimento da pandemia.

Ainda ontem e hoje mesmo, a mídia e os jornais informam que o índice de contágio está decrescendo, de maneira que estamos vivendo todos esses meses sem que tivesse sido registrado qualquer conflito entre municípios, estados e União, no que diz respeito à requisição de leitos hospitalares ou serviços de saúde. Não vimos absolutamente nenhuma notícia sobre isso nos jornais. Ouso dizer que é um falso problema.

O eminente representante do combativo Ministério Público Federal, Doutor Humberto Jacques, colocou muito bem: se problemas existiram, foram pontuais e resolvidos no nível da justiça local, quiçá da justiça federal; resumiram-se a questões cíveis ou porventura administrativas. Então, estamos, *data venia* – e ouso empregar, talvez, expressão não tão apropriada –, sangrando em saúde, porque problemas, nesse campo, não se registraram.

Portanto, assento que meu voto é pela improcedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Bem examinados os autos, entendo que o caso é de improcedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

Na espécie, pretende-se, em síntese, que o Ministério da Saúde coordene as medidas de requisições administrativas previstas no art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020, as quais não poderiam ser levadas a efeito pelos entes subnacionais, antes de estudos e do consentimento do órgão federal.

Mas não só. A requerente quer, ainda, que o STF assente que o precitado dispositivo legal, para ser havido como constitucional, pressupõe a prévia audiência do atingido pela requisição, sempre acompanhado de motivação, a qual leve em conta o princípio da proporcionalidade e a inexistência de outra alternativa menos gravosa.

Em conclusão, a requerente almeja que a Suprema Corte confira interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, *caput*, VII, e § 7º, III, da Lei 13.979/2020.

Para melhor compreensão daquilo que se discute na presente ADI, transcrevo abaixo o teor dos dispositivos impugnados:

> "Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:
>
> [...]
>
> VII – requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
>
> [...]
>
> § 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:
>
> [...]
>
> III – pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do *caput* deste artigo".

Apenas para lembrar, a Lei 13.979/2020 "dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019".

Visto isso, constato, inicialmente, que a pandemia desencadeada pelo novo coronavírus, que em poucos meses infectou e vitimou dezenas de milhares de pessoas no País e em todo o mundo, revelou, dentre outras coisas, as fraquezas e virtudes das diferentes formas de governança. Entre nós, serviu para testar os limites do federalismo adotado pela Constituição de 1988[145].

A federação, a rigor, é uma novidade histórica, que resultou da associação das treze ex-colônias britânicas na América do Norte, tornadas independentes em 1776. Foi concebida, inicialmente, para assegurar aos associados as vantagens da unidade, sem prejuízo da preservação das distintas particularidades. Mais tarde, constatou-se que essa forma de Estado também contribui para fortalecer a democracia, pois promove a desconcentração do poder e facilita a aproximação do povo com os governantes.

Por isso, o Ministro Alexandre de Moraes, em sede acadêmica, ressaltou que a adoção da forma "[...] federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política."[146]

Inspirado na experiência dos Estados Unidos, o Brasil adotou o modelo em 1891, na primeira Constituição republicana. A partir de então, todas as cartas políticas subsequentes o incorporaram, exceto a de 1937, sob a qual vicejou a ditadura getulista.

A trajetória do federalismo brasileiro, porém, ao longo de sua história, viveu uma espécie de movimento pendular, com momentos de grande concentração de poderes no âmbito da União e outros, mais raros, nos quais houve uma certa desconcentração em favor dos entes federados. Nessa disputa, o governo central acabou sempre prevalecendo sobre as autoridades regionais e locais o que levou alguns analistas a vaticinar que estaríamos, pouco a pouco, nos encaminhando para um Estado unitário descentralizado, em franca contradição com a própria natureza da federação.

---

[145] Cf. meu artigo "Covid-19 e Federalismo", publicado pela *Folha de São Paulo* em 22/4/2020 (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/04/covid-19-e-federalismo.shtml>. Acesso em: jun.2020).

[146] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 311.

O Estado Federal, ademais, repousa sobre dois valores importantes. O primeiro deles refere-se à inexistência de hierarquia entre os seus integrantes, de modo a não permitir que se cogite da prevalência da União sobre os Estados ou, destes, sobre os Municípios, consideradas as competências que lhe são próprias. Já o segundo, consubstanciado no princípio da subsidiariedade, significa, em palavras simples, o seguinte: tudo aquilo que o ente menor puder fazer de forma mais célere, econômica e eficaz não deve ser empreendido pelo ente maior.

Para superar as fraquezas históricas de nossa federação, os constituintes de 1988 adotaram o denominado "federalismo cooperativo" ou "federalismo de integração", no qual "se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais [...], aliado à partilha dos recursos financeiros"[147], exatamente para que se possa alcançar um desenvolvimento nacional mais harmônico e inclusivo.

Dentro dos quadros desse novo federalismo, compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre a "proteção e defesa da saúde" (art. 24, XII), limitando-se a primeira a editar normas gerais sobre o tema (art. 24, XII, § 1º). Além disso, constitui competência comum a todos eles e também aos Municípios "cuidar da saúde e assistência pública" (art. 23, II).

Aqui vale lembrar que a Constituição prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, o dever estatal de dar-lhe efetiva concreção, mediante "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196, CF).

Trata-se da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, que também se revela na sua organização administrativa por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos nessa área, que prima pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, *caput*).

A partir do arcabouço constitucional acima descrito, é possível concluir que a defesa da saúde compete a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, seja mediante a realização de

---

147 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 20-21.

ações administrativas, sem que dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que têm o dever de preservar.

Esse é precisamente o entendimento da mais abalizada doutrina. Confira-se:

> "[a] norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula 'a saúde é direito de todos', assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo todos', que é o signo de universalização, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes – aliás, a norma reforça esses sentido ao prever o acesso universal e igualitário às ações de serviços de saúde –, e, de outro lado, **a obrigação correspondente, na cláusula 'a saúde é dever do Estado', compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta**"[148] (grifei).

Como se percebe, o federalismo cooperativo, longe de ser mera peça retórica, exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes, sobretudo diante da grave crise sanitária e econômica decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019. Bem por isso, os entes regionais e locais, não podem ser alijados do combate à Covid-19, sobretudo porque estão investidos do poder-dever de empreender as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia.

Em outras palavras, a Constituição outorgou a todas as unidades federadas a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e restabelecer a saúde das pessoas acometidas pelo novo coronavírus, incluindo-se nelas o manejo da requisição administrativa.

Ao analisar a ADI 6.341-MC-Ref/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 15/4/2020, esta Suprema Corte referendou a cautelar por ele deferida, assentando que os entes federados possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia em curso, dentre as quais se inclui a requisição administrativa de bens e serviços constante do art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020. O acórdão, redigido pelo Ministro Edson Fachin, foi assim ementado:

---

148 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 768.

"REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. **LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM**. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. **O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios**.

4. **A diretriz constitucional da hierarquização, constante do *caput* do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles**.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. **O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços**.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados-Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17

de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a *expertise* necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. **Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde**.

8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais" (grifei).

Além disso, o Plenário do STF assentou também que o exercício da competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, a qual deu, repito, ensejo à elaboração da Lei 13.979/2020, não restringiu a competência própria dos demais entes da federação para a implementação de ações no campo da saúde. Pelo contrário, tal diploma normativo incluiu, expressamente, a possibilidade de qualquer ente federado lançar mão da "requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa" (art. 3º, VII).

No concernente à requisição administrativa, cumpre lembrar que tal instituto possui fundamento nos arts. 5º, XXIII e XXV, e 170, III, da Constituição. Mais especificamente, "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano" (art. 5º, XXV, da CF).

Isso quer dizer que a medida pode ser desencadeada por qualquer dos entes federados, com base no art. 23, II, da mesma Carta Magna, o qual, como já visto, estabelece que é da competência comum destes "cuidar da saúde e assistência pública".

O Código Civil, de igual forma, prevê que "o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de [...] requisição, em caso de perigo público iminente" (art. 1.228, § 3º). Ademais, apenas a título de exemplo, permanece em pleno vigor o Decreto-lei 4.812/1942, que dispõe sobre a requisição de bens imóveis e móveis, necessários às forças armadas e à defesa passiva da população.

No âmbito das atribuições comuns, vale ressaltar, por oportuno, que a Lei 8.080/1990 consigna que: "para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa

correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização" (art. 15, XIII).

Como se vê, mesmo antes do advento da novel legislação, aqui contestada, nosso ordenamento jurídico já era pródigo em prever a possibilidade de acionamento da requisição administrativa.

Reputo importante destacar que o desencadeamento dessa medida apresenta um caráter eminentemente discricionário, vindicando para sua efetivação, tão somente, a inequívoca caracterização de perigo público iminente, cuja avaliação cabe, de forma exclusiva, às diferentes autoridades administrativas, consideradas as respectivas esferas de competência, depois de sopesadas as distintas situações emergentes na realidade fática.

O art. 5º, XXV, da Constituição, exige apenas a configuração de iminente perigo público, que "[...] só pode ser avaliada pelo administrador, e, nessa avaliação não há como deixar de se lhe reconhecer o poder jurídico de fixá-la como resultado de valoração de caráter eminentemente administrativo"[149].

Isso significa que a requisição, embora constitua ato discricionário, é também, de certa maneira, vinculado, pois o administrador não pode praticá-lo se ausente o pressuposto do iminente perigo público iminente[150].

Nesse passo, cumpre trazer à baila a opinião de importante especialista acerca do instrumento em análise:

> "Em qualquer das modalidades, **a requisição caracteriza-se por ser um instrumento unilateral e autoexecutório**, pois independe da aquiescência do particular e da prévia intervenção do Poder Judiciário; e em regra oneroso, sendo a indenização *a posteriori*"[151] (grifei).

Semelhante é o ponto de vista de outro grande jurista, o qual afirma que a requisição administrativa retrata hipótese de sacrifício de direito por meio do qual o ente estatal "[...] **em proveito de um interesse público**, constitui alguém, **de modo unilateral e autoexecutório,** na obrigação de prestar-lhe um serviço

---

149 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 844.

150 *Idem, loc. cit.*

151 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 176, grifei.

ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa *in natura*, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado"[152] (grifei).

Como se percebe, a requisição administrativa foi concebida para arrostar situações urgentes e inadiáveis, de modo que a própria indenização, acaso devida, será sempre posterior.

E a medida, convém ressaltar, também abrange bens e serviços médico-hospitalares, conforme atesta a doutrina:

> "Numa situação de iminente calamidade pública, por exemplo, o Poder Público pode requisitar o uso do imóvel, dos equipamentos e dos serviços médicos de determinado hospital privado. A requisição só não será legítima se não estiver configurada a situação de perigo mencionada na Constituição. Nesse caso, pode o proprietário recorrer ao Judiciário para invalidar o ato de requisição"[153].

Por isso, o ato de requisição não dispensa a sua apropriada motivação. A comprovação do atendimento do interesse coletivo, consubstanciado na necessidade inadiável do uso do bem ou do serviço do particular em decorrência de perigo público iminente, será contemporânea à execução do ato, possibilitando, assim, o seu posterior questionamento na justiça, se for o caso.

Dito isso, vale ressaltar, porque conveniente, quanto ao papel da União no combate à pandemia, que o art. 21, XVIII, da Constituição, lhe defere a atribuição de "planejar e promover a defesa contra as calamidades públicas, especialmente as secas e inundações".

E quando o referido dispositivo é lido em conjunto com o art. 198 da mesma Carta – o qual dispõe que o sistema único de saúde é organizado de maneira hierarquizada – percebe-se que compete à União assumir **coordenação** das atividades desse setor, incumbindo-lhe, especialmente, "executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem

---

[152] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 929; grifei.

[153] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit*. p. 843.

risco de disseminação nacional", conforme o disposto no art. 16, III, **a,** e parágrafo único, da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990).

Nessa linha, lanço mão de informações prestadas pela União, nos autos da ADPF 671/DF – processo que deu ensejo à distribuição dos presentes autos a este Relator, por prevenção –, nas quais ela circunscreveu os limites de suas atribuições no combate à pandemia, *verbis*:

> "[...] **a atuação da União é efetuada no plano normatizador**, com a realização de **repasse de incentivos financeiros** destinados à execução das políticas de saúde, incluindo-se a de Média e Alta Complexidade, a **elaboração de políticas públicas e o gerenciamento dos sistemas de informações**.
>
> Nesse sentido foram publicadas a **Portaria nº 237, de 18 de março de 2020**, a qual inclui leitos e procedimentos na Tabela de Procedimentos, Medicamentos Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPM) do Sistema Único de Saúde (SUS), para atendimento exclusivo dos pacientes com COVID-19; a **Portaria nº 414, de 18 de março de 2020**, que autoriza a habilitação de leitos de Unidade de Terapia Intensiva Adulto e Pediátrico, para atendimento exclusivo dos pacientes COVID-19; e a **Portaria nº 568, de 26 de março de 2020**, que autoriza a habilitação de leitos de Unidade de Terapia Intensiva Adulto e Pediátrica para atendimento exclusivo dos pacientes com a COVID-19.
>
> De acordo com a Portaria nº 414, ficou autorizada a **habilitação de até 2.540 (dois mil e quinhentos e quarenta) leitos de Unidade de Terapia Intensiva Adulto e Pediátrico, financiados pelo Ministério da Saúde para atendimento exclusivo dos pacientes COVID-19** (art. 1º). E acrescenta:
>
> [...]
>
> Cumpre destacar que o Ministério da Saúde **dobrou o valor do custeio diário dos leitos em Unidades de Terapia Intensiva (UTI) Adulto e Pediátrica**. Os leitos habilitados anteriormente eram custeados pelo Ministério no valor de R$ 800 por dia, valor que, como visto acima, **passou para R$ 1,600,00**.
>
> Ademais, conforme dispõe a **Portaria nº 568** (art. 1º, § 1º), **a habilitação temporária dos leitos de UTI ocorrerá a partir da solicitação do Gestor de Saúde Estadual e Municipal**, devendo as solicitações estar em consonância com as reais necessidades dos seus territórios" (págs. 10-11 do documento eletrônico 21 da ADPF 671/DF; grifei).

O papel de coordenação, delineado no art. 16, III, **a** e parágrafo único, da Lei Orgânica da Saúde, de acordo com as informações acima transcritas, tem sido exercido pela União de maneira parcimoniosa, no que diz respeito às requisições administrativas.

Sim, porque consideradas as consequências práticas da aplicação literal da lei, a teor do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[154], não há evidências de que o Ministério da Saúde, embora competente para coordenar, em âmbito nacional, as ações de vigilância epidemiológica e sanitária, tenha a capacidade de analisar e solucionar tempestivamente a multifacetadas situações emergenciais que eclodem em cada uma das regiões ou localidades do País.

De maneira muito elucidativa, o Advogado-Geral da União assentou, em sua manifestação, que não caberia ao Ministério da Saúde avalizar todas as requisições administrativas de bens e serviços de saúde privados, levadas a efeito por gestores estaduais e municipais, pois:

> "Embora a União atue como órgão centralizador, coordenador e regulador de políticas públicas de saúde – e nessa amplitude promova o mapeamento nacional das demandas relacionadas à pandemia de Covid-19, identificando urgências, monitorando as redes regionais/locais de saúde e distribuindo bens e serviços às diversas unidades do País – ela não pode funcionar como receptador de todas as requisições administrativas formuladas por gestores de saúde estaduais e municipais.
>
> **A interpretação sugerida pela autora, além de não estar contemplada pela literalidade das normas impugnadas, retiraria dos governos locais o poder de gestão autônoma que lhes é inerente e acarretaria a absoluta ineficiência das medidas emergenciais previstas pela Lei nº 13.979/2020, as quais são indispensáveis ao pronto atendimento da sociedade**" (págs. 13-19 do documento eletrônico 71, grifei).

Não obstante, é possível concluir, sem que tal importe na procedência dos pedidos formulados pela requerente, que o papel da direção nacional do SUS, exercido pelo Ministério da Saúde, poderá dar ensejo àquilo que o Procurador-Geral da República denominou de "**coordenação nacional da distribuição de bens de saúde escassos, de alta procura e de pouquíssima disponibilidade**", com a requisição direta desses

---

[154] Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

insumos pelo ente central, uma vez que "o tratamento linear na distribuição de equipamentos de saúde de demorada e dificílima aquisição é medida que escapa do controle da direção estadual e reclama a atuação direta da direção nacional do SUS" (pág. 20 do documento eletrônico 78, grifei).

Observo, nessa esteira, que as requisições levadas a efeito pelos entes subnacionais não podem ser limitadas ou frustradas pela falta de consentimento do Ministério da Saúde, sob pena de indevida invasão de competências que são comuns à União e aos entes federados, conforme já se viu acima, bem assim diante do risco de se revelarem ineficazes ou extemporâneas.

Por isso, entendo incabível, nesse contexto, a exigência de autorização do Ministério da Saúde no concernente às requisições administrativas decretadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios no exercício das respectivas competências constitucionais. Nesse sentido, inclusive, foi a deliberação do Plenário desta Suprema Corte, na ADI 6.343-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes.

Naquele julgamento, o Colegiado maior da Suprema Corte concedeu parcialmente a cautelar para suspender, em parte, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, **b,** e §§ 6º e 7º, II, da Lei 13.979/2020, **a fim de excluir Estados e Municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal,** e conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos para estabelecer que **as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada**, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.

Essa exigência de fundamentação adequada encontra-se prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, o qual dispõe que as requisições e outras medidas de emergência para combater a Covid-19 "**somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública**" (grifei).

Tal apreciação, todavia, é atribuição exclusiva de cada uma das autoridades públicas integrantes dos três níveis político-administrativos da federação brasileira, consideradas as situações concretas com as quais são defrontadas, sempre com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que devem nortear todos os atos administrativos.

No mais, apesar do natural protagonismo da União no combate à pandemia, forçoso é concluir, assim como o fez o Procurador-Geral da República, que "**o fato de competir ao ente central da Federação, por meio da direção nacional do SUS, a coordenação e linearidade no trato de medidas que se façam necessárias em todo o território nacional não implica exigência de prévia autorização do Ministério da Saúde em toda e qualquer medida de enfrentamento da epidemia adotada pelos estados e pelos municípios**" (pág. 21 do documento eletrônico 78, grifei).

O órgão ministerial, nessa linha, prossegue afirmando que o art. 3º, VII "**propositalmente não estabeleceu nenhum condicionamento para sua realização, tendo em vista a autonomia administrativa dos entes da Federação para promover requisições e a dinâmica que permite a cada ente, em função de sua realidade e de suas particularidades**" (pág. 22 do documento eletrônico 78, grifei).

A esse respeito, consta das informações fornecidas pelo Presidente do Senado Federal que:

> "[...] **o autor da legislação, o Ministério da Saúde, preferiu não condicionar as requisições ao seu crivo prévio. E o fez intencionalmente, caso contrário teria incluído tal procedimento no corpo legislativo**. **Tal escolha foi referendada pelo Presidente da República ao enviar o projeto de lei para debate e pelo Congresso Nacional ao aprovar tal projeto**. Permitir que tal burocracia seja instituída pelo Poder Judiciário, sem a concordância da autoridade responsável pela última palavra, violaria notoriamente a separação de Poderes, que determina que a implementação de políticas públicas de saúde e o funcionamento do Sistema de Saúde são tarefas do Poder Executivo" (pág. 8 do documento eletrônico 64; grifei).

Dito isso, fica claro, a meu sentir, que vulneraria frontalmente o princípio da separação dos poderes a incursão do Judiciário numa seara de atuação, por todos os títulos, privativa do Legislativo e Executivo, substituindo-os na tomada de decisões de cunho eminentemente normativo e político-administrativo.

Por isso, entendo que não cabe ao STF suprir ou complementar a vontade conjugada dos demais Poderes, que deu origem aos dispositivos legais aqui contestados – claramente unívocos, porquanto despidos de qualquer ambiguidade – de maneira a criar – por meio da técnica de interpretação conforme à Constituição – uma obrigação não cogitada por seus legítimos criadores.

Anoto, para uma reflexão adicional, que o Senado da República, em 26/5/2020, aprovou um substitutivo ao PL 2.324/2020 – que objetiva alterar a Lei 13.979/2020 – de modo a que os leitos vagos de hospitais particulares

possam ser usados para a internação de pacientes do SUS com síndrome respiratória aguda grave ou suspeita ou diagnóstico de Covid-19. Referida proposta ainda precisará tramitar na Câmara dos Deputados[155].

A mencionada propositura contempla a necessidade de negociação entre os gestores do SUS e as entidades privadas, por meio de chamamento público, para a contratação emergencial de leitos como providência anterior à requisição compulsória de que trata o art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020. Cogita-se, ainda, da indispensabilidade de prévia comunicação aos hospitais.

Já na Câmara dos Deputados tramita o Projeto de Lei 1.256/2020, que busca dar nova redação ao art. 3º da Lei 13.979/2020, revogando todo o seu § 7º, de forma a assentar que "as requisições administrativas de que trata o *caput* do art. 3º da Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, serão centralizadas e executadas exclusivamente pelo Ministério da Saúde"[156]

Como se vê, a pretensão da requerente já está sendo debatida no Congresso Nacional, que é a seara adequada para contemplar aquilo que ela pretende nesta ADI, mediante alterações legislativas. Por mais esses motivos, penso que cumpre a esta Suprema Corte aguardar – exercendo a autocontenção que lhe convém nessas situações – que os representantes da soberania popular reunidos no Parlamento solucionem a questão.

De resto, agasalhar a pretensão da requerente, no sentido de exigir que, na fundamentação do ato requisitório, a autoridade administrativa, primeiro comprove o esgotamento de outros recursos e, mais, que os serviços prestados pelo particular não serão embaraçados ou, ainda, que ouça previamente o atingido pela medida, tornaria inexequível "[...] a estratégia de combate ao vírus, inviabilizando qualquer solução de logística adotada pelas autoridades de saúde em qualquer âmbito de atuação" (pág. 9 do documento eletrônico 64; trecho da manifestação do Senado Federal).

Nessa linha, também, foi a manifestação do Procurador-Geral da República, para o qual

> "[...] não há falar em oitiva prévia do particular ou qualquer **outra condicionante para a requisição administrativa, sob pena de desvirtuamento do instituto, que reclama pronta atuação do poder público ante iminente perigo** ocasionado 'não apenas por ações humanas, mas, de

---

155 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/05/vai-a-camara-proposta-que-permite-uso-de-leitos-de-hospitais-privados-para-tratar-covid-19>. Acesso: jun. 2020.

156 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242372>. Acesso: jun. 2020).

> igual maneira, por fatos da natureza, como inundações, epidemias, catástrofes e outros fatos do mesmo gênero" (págs. 26-27 do documento eletrônico 78, grifei).

Assim, concluo que a criação de novos requisitos para a implementação de requisições administrativas, por meio da técnica de interpretação conforme à Constituição, relativamente ao art. 3º, *caput*, VII, e § 7º, III, da Lei 13.979/2020, não se coaduna com a natureza expedita do instituto, para cujo acionamento o texto constitucional exige apenas que esteja configurada uma situação de iminente perigo público.

Saliento, por fim, que a Constituição, ao tratar da Ordem Econômica, albergou o postulado da função social da propriedade (art. 170, III), significando que esta, por vezes, pode revelar um interesse não coincidente com o do próprio titular do direito, ensejando o seu uso pela coletividade, independentemente da vontade deste[157].

Assim como assinalou o Presidente do Senado Federal, também entendo que, ante o quadro de uma pandemia reconhecida pela Organização Mundial de Saúde e pelo próprio Estado brasileiro, o qual, por meio do Decreto Legislativo 6/2020, reconheceu a ocorrência de estado de calamidade pública, está "[...] demonstrado que **no conflito entre os princípios da proporcionalidade, do livre exercício de atividade privada e da transparência com o direito universal à saúde, este deve prevalecer na medida exata para evitar mortes**" (pág. 13 do documento eletrônico 64, grifei).

Não bastassem todos os argumentos acima expendidos, registro que o Plenário desta Suprema Corte, em matéria de cunho semelhante, ao julgar o agravo regimental na ADPF 671/DF, interposto pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, **sufragou, por unanimidade, a tese consubstanciada na ementa abaixo**:

> "CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITOS À SAÚDE, À VIDA, À IGUALDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ALEGADAMENTE VIOLADOS. ATINGIMENTO DE UMA SOCIEDADE JUSTA E IGUALITÁRIA COMO META CONSTITUCIONAL. PANDEMIA ACARRETADA PELA COVID-19. PRETENÇÃO DE REQUISITAR ADMINISTRATIVAMENTE BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE PRIVADOS. ADPF QUE CONFIGURA VIA PROCESSUAL INADEQUADA. INSTRUMENTO JÁ PREVISTO EM

---

[157] SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 121.

LEIS AUTORIZATIVAS. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS INSTRUMENTOS APTOS A SANAR A ALEGADA LESIVIDADE. DEFERIMENTO DA MEDIDA QUE VIOLARIA A SEPARAÇÃO DOS PODERES. ATUAÇÃO PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. MEDIDA QUE PRESSUPÕE EXAME DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E CONSIDERAÇÕES DE CARÁTER ESTRATÉGICO. OMISSÃO NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, pressupõe, para a admissibilidade da ADPF, a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com real efetividade, o estado de lesividade eventualmente causado pelo ato impugnado.

II – O sistema jurídico nacional dispõe de outros instrumentos judiciais capazes de reparar de modo eficaz e adequado a alegada ofensa a preceito fundamental, especialmente quando os meios legais apropriados para viabilizar a requisição administrativa de bens e serviços já estão postos (art. 5º, XXV, da Constituição Federal; art. 15, XIII, da Lei 8.080/1990; art. 1.228, § 3º, do Código Civil; e art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020).

III – A presente ação não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos adequados para sopesar os diversos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19.

IV – Vulneraria frontalmente o princípio da separação dos poderes a incursão do Judiciário numa seara de atuação, por todos os títulos, privativa do Executivo, substituindo-o na deliberação de cunho político-administrativo, submetidas a critérios de conveniência e oportunidade, sobretudo tendo em conta a magnitude das providências pretendidas nesta ADPF, cujo escopo é a requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde, antes mesmo de esgotadas outras alternativas cogitáveis pelas autoridades federais, estaduais e municipais para enfrentar a pandemia.

V – O § 1º do art. 3º da Lei 13.979/2020 dispõe que as requisições e outras medidas de emergência para combater a Covid-19 "somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública".

VI – Essa apreciação, à toda a evidência, compete exclusivamente às autoridades públicas, caso a caso, em face das situações concretas com as quais são defrontadas, inclusive à luz dos princípios

da razoabilidade e proporcionalidade, sem prejuízo do posterior controle de constitucionalidade e legalidade por parte do Judiciário.

VII – Não está evidenciada a ocorrência de omissão dos gestores públicos, de modo que não é possível concluir pelo descumprimento dos preceitos fundamentais apontados na inicial da ADPF ou no presente recurso.

VIII – Agravo regimental a que se nega provimento".

Isso posto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, mostrando-se, em consequência, inexequível o pedido de suspensão imediata de todos as requisições administrativas já realizadas.

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Aí está um ponto muitíssimo importante, porque o doente – todos aqueles que já viveram em alguma cidade do interior – vai, em primeiro lugar, bater às portas do prefeito, da prefeitura, da câmara dos vereadores, dos vereadores, do hospital local, da unidade de saúde local. E também essa é uma característica que se reflete ou se repete relativamente a uma série de outros problemas: questão de lixo, questão de educação, questão até do cachorro vadio que está abandonado nas ruas, ou outros problemas.

O federalismo tem essa característica: fortalece a democracia porque permite o acesso do povo, do cidadão mais rápido, mais próximo aos governantes. É natural que os municípios e também os estados sejam os primeiros que são instados a reagir em uma emergência de saúde, sobretudo quando se trata de pandemia.

Eu lanço mão de uma expressão utilizada pelo eminente Ministro e professor Alexandre de Moraes, em sede acadêmica, em que Sua Excelência assenta que a forma federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política. Portanto, autonomia, participação política, como já foi dito da tribuna hoje, quer dizer, os entes federados amplamente compreendidos – Municípios, Estados, Distrito Federal – são sócios da União, são associados da União.

12 REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 770 – DISTRITO FEDERAL

Federalismo cooperativo e a possibilidade de disponibilização, pelo governo estadual, distrital e municipal, de vacinas diversas das oferecidas pela União, desde que aprovadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, atraso ou insuficiência de vacinas. [**ADPF 770 MC-Ref/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 10-3-2021.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)
Intimado: Presidente da República
Procurador: Advogado-Geral da União
Intimado: Ministro de Estado da Saúde
Procurador: Advogado-Geral da União

EMENTA: TUTELA DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE. ARTS. 23, II, E 196 DA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. LEI 13.979/2020, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS PARA O ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. VACINAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO.

I – A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o Estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196).
II – Esse dever abrange todos os entes federados, inclusive as comunas, os quais, na seara da saúde, exercem uma competência administrativa comum, nos termos do art. 23, II, do Texto Constitucional.
III – O federalismo cooperativo, adotado entre nós, exige que a União e as unidades federadas se apoiem mutuamente no enfrentamento da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus.
IV – Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de todas as vacinas seguras e eficazes no PNI, de maneira a imunizar uniforme e tempestivamente toda a população, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central.
V – O Plenário do STF já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei 13.979/2020, não inibe a competência dos demais entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin).
VI – A Constituição outorgou a todos aos integrantes da Federação a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar

vidas e garantir a higidez física das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia, incluindo-se nisso a disponibilização, por parte dos governos estaduais, distrital e municipais, de imunizantes diversos daqueles ofertados pela União, desde que aprovados pela Anvisa, caso aqueles se mostrem insuficientes ou sejam ofertados a destempo.
VI – Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, **a,** e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Como se nota, a requerente formula diversos pedidos cautelares na inicial da ADPF. No entanto, num exame ainda perfunctório, de mera delibação, próprio desta fase ainda embrionária da demanda, entendo que, por ora, apenas um deles merece ser contemplado.

De início observo que pandemia desencadeada pelo novo coronavírus, que, em menos de um ano, infectou e vitimou fatalmente centenas de milhares de pessoas no País e no mundo, revelou, dentre outras coisas, as fraquezas e virtudes de nossa forma de governança, em especial do sistema público responsável por assegurar os direitos fundamentais à vida e à saúde contemplados nos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal.

O direito à vida, é escusado dizer, corresponde ao direito, universalmente reconhecido à pessoa humana, de viver e permanecer vivo, livre de quaisquer agravos, materiais ou morais, significando, especialmente, sob pena de ficar esvaziado de seu conteúdo essencial, o direito a uma "existência digna", conceito mencionado no art. 170 de nossa Lei Maior.

Já a saúde, de acordo com o supra mencionado art. 196, "**é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos** e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (grifei).

José Afonso da Silva, ao comentar o referido dispositivo constitucional, assevera que ele abriga uma verdadeira garantia, a qual deve ser cumprida "pelas prestações de saúde, que [...] se concretizam mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos – **políticas** essas, **que**, por seu turno, **se efetivam pela execução de ações e serviços de saúde, não apenas visando à cura de doenças**".[158]

Na mesma linha são as observações de Kildare Gonçalves Carvalho, para quem **o direito à saúde não se resume apenas à medicina curativa, mas inclui a medicina preventiva, a qual exige a execução de uma política social e econômica adequada, que esclareça e eduque a população, além de promover** a "higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, **campanhas de vacinação**, dentre outras ações".[159]

É nesse contexto, amplificado pela magnitude da pandemia decorrente da Covid-19, que **se exige**, mais do que nunca, **uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos de todos os níveis governamentais, sobretudo mediante a implementação de programas universais de vacinação**, pois, como adverte o professor da Universidade de São Paulo antes referido, "**o direito é garantido por aquelas políticas indicadas, que hão de ser estabelecidas, sob pena de omissão inconstitucional**".[160]

E aqui cumpre lembrar que o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS, datado de 22/7/1946, agência internacional pertencente à Organização das Nações Unidas – ONU, integrada pelo Brasil, traz à lume um generoso **conceito de saúde, caracterizado como um bem coletivo e dever do Estado**.[161]

Essa noção encontra amparo também no art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado pelo Decreto 591/1992, o qual dispõe que "**os Estados Partes** do presente Pacto

---

158 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 768.

159 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1.167.

160 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 768, grifei.

161 Íntegra em inglês disponível em: <https://www.who.int/about/who-we-re/constitution>. Acesso: nov. 2020.

reconhecem o **direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde** física e mental", **de modo a adotar** as medidas necessárias para assegurar "**a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas**, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças".

É por isso que inexiste qualquer dúvida de que o **direito social à saúde coloca-se acima da autoridade de governantes episódicos, pois configura, como visto, um dever cometido ao Estado**, compreendido como uma "ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território".[162] Vale lembrar, por oportuno, que **o Brasil**, segundo a Constituição de 1988, **adotou a forma federal de Estado**, "formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal" (art. 1º, *caput*, da CF).

O dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos que se encontrem sob sua jurisdição – brasileiros e estrangeiros residentes no País – **apresenta uma dimensão objetiva e institucional, que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde – SUS** (art. 198, I, II e III, da CF), ao qual compete, dentre outras atribuições, "controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos", como também "executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador" (art. 200, I e II, da CF).

Esse sistema é compatível com o nosso "**federalismo cooperativo**" ou "**federalismo de integração**", adotado pelos constituintes de 1988, no qual "**se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais**",[163] que encontra expressão, quanto à temática aqui tratada, na competência concorrente partilhada pela União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a "proteção e defesa da saúde" (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência comum a todos eles e também aos Municípios de "cuidar da saúde e assistência pública" (art. 23, II, da CF).

Esse compartilhamento de competências entre os entes federados na área da saúde não exime a União de exercer aquilo que a doutrina denomina de "competência de cooperação",[164] traduzida na obrigação constitucional de "planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações" (art. 21, XVIII, CF). E aqui cumpre anotar que, logo depois do reconhecimento pela

---

[162] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 118.

[163] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da Intervenção Federal no Brasil.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23, grifei.

[164] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. cit.,* p. 774.

OMS, em 11/3/2020,[165] de que o mundo passava por uma pandemia desencadeada pelo novo coronavírus, **o Congresso Nacional** editou o Decreto Legislativo 6/2020, no qual **reconheceu a ocorrência de uma calamidade pública**, aliás, sem precedentes em nossa história.

Quando o art. 21, XVIII, é lido em conjunto com o precitado art. 198, também do Texto Magno, percebe-se que **compete à União assumir a coordenação das atividades do setor,** incumbindo-lhe, em especial, "**executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde**, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou **que representem risco de disseminação nacional**" (grifei), conforme estabelece o disposto no art. 16, III, *a*, e parágrafo único, da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde).[166]

De outro lado, a já antiga Lei 6.259/1975[167] estabelece que **cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações – PNI, com a definição das vacinações, inclusive as de caráter obrigatório** (art. 3º, *caput*), prescrevendo, ainda, que aquela Pasta coordenará e apoiará tal atividade – técnica, material e financeiramente – em âmbito nacional e regional, cuja responsabilidade cabe às Secretarias de Saúde das unidades federadas (art. 4º, *caput* e § 1º). Ademais, consigna que "o Ministério da Saúde poderá participar, em caráter supletivo, das ações previstas no programa e assumir sua execução, quando o interesse nacional ou situações de emergência o justifiquem" (art. 4º, § 2º).

Não obstante constitua incumbência do Ministério da Saúde coordenar o PNI e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunizações, **tal atribuição não exclui a competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para adaptá-los às peculiaridades locais**, no típico exercício da competência comum de que dispõem para "cuidar da saúde e assistência pública" (art. 23, II, da CF).

Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de todas as vacinas seguras e eficazes no PNI, de maneira a imunizar uniforme e tempestivamente toda a população, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, **o Supremo Tribunal**

---

[165] Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php? option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-comopandemia&Itemid=812>. Acesso em: nov. 2020.

[166] A Lei 8.080/1990 prevê, ainda, que estão incluídas no campo de atuação do SUS a execução de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como a "formulação a política de medicamentos, imunobiológicos e outro insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção" (art. 6º, I, *a* e *b*, e VI).

[167] "Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências".

Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central.

Com efeito, ao analisar a ADI 6.341-MC-Ref/DF, Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin, esta Suprema Corte assentou que os entes federados possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia. O Plenário do STF também decidiu, na ADPF 672-MC-Ref/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que o exercício da competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, a qual deu ensejo à elaboração da Lei 13.979/2020, não restringiu a competência própria dos demais entes da Federação para implementarem ações no campo da saúde.

Nesse sentido, conforme asseverei ao analisar a ADI 6.362/DF, de minha relatoria, **o federalismo cooperativo**, antes mencionado, longe de ser mera peça retórica, **exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes**, sobretudo **diante da grave crise sanitária e econômica decorrente da calamidade pública causada pelo novo coronavírus**. Bem por isso, **os entes regionais e locais não podem ser alijados do combate à Covid-19**, notadamente porque estão investidos do poder-dever de empreender as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência sanitária resultante do alastramento incontido da doença.

Assim, considerado o arcabouço constitucional acima descrito, e tendo em conta a jurisprudência desta Suprema Corte sobre o tema, é possível concluir que **a defesa da saúde incumbe não apenas à União, mas também a qualquer das unidades federadas**, seja por meio da edição de normas legais, respeitadas as suas competências, seja mediante a realização de ações administrativas, sem que, como regra, dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que têm a obrigação de preservar.

Em outros termos, a Constituição outorgou a todos os entes federados a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez física das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia, **incluindo-se nisso a disponibilização, por parte dos governos estaduais, distrital e municipais, de imunizantes diversos daqueles ofertados pela União, desde que aprovados pela Anvisa, caso aqueles se mostrem insuficientes ou sejam ofertados a destempo**.

No âmbito dessa autonomia insere-se, inclusive, a importação e distribuição, em caráter excepcional e temporário, por autoridades dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de "quaisquer materiais, medicamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus", observadas as condições do art. 3º, VIII, **a,** e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, alterada pela Lei 14.006/2020.

Como se vê, a própria Lei 13.979/2020, nos precitados dispositivos, encaminha uma solução para a questão, ao assinalar que as "autoridades" – sem fazer qualquer distinção entre os diversos níveis político-administrativos da federação – poderão lançar mão do uso de medicamentos e insumos na área de saúde sem registro na Anvisa. Confira-se:

> "Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional [...]. as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:
>
> [...]
>
> VIII – autorização excepcional e temporária para importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos e insumos da área da saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que:
>
> a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países:
>
> 1. Food and Drug Administration (FDA);
>
> 2. European Medicines Agency (EMA);
>
> 3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA);
>
> 4. National Medical Products Administration (NMPA);"

Aqui cumpre sublinhar que a mencionada Lei também estabelece que **autorização excepcional e temporária "deverá ser concedida pela Anvisa em até 72 (setenta e duas) horas após a submissão do pedido à Agência, dispensada a autorização de qualquer outro órgão da administração pública direta ou indireta para os produtos que especifica, sendo concedida automaticamente caso esgotado o prazo sem manifestação"** (art. 3º, § 7º-A). No ponto, ressalto, por oportuno, que o veto do Presidente da República a este parágrafo foi derrubado pelo Congresso Nacional na Sessão de 19/8/2020.

Não desconheço a aprovação da Resolução DC/ANVISA 444 de 10/12/2020, a qual "estabelece a autorização temporária de uso emergencial, **em caráter experimental**, de vacinas Covid-19 para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do surto do novo coronavírus (SARS-CoV-2)".

No entanto, a publicação da referida Resolução emanada de Diretoria Colegiada, ao propiciar mais uma maneira de aprovação das vacinas contra a Covid-19 – em caráter experimental –, não exclui, até porque não poderia fazê-lo, as formas já existentes, de modo que remanescem, tanto o registro previsto no art. 12 da Lei 6.360/1976, como a autorização excepcional e temporária estabelecida no art. 3º, VIII, da Lei 13.979/2020.

A dispensação excepcional de medicamentos sem registro na Anvisa, de resto, não constitui matéria nova nesta Suprema Corte, já tendo sido apreciada no RE 657.718/MG-RG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, de cuja tese ressalto o seguinte trecho:

> "[...] **É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido** (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) **a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior**; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil" (grifei).

Seja como for, **as disposições constantes do art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, gozam da presunção de plena constitucionalidade**, revelando, portanto, a solução encontrada pelos representantes do povo reunidos no Congresso Nacional para superar, emergencialmente, a carência de vacinas contra o novo coronavírus.

Por aí já se vê que merece acolhida parcial a pretensão agasalhada na inicial de "permitir, excepcionalmente, a aquisição e fornecimento de vacinas contra a covid-19 desde que já possuam registro em renomadas agências de regulação no exterior, independente de registro na Anvisa, considerando a urgência humanitária na prevenção a novas ondas de coronavírus" (pág. 31 da inicial), sobretudo por estar em jogo a saúde de toda a população brasileira, em tempo de grande angústia e perplexidade, agravado por uma inusitada falta de confiança nas autoridades sanitárias com o nefasto potencial de abalar a coesão e harmonia social.

Não se olvide, todavia, que qualquer que seja a decisão dos entes federados no concernente ao enfrentamento da pandemia deverá levar em consideração, por expresso mandamento legal, as evidências científicas e análises estratégicas em saúde, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020. Essa apreciação, sempre explícita e fundamentada, compete exclusivamente às autoridades públicas estaduais, distritais e locais, consideradas as situações concretas que vierem a enfrentar.

Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, voto por referendar a medida cautelar pleiteada para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, **a**, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020.

13 REFERENDO SEGUNDA EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 754 – DISTRITO FEDERAL

Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. Determinação ao governo federal para que divulgue a ordem de preferência da vacinação contra a Covid-19, tendo em conta os respectivos grupos prioritários, com base em critérios científicos. [**ADPF 754 TPI-segunda-Ref/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 11-3-2021.]

Julgado correlato: **ADPF 756 TPI-Ref**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 30-3-2021.

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Rede Sustentabilidade
Advogado: Cassio dos Santos Araújo
Requerido: Presidente da República
Procurador: Advogado-Geral da União

EMENTA: TUTELAS DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA PARCIAL. PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19. OMISSÃO SOBRE A DISCRIMINAÇÃO DA ORDEM DE IMUNIZAÇÃO DE CADA GRUPO E SUBGRUPOS DE PRIORITÁRIOS. PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE. DIREITO À INFORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO.

I – Na 2ª edição Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 estabeleceu-se a população que será imunizada prioritariamente, sem, no entanto, detalhar adequadamente, dentro daquele universo de cerca de setenta e sete milhões de pessoas, qual a ordem de cada grupo de pessoas.
II – O perigo decorrente da alegada omissão sobre a discriminação categorizada dos primeiros brasileiros a serem vacinados – uma vez que a quantidade de vacinas disponíveis até o momento em solo nacional é muito inferior ao número das pessoas incluídas como prioritárias –, é evidente, e compromete o dever constitucional da proteção da vida e da saúde.
III – O direito à informação e o princípio da publicidade da Administração Pública constituem verdadeiros pilares sobre os quais se assenta a participação democrática dos cidadãos no controle daqueles que gerenciam o patrimônio comum do povo, seja ele material ou imaterial, com destaque para a saúde coletiva, sobretudo em período de temor e escassez de vacinas.
IV – Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Bem analisados os pleitos, num exame ainda perfunctório, de mera delibação, próprio desta fase ainda embrionária da demanda, entendo que, por ora, apenas um deles merece ser contemplado.

Com efeito, numa postura dialógica, no dia 12/12/2020, foi juntado aos autos o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (documento eletrônico 44). Após, em 15/12/2020, o cronograma provável da vacinação foi incluído no processo (documento eletrônico 68). Mas não só. Por meio da Petição STF 106.360/2020 (documento eletrônico 49), a União Federal firmou o compromisso de encaminhar mensalmente as atualizações do referido plano, as quais, conforme constou do despacho proferido em 12/1/2021, devem contemplar, inclusive, o cronograma correspondente às distintas fases da imunização.

Pois bem. Consta da atualização do referido plano (2ª edição) a indicação dos grupos prioritários a serem vacinados e a estimativa de doses necessárias, tomando-se por base a "preservação do funcionamento dos serviços de saúde, proteção dos indivíduos com maior risco de desenvolvimento de formas graves e óbitos, seguido da proteção dos indivíduos com maior risco de infecção e a preservação do funcionamento dos serviços essenciais" (pág. 22 do documento eletrônico 184 – ADPF 756/DF).

Consoante quadro da estimativa populacional disponibilizado pela 2ª edição do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, este é o grupo prioritário e sua respectiva estimativa:

> "Pessoas com 60 anos ou mais institucionalizadas 156.878
>
> Pessoas com Deficiência Institucionalizadas 6.472
>
> Povos indígenas Vivendo em Terras Indígenas 410.197
>
> Trabalhadores de Saúde 6.649.307
>
> Pessoas de 80 anos ou mais 4.441.046
>
> Pessoas de 75 a 79 anos 3.614.384
>
> Povos e Comunidades tradicionais Ribeirinha 286.833
>
> Povos e Comunidades tradicionais Quilombola 1.133.106

Pessoas de 70 a 74 anos 5.408.657

Pessoas de 65 a 69 anos 7.349.241

Pessoas de 60 a 64 anos 9.383.724

Comorbidades 17.796.450

Pessoas com Deficiências Permanente Grave 7.744.445

Pessoas em Situação de Rua 66.963

População Privada de Liberdade 753.966

Funcionário do Sistema de Privação de Liberdade 108.949

Trabalhadores de Educação do Ensino Básico 2.707.200

Trabalhadores de Educação do Ensino Superior 719.818

Forças de Segurança e Salvamento 584.256

Forças Armadas 364.036

Trabalhadores de Transporte Coletivo Rodoviário de Passageiros 678.264

Trabalhadores de Transporte Metroviário e Ferroviário 73.504

Trabalhadores de Transporte Aéreo 64.299

Trabalhadores de Transporte de Aquaviário 41.515

Caminhoneiros 1.241.061

Trabalhadores Portuários 111.397

Trabalhadores Industriais 5.323.291

Total 77.219.259" (págs. 25-26 do documento eletrônico 184 – ADPF 756/DF).

A requerente, com pertinência, alerta que "na primeira versão do plano de imunização, parecia haver a organização das populações de risco em fases de vacinação, organizadas de acordo com o grau de risco do coronavírus àquelas populações específicas" (pág. 4 do documento eletrônico 260), ao passo que "na atualização do referido plano, contudo, não há qualquer indicativo de fácil compreensão sobre a operacionalização da vacina em fases" (pág. 4 do documento eletrônico 260).

Como se vê, na 2ª edição estabeleceu-se a população que será imunizada prioritariamente, sem, no entanto, detalhar adequadamente, dentro daquele universo de cerca de setenta e sete milhões de pessoas, qual a ordem de cada grupo de pessoas.

Em razão dessa lacuna, não é difícil perceber que o Poder Judiciário passará a ser acionado cada vez mais, ensejando, assim, que sejam proferidas múltiplas decisões judiciais, em diversos Estados da federação, com a determinação de distintas subordens na fila de vacinação do grupo prioritário, o que provocará insegurança jurídica "acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade" (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia).

O perigo decorrente da alegada omissão sobre a discriminação categorizada dos primeiros brasileiros a serem vacinados – uma vez que a quantidade de vacinas disponíveis até o momento em solo nacional é muito inferior ao número das pessoas incluídas como prioritárias –, é evidente, e compromete o dever constitucional da proteção da vida e da saúde.

Ao que parece, faltaram parâmetros aptos a guiar os agentes públicos na difícil tarefa decisória diante da enorme demanda e da escassez de imunizantes, os quais estarão diante de escolhas trágicas a respeito de quais subgrupos de prioritários serão vacinados antes dos outros. Os noticiários têm dado conta de que não há uma racionalidade nessa primeira distribuição, insuficiente para todos os milhões de brasileiros com perfil de prioridade. Nesse sentido, o sítio eletrônico do jornal Folha de S. Paulo destacou que:

> "Diante da escassez de vacinas contra Covid-19 nesta primeira etapa da imunização que começa nesta segunda (18), pesquisadores e dirigentes de entidades de saúde defendem que os profissionais da área que estão na linha de frente de enfrentamento da pandemia sejam priorizados, a exemplo do que ocorre em países que saíram à frente na vacinação
>
> O Plano Nacional de Vacinação ainda não definiu, dentre os profissionais da saúde, quais serão os primeiros vacinados.
>
> Na ausência de uma diretriz, estados e municípios têm adotado critérios próprios e aberto espaço para que várias categorias profissionais, dos professores de educação física aos tatuadores, peçam prioridade na fila da vacinação."[168]

---

[168] Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/01/com-5-milhoes-de-profissionais-de-saude-pais-nao-define-quais-deles-receberao-a-vacina-primeiro.shtml>. Acesso: fev. 2021.

Portanto, estando em jogo a saúde de toda a população brasileira, em tempos de grande angústia e perplexidade, avulta mais do que nunca o dever que incumbe ao Estado de pautar as respectivas ações em conformidade com evidências **técnicas**, **científicas** e **estratégicas**, baseando-as, sobretudo, nos princípios da prevenção e da precaução.

Nunca é demais repetir: se é certo que, como regra, vulnera o princípio da separação dos poderes a atuação de juízes em seara de atuação privativa do Legislativo ou do Executivo, substituindo-os na tomada de decisões de cunho eminentemente político-administrativo, também é verdade que o Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde (RE 668.722-AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli).

Ademais, uma das principais medidas das autoridades sanitárias, sobretudo em período de temor e escassez de vacinas, diz respeito à necessidade de conferir-se a máxima publicidade a todas as ações que envolvam o enfrentamento da Covid-19.

Vale recordar, por oportuno, que o direito à informação e o princípio da publicidade da Administração Pública constituem verdadeiros pilares sobre os quais se assenta a participação democrática dos cidadãos no controle daqueles que gerenciam o patrimônio comum do povo, seja ele material ou imaterial, com destaque para a saúde coletiva. Nessa linha, o Ministro Alexandre de Moraes já assentou, com propriedade, que a transparência configura "um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, [...] garantindo pleno acesso às informações a toda a sociedade" (ADI 6.347-MC-Ref/DF).

Sim, porque, como afirmei em sede acadêmica, os postulados que os anglo-saxões denominam de *accountability* (obrigação de prestar contas) e *responsiveness* (encargo de atender às necessidades sociais) representam a base do próprio regime republicano – ao qual fiz referência acima –, que adotamos desde os idos de 1889. E completei: "Numa república os governantes, escolhidos pelo povo, são responsáveis diante dele pela gestão dos negócios públicos. Não exercem o poder por direito próprio, constituindo meros mandatários dos cidadãos".[169]

---

169 LEWANDOWSKI Enrique Ricardo. Reflexões em torno do Princípio Republicano. *In:* VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROSAS, Roberto e AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios Constitucionais Fundamentais:* estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005.

Marianna Montebello Willeman, estudando esses conceitos, com apoio na mais abalizada doutrina estrangeira, explica que a *accountability* apresenta duas dimensões: a *answerability* e o *enforcement*. A primeira identifica "a sujeição de todo aquele que exerce alguma parcela de poder político a exigências de transparência e motivação"; já o segundo corresponde "à capacidade de as agências de *accountability* aplicarem sanções aos agentes que tenham violado seus deveres públicos".[170] Aprofundando a temática, a autora assim complementa a sua explicação:

> "Envolve, assim, o direito de exigir informações confiáveis e compreensíveis acerca de decisões adotadas na esfera pública e, também, o direito de receber explicações e o correspondente dever de autoridades públicas justificarem, a partir de válidas razões, suas condutas.
>
> [...]
>
> Com efeito, o fundamento que norteia **a ideia de *accountability* é a necessidade de se controlar o poder político, e não o objetivo de eliminá-lo e/ou de se substituir a ele**. Instituições de *accountability* buscam limitar, disciplinar e restringir o exercício da autoridade política, prevenindo arbitrariedades e procurando assegurar que sua atuação ocorre de maneira alinhada a regras e procedimentos previamente estabelecidos. Isso absolutamente **não significa determinar a forma ou o conteúdo de determinadas decisões políticas, tampouco eliminar graus de discricionariedade próprios de burocracias estatais**".[171] (grifei).

Assim, ao que parece, a pretensão de que sejam editados e publicados critérios e subcritérios de vacinação por classes e subclasses no Plano de Vacinação, assim como a ordem de preferência dentro de cada classe e subclasse, encontra arrimo nos princípios da publicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF); no direito à informação que assiste aos cidadãos em geral (art. 5º, XXXIII, e 37, § 2º, II, da CF); na obrigação da União de "planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas" (art. 21, XVII, CF); e no dever incontornável cometido ao Estado de assegurar a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF), traduzida por uma "existência digna" (art. 170, *caput*, da CF), e no direito à saúde, este último, repita-se, "garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 6º, *caput*, e 196, *caput*, da CF).

---

[170] WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 49.

[171] *Idem*, p. 50-51.

Rememoro, ainda, que esta Suprema Corte assentou que decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas (ADIs 6.421-MC/DF, 6.422-MC, 6.424-MC/DF, 6.425-MC/DF, 6.427-MC/DF, 6.428-MC/DF e 6.431-MC/DF, todas de relatoria do Ministro Roberto Barroso).

Passo, finalmente, a apreciar a pretensão agasalhada na petição incidental de determinar que o Ministério da Saúde faça a opção, dentro de 48 horas, pela aquisição do segundo lote de vacinas Coronavac, e o faço para indeferi-lo, pois tal representaria indevida intromissão do Judiciário numa esfera privativa do Executivo, matizada pela discricionariedade, que, para Marçal Justen Filho, "se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico".[172]

Ademais, é evidente que a referida pretensão encontra-se ultrapassada. Digo isso porque, instada a apresentar manifestação, a União, por meio do Advogado-Geral da União, juntou "aos autos o Ofício nº 266/2021/SE/GAB/SE/MS, de 29 de janeiro de 2021 (anexo), endereçado ao Sr. Diretor Presidente da Fundação Butantan, mediante o qual o Ministério da Saúde diligentemente manifestou sua opção contratual antecipada (em pelo menos três meses) de compra das 54 milhões de doses adicionais do imunizante pertinente" (pág. 1 do documento eletrônico 276).

Ainda, consignou o AGU que:

> "É compromisso explícito e reiterado da União que não faltem vacinas no curto prazo e, se vier a ser verificada a inestimável fortuna de sobrarem vacinas no longo prazo, tanto melhor: após a completa imunização da população brasileira, a eventual ocorrência de volumes excedentes de vacinas não se perderá, porque a União poderá (observadas as normas constitucionais e legais pertinentes), por exemplo, doar imunizantes para outras nações, aliás, como é próprio da tradição humanitária do nosso País.
>
> Ademais, não se pode ignorar ou menosprezar o histórico presente e pretérito de rigorosa conduta de lealdade federativa da União em suas relações com os entes. Tanto é assim que a opção contratual em questão foi exercida, insista-se, com mais de três meses de antecedência aos

---

[172] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86.

termos contratuais. Por isso mesmo, situam-se no limiar do cordatamente esperado expressões como subterfúgios burocráticos" (págs. 1-2 do documento eletrônico 276).

Observo, também, que foi juntado aos autos o Ofício nº 266/2021/SE/GAB/SE/MS, de 29 de janeiro de 2021, subscrito pelo Secretário-Executivo do Ministério da Saúde, no qual, em resposta ao Ofício 14/2021, de 21 de janeiro de 2021, assinado pelo Diretor-Executivo da Fundação Butantan, dentre outras informações, constou o seguinte:

> "[...] dando continuidade aos termos do Contrato nº 5/2021, cuja CLÁUSULA PRIMEIRA em seu Item 1.3 reserva ao Ministério da Saúde a exclusividade na aquisição de doses da vacina, e em seu Item 1.6 concede a opção de aquisição de mais 54 milhões de doses da vacina, **informo que este Ministério confirma a opção de compra dessas 54 milhões de doses adicionais. Dessa forma, essa Fundação pode iniciar as tratativas para aquisição dos insumos necessários à produção dessas doses adicionais.**
>
> 2. Com efeito, não podem faltar vacinas no curto prazo e, se viermos a ter a fortuna de sobrar vacinas no longo prazo, tanto melhor: após a completa imunização da população brasileira, a verificação de eventual excedente de vacinas não se perderá, porque a União poderá (observadas as normas constitucionais e legais pertinentes), por exemplo, doar imunizantes para outras nações, aliás, como é próprio da tradição humanitária do nosso País.
>
> 3. **Do exposto, solicito que seja encaminhado a este Ministério, até o dia 3 de fevereiro de 2021, o cronograma de entrega do referido quantitativo (54 milhões) de doses, para que possam ser concluídos os termos no novo contrato, a ser assinado até o dia 5 de fevereiro de 2021**.
>
> 4. Solicito ainda que seja antecipado o processo de registro junto à Anvisa até o final de fevereiro de 2021 e informado a este Ministério, no intuito de, com essas doses adicionais, podermos dar início junto com todos os Estados e Municípios à vacinação em massa da população brasileira.
>
> [...]" (pág. 1 do documento eletrônico 277; grifei).

Pelas mesmas razões, o segundo pedido – para que o Ministério da Saúde apresente nos autos o planejamento da destinação desse segundo lote –, não merece prosperar. Além disso, já foi ressaltado acima o compromisso da União de encaminhar mensalmente as atualizações do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, as quais, como já observado, deve contemplar o cronograma correspondente às distintas fases da imunização. Por entender que o pedido formulado estará contemplado nas atualizações as quais se comprometeu a União, entendo que não há nada a prover.

Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, voto por referendar a medida cautelar pleiteada para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19.

14 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.586 – DISTRITO FEDERAL E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.587 – DISTRITO FEDERAL

Constitucionalidade da vacinação compulsória contra a Covid-19 (interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, *d*, da Lei 13.979/2020). Vedada a vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento informado do usuário. A compulsoriedade da imunização poderá ser alcançada mediante restrições indiretas. [**ADI 6.586/DF** e **ADI 6.587/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 7-4-2021.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Partido Democrático Trabalhista
Advogado: Walber de Moura Agra
Intimado: Presidente da República
Procurador: Advogado-Geral da União
Intimado: Congresso Nacional
Procurador: Advogado-Geral da União

EMENTA: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infeciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis.
II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso consentimento informado das pessoas.
III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao "pleno respeito à dignidade, aos direitos

humanos e às liberdades fundamentais das pessoas", bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.
IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de "cuidar da saúde e assistência pública" que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal.
V – ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, **d**, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento 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 (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Primeiramente, anoto que me foi distribuída a ADI 6.587/DF por dependência à ADI 6.586/DF, ambas concernentes à constitucionalidade, ao alcance e à correta interpretação do art. 3º, III, **d**, da Lei 13.979/2020, de modo que, diante da *causa petendi* aberta, característica das ações de controle concentrado, procederei ao julgamento conjunto de ambos os feitos.

Na sequência, rejeito a alegação segundo a qual os requerentes não teriam impugnado todo o complexo normativo aplicável à temática em questão, o que levaria ao não conhecimento da ação. E o faço porque não há falar em complexo normativo incindível relativo ao tema da vacinação obrigatória, eis que, a meu ver, nada impede que o dispositivo impugnado nesta ação, o qual trata especificamente de uma das várias

medidas concebidas pelo legislador para o "enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus", seja analisado, isoladamente, quanto à sua higidez constitucional.

Tampouco se pode cogitar de prematuridade do pedido, porquanto a prévia avaliação técnica das vacinas disponíveis não constitui pré-requisito para a análise da constitucionalidade do preceito normativo sob exame. Cumpre notar, ademais, que o pedido dos requerentes situa-se, estritamente, dentro dos limites do exame técnico-jurídico do tema. Por isso, entendo que não há qualquer risco de ingerência do Judiciário na esfera de atribuições do Executivo, com potencial de vulnerar o princípio da separação dos poderes.

Superadas as objeções preliminares, que rejeito, passo à análise do mérito, principiando pela transcrição do dispositivo legal objeto da controvérsia:

> "Art. 3º **Para enfrentamento da emergência de saúde pública** de importância internacional de que trata esta Lei, as **autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências**, entre outras, as seguintes medidas:
>
> [...]
>
> III – determinação de **realização compulsória de**:
>
> [...]
>
> d) vacinação e outras medidas profiláticas;" (grifei).

O PDT argumenta que o mencionado preceito comporta interpretação conforme à Constituição, de maneira a estabelecer que compete aos Estados e Municípios determinar a vacinação obrigatória e outras medidas profiláticas no combate à pandemia causada pela Covid-19, desde que amparados em evidências científicas.

Diversamente, o PTB sustenta que se mostra imperioso estabelecer, desde já, que a aplicação da vacina, se e quando vier a ser aprovada, será facultativa, e não compulsória, acoimando de inconstitucional a possibilidade de um ente federativo determinar a imunização impositiva, sob pena de violação de direitos fundamentais.

Feita esta recapitulação, observo que a vacinação obrigatória, desde há muito, é uma realidade no Brasil, estando prevista em diversos diplomas legais. O Plano Nacional de Imunizações – PNI, implantado em 18

de setembro de 1973,[173] cuja disciplina legal contempla a tal compulsoriedade,[174] é considerado exemplar por autoridades sanitárias de todo o mundo, jamais tendo sido objeto de contestações judiciais significativas.

Registro, todavia, que, muitos anos antes da edição daquele diploma legal, no infausto episódio conhecido como "Revolta da Vacina", essa obrigatoriedade materializou-se por meio de uma série de medidas coercitivas por parte do Poder Público, algumas delas com caráter extremamente incisivo, as quais causaram um enorme descontentamento popular.

Fazendo um breve escorço histórico, recordo que, no início do século passado, o médico Oswaldo Cruz, então Diretor do Serviço de Saúde Pública, após combater com sucesso a febre amarela e a peste bubônica que grassavam no Rio de Janeiro, à época Capital da República, voltou-se ao enfrentamento da varíola, implementando uma série de ações para tornar efetiva a obrigatoriedade da vacina descoberta por Edward Jenner em 1798, algumas delas de cunho draconiano, como o recolhimento dos refratários a um prédio destinado a seu isolamento.[175] A implementação dessas providências, tidas como profiláticas, foi tachada de "despotismo sanitário" pelos críticos da vacina e por aqueles que faziam oposição ao Governo, os quais passaram a desencadear verdadeiro "terrorismo ideológico", espalhando que o imunizante causava "inúmeros perigos para a saúde, tais como convulsões, diarreias, gangrenas, otites, difteria, sífilis, epilepsia, meningite, tuberculose", segundo anota o historiador José Murilo de Carvalho.[176]

---

[173] Programa Nacional de Imunizações: 30 anos. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_30_anos_pni.pdf>. Acesso em: nov. 2020.

[174] A Lei 6.259/1975, que institucionalizou a prática, dispõe o seguinte: "Art. 3º Cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as **vacinações**, inclusive as de **caráter obrigatório**. Parágrafo único. **As vacinações obrigatórias serão praticadas de modo sistemático e gratuito pelos órgãos e entidades públicas**, bem como pelas entidades privadas, subvencionadas pelos Governos Federal, Estaduais e Municipais, em todo o território nacional" (grifei).

[175] Neste sentido, o Decreto 5.156, de 8 de março de 1904, dispunha, em seu art. 99, *litteris*: "Nas visitas que a autoridade sanitaria fizer aos hoteis, casas de pensão, de commodos, hospedarias, albergues, avenidas, estalagens e outras habitações do mesmo genero, aos hospitaes casa de saude, maternidades, enfermarias particulares, asylos, pensões, collegios, escolas, theatros, casas de divertimentos, fabricas, officinas, etc., ser-lhe-ha facultada a entrada immediata, sempre que o exigir o interesse da saude publica". Já o art. 128 do mesmo diploma legal estipulava *verbis*: "Nos casos de opposição ás visitas a que se referem os regulamentos da Directoria Geral de Saude Publica, o inspector sanitario intimará o proprietario ou seu procurador, arrendatario, locatario, morador ou administração, a facilitar a visita no prazo de 24 horas, recorrendo, quando a intimação não fôr cumprida, á respectiva autoridade policial, afim de ser realizada a visita, e impondo, ao mesmo tempo, a multa de 200$, por desobediencia a ordem legal". As medidas relativas à varíola eram ainda mais duras: "Art. 208. O inspector sanitario munir-se-ha de vaccina anti-variolica e convidará todas as pessôas residentes no fóco a submetterem-se á vaccinação e á revaccinação. Art. 209. As pessôas que não quizerem acceitar as medidas prophylaticas constantes do artigo antecedente serão recolhidas, em observação, a um edificio apropriado, durante doze dias, correndo as despezas do estadia por conta das pessôas isoladas, pelas quaes ficará responsavel o chefe da familia ou quem suas vezes fizer, depositando este a somma correspondente á estadia das pessôas na casa de observação". Devido ao recrudescimento dos casos de varíola ao longo do ano de 1904, foi aprovada a Lei 1.261, de 31 de outubro de 1904, logo depois revogada em decorrência da Revolta da Vacina (PAULA, Rodrigo Francisco de. *Estado de emergência na saúde pública*. São Paulo: Editora Fórum, 2017, p. 135.

[176] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Cia. das Letras, 1987, p. 98.

Embora muitas justificativas tenham sido apresentadas para a Revolta da Vacina, a sua explicação mais óbvia reside na repulsa generalizada à obrigatoriedade da imunização, tal como levada a efeito, especialmente mediante a invasão das casas e o internamento dos recalcitrantes.[177] Lembro que, já naquele tempo, tal como ocorre agora, o Supremo Tribunal Federal foi instado a entrar no debate, ao conceder ordem de *habeas corpus* preventivo em favor de Manoel Fortunato de Araújo Costa para afastar ameaça de constrangimento ilegal representada pela intimação de inspetor sanitário para ingressar em sua residência e proceder a uma desinfecção. A Corte considerou inconstitucional a disposição regulamentar que facultava "às autoridades sanitárias penetrar, até com o auxílio da força pública, em casa de particular para levar a efeito operações de expurgo" (RHC 2.244/DF, Redator para Acórdão Ministro Manoel Murtinho, DJ 31.1.1905).

O citado Murilo de Carvalho, após constatar que a rejeição à obrigatoriedade da vacina e o repúdio às ações repressivas provocaram uma redução drástica no número de pessoas vacinadas, nos meses subsequentes à adoção das medidas governamentais, debita o fenômeno ao caráter moralista empregado na campanha antivacina, cujo mote central foi a ideia segundo a qual a invasão das casas por fiscais sanitários representava uma ofensa aos respectivos chefes de família. Nas palavras do autor:

> "Ao decretar a obrigatoriedade da vacina pela forma como o fizera, o governo violava o domínio sagrado da liberdade individual e da honra pessoal. [...] A Revolta da Vacina permanece como exemplo quase único na história do país de movimento popular de êxito baseado na defesa do direito dos cidadãos de não serem arbitrariamente tratados pelo governo. Mesmo que a vitória não tenha sido traduzida em mudanças políticas imediatas além da interrupção da vacinação, ela certamente deixou entre os que dela participaram um sentimento profundo de orgulho e de autoestima, passo importante na formação da cidadania."[178]

Recordar esses eventos do passado, bem como o vetusto acórdão proferido no RHC 2.244/DF, não tem apenas o escopo de reforçar as premissas sobre as quais se pauta este voto, mas serve também como um alerta, porque, segundo a célebre frase de um polêmico filósofo alemão do século XIX, "todos os fatos e personagens de grande importância na história do mundo ocorrem, por assim dizer, duas vezes: [...] a primeira como tragédia, a segunda como farsa". Em alguma medida, os receios e inconformismos veiculados naquele momento histórico também se manifestam nos dias atuais.

---

177 *Idem*, p. 130.

178 *Idem*, pp. 136-139.

VALORES FUNDAMENTAIS EM JOGO

Atualmente, não pairam dúvidas acerca do alcance de **duas garantias essenciais asseguradas às pessoas: a intangibilidade do corpo humano e a inviolabilidade do domicílio**. Tais franquias, bem sopesadas, por si sós, já **excluem, completamente, a possibilidade de que alguém possa ser compelido a tomar uma vacina à força, contra a sua vontade**, *manu militari*, no jargão jurídico. Isso porque elas decorrem, assim como outros direitos e liberdades fundamentais, do necessário e incontornável respeito à dignidade humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, III, da Constituição de 1988.

A dignidade humana, segundo ensina José Afonso da Silva: "[...] não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional".[179] Ainda na lição do renomado mestre, a Lei Fundamental da Alemanha foi o primeiro ordenamento jurídico a abrigar tal postulado como valor basilar. Isso porque a ordem jurídica pretérita, por ela derrogada, deu ensejo a que fossem perpetrados gravíssimos delitos contra a humanidade, sob o pretexto de atender a razões de Estado.

No caso brasileiro, os conhecidos abusos e crimes cometidos contra cidadãos e estrangeiros durante o regime de exceção, que durou aproximadamente 21 anos, a saber, de 1964 a 1985, ensejaram a inclusão do valor dignidade humana logo no artigo vestibular da denominada "Constituição-Cidadã" como um dos pilares de nosso regime republicano e democrático que ela institui e consagra.

De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, que enfrentou a temática em sede acadêmica:

> "**A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, que constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar**, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem

[179] DA SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo* v. 212 (1998), p. 92.

> como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil." (grifei)[180]

Da mesma forma, "Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana", segundo consta do art. 1º de sua Carta Política, surgida da "Revolução dos Cravos" de 1974, que colocou fim à autocracia salazarista. Na precisa síntese do jurista lusitano Gomes Canotilho:

> "Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) **a dignidade da pessoa humana** como base da República **significa**, sem transcendências ou metafísicas, **o reconhecimento** do *homo noumenon*, ou seja, **do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República**." (grifei)[181]

Com efeito, a partir das incontáveis barbáries cometidas em nome do Estado, em especial no século passado, indelevelmente tisnado por dois terríveis conflitos mundiais, que resultaram em dezenas de milhões de pessoas mortas, feridas, mutiladas e desenraizadas de seus locais de origem, a comunidade internacional encetou um esforço hercúleo para elevar o princípio da dignidade humana à estatura de um paradigma universal a ser observado por todos os países civilizados.[182] O Preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas, adotada em 26 de junho de 1945, nessa linha, significativamente anuncia que os povos congregados em torno da criação dessa nova entidade, "resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano [...]", decidiram conjugar seus esforços para a "consecução desses objetivos".[183]

Assim, **passou-se a compreender a dignidade humana como um verdadeiro sobreprincípio**, concebido para inspirar a convivência pacífica e civilizada entre as pessoas de todo o mundo e, mais precisamente, para impor limites à atuação do Estado e de seus agentes, cujo alcance apresenta inequívocos reflexos na

---

180 MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais:* Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

181 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 225.

182 Confira-se: SOHN, Louis B. e BUERGENTAL, Thomas. *International Protection of Human Rights*. New York: Bobbd-Merryll, s.d., p. 505 e segs.

183 Sobre a importância da Carta da ONU, veja-se: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 82-84.

discussão da temática aqui tratada. É que, como assinala o Ministro Gilmar Mendes, em trabalho doutrinário, "**a dignidade da pessoa humana**, **porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma**" (grifei).[184]

E, para dar concreção ao mencionado valor, anoto que o direito internacional e a nossa Constituição desdobram-no, particularmente, no direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, à intimidade e à vida privada, vedando, ainda, a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, *caput*, III e X, da CF). De fato, inúmeros tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, estabelecem os parâmetros jurídicos e mesmo éticos que precisam ser levados em consideração no debate acerca dos limites da obrigatoriedade da vacinação, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto 592/1992, que garante o quanto segue:

> "Art. 7º Ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis ou degradantes, em todas as suas formas. **Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas**" (grifei).

O direito à incolumidade física também é assegurado pelo Pacto de San José da Costa Rica, o qual integra o ordenamento jurídico pátrio, por força do Decreto 678/1992, cujo art. 5º, 1, consigna que "**toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral**" (grifei).

Especificamente no âmbito da biomedicina, a reverência à integridade física, psíquica e moral das pessoas tem sido objeto de particular atenção por parte da comunidade internacional, com foco nos procedimentos médicos e experimentos científicos, desenvolvendo-se o conceito do "livre convencimento informado". No âmbito europeu, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, a qual reflete o que há de mais avançado na doutrina sobre ao assunto, estabelece, naquilo que interessa à discussão ora travada, o seguinte:

> "Artigo 1º Objeto e finalidade
>
> **As Partes** na presente Convenção **protegem o ser humano na sua dignidade** e na sua identidade e **garantem a toda a pessoa**, sem discriminação, **o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina**.

---

184 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 151.

> [...]
>
> Artigo 2º – Primado do ser humano
>
> O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência.
>
> Artigo 3º – Acesso equitativo aos cuidados de saúde
>
> As Partes tomam, tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis, as medidas adequadas com vista a assegurar, sob a sua jurisdição, **um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada.**
>
> Artigo 5º – Consentimento
>
> **Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido**.
>
> **Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos**.
>
> A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento" (grifei).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também tem se revelado enfática na defesa da intangibilidade do corpo das pessoas, decorrente da dignidade com que devem ser tratados todos os seres humanos. Constitui importante precedente, nesse sentido, o julgamento que culminou na proibição de exame de DNA compulsório, cuja ementa transcrevo abaixo:

> "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. **Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara'**, para coleta de matéria indispensável à feitura de exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde de questões ligadas à prova dos fatos" (HC 71.373-4/RS, Redator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, grifei).

Lembro, ainda, que esta Suprema Corte, no julgamento das ADPFs 395/DF e 444/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, declarou inconstitucional a condução coercitiva de suspeitos indiciados ou acusados para interrogatório e outros atos processuais, julgado do qual se destaca o quanto segue:

> "**A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção** mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. [...] **O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco**, em condições de igualdade e com direitos iguais. **Tornar o ser humano mero objeto no Estado, consequentemente, contraria a dignidade humana**" (grifei)

Seguindo a mesma *ratio decidendi*, qual seja, a afirmação de que as pessoas não podem sofrer qualquer violência física ou constrangimento corporal por parte do Estado e de seus representantes, o STF editou a Súmula Vinculante 11, com o seguinte teor:

> "**Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia**, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Tal verbete foi editado a partir do julgamento do HC 91.952/SP, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio, assentou:

> "É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados **pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito**. [...] Ora, **estes preceitos – a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País – repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade**" (grifei).

Dos dispositivos constitucionais e precedentes acima citados, forçoso é concluir que **a obrigatoriedade a que se refere a legislação sanitária brasileira quanto a determinadas vacinas não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas**, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, bem como das demais garantias antes mencionadas. Em outras palavras,

afigura-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação forçada das pessoas, quer dizer, sem o seu expresso consentimento.

DISCIPLINA LEGAL E INFRALEGAL

Aprofundando o exame do tema, observo que **a Lei 13.979/2020 não prevê em nenhum de seus dispositivos a vacinação forçada**. Não consta sequer que tal medida tenha sido cogitada pelo legislador. Esse esclarecimento é necessário para pontuar, desde logo, que o mencionado diploma legal não estabeleceu qualquer consequência para o eventual descumprimento da imunização compulsória, limitando-se a consignar, no art. 3º, § 4º, que as "**pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas** previstas neste artigo, e **o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei**".

Interessantemente, o autor da ADI 6.587/DF não impugna a vacinação compulsória prevista em outras leis ou atos infralegais (*v.g.*, Lei 6.259/1975, arts. 3º e 5º; Lei 8.069/1990, art. 14, § 1º; Portaria 597/2004, do Ministério da Saúde) restringindo-se a arguir a inconstitucionalidade da imunização obrigatória para o enfrentamento da Covid-19.

Dito isso, ao iniciar a análise da existência de possível mácula de inconstitucionalidade veiculada nestas ações diretas, anoto que a Lei 13.979/2020, nos distintos parágrafos do art. 3º, cuidou de estabelecer limites bem definidos à vacinação compulsória, em consonância, diga-se, com as regras estabelecidas no direito interno e internacional, conforme se vê abaixo:

> "§ 1º As medidas previstas neste artigo **somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde** e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.
>
> § 2º **Ficam assegurados às pessoas** afetadas pelas medidas previstas neste artigo:
>
> I – o **direito de serem informadas** permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;
>
> II – **o direito de receberem tratamento gratuito**;
>
> III – **o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas**, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante

> do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020 Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020" (grifei).

Disso decorre que as autoridades públicas quando forem dispensar as vacinas contra a Covid-19, depois de aprovadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA,[185] não só deverão observar escrupuloso respeito à intangibilidade do corpo humano, nos termos acima afirmados, como também as demais cautelas estabelecidas na própria Lei 13.979/2020, além de outras adiante explicitadas.

Por tais razões não vejo, *a priori*, nenhuma inconstitucionalidade no dispositivo legal impugnado nas presentes ações, a exigir sua retirada do ordenamento jurídico, sobretudo quando considerado em abstrato. Não se pode excluir, todavia, a possibilidade de surgirem situações nas quais o Texto Magno venha a ser vulnerado, especialmente no momento em que o Poder Público decidir colocar em prática a "determinação de realização compulsória" da "vacinação e outras medidas profiláticas" (art. 3º, III, **d)**.

Sim, porque que as ações das autoridades sanitárias, nesse campo, podem suscitar possíveis conflitos entre direitos ligados à liberdade individual e aqueles relacionados à saúde coletiva. Esses conflitos, embora não sejam novos, revestem-se agora de uma roupagem original, diante dos inusitados desafios surgidos no enfrentamento da pandemia desencadeada pela Covid-19.

Recordo que, no Brasil, o marco legal da vacinação obrigatória foi institucionalizado pela Lei 6.259/1975, regulamentada pelo Decreto 78.231/1976, diplomas normativos que detalharam a forma como o Programa Nacional de Imunizações seria implementado no País. Dentre outras disposições, o Regulamento estabeleceu que é "dever de todo o cidadão submeter-se e os menores dos quais tenha a guarda ou responsabilidade, à vacinação obrigatória", ficando dela dispensadas apenas as pessoas que apresentassem atestado médico de contraindicação explícita (art. 29 e parágrafo único). Em complemento, o Ministério da Saúde, por intermédio da Portaria 597/2004, que instituiu os calendários de vacinação em todo o território nacional, definiu como se daria, na prática, a compulsoriedade das imunizações neles previstas. Confira-se:

> "Art. 4º **O cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado por meio de atestado de vacinação** a ser emitido pelos serviços públicos de saúde ou por médicos em exercício de atividades privadas, devidamente credenciadas pela autoridade de saúde competente [...]

---

185 Art. 12 da Lei 6.360/1976.

> Art. 5º Deverá ser concedido prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação do atestado de vacinação, nos casos em que ocorrer a inexistência deste ou quando forem apresentados de forma desatualizada.
>
> § 1º **Para efeito de pagamento de salário-família será exigida do segurado a apresentação dos atestados de vacinação** obrigatórias estabelecidas nos Anexos I, II e III desta Portaria.
>
> § 2º **Para efeito de matrícula em creches, pré-escola, ensino fundamental, ensino médio e universidade o comprovante de vacinação deverá ser obrigatório**, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria.
>
> § 3º **Para efeito de Alistamento Militar será obrigatória apresentação de comprovante de vacinação** atualizado.
>
> § 4º **Para efeito de recebimento de benefícios sociais concedidos pelo Governo, deverá ser apresentado comprovante de vacinação**, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria.
>
> § 5º **Para efeito de contratação trabalhista, as instituições públicas e privadas deverão exigir a apresentação do comprovante de vacinação**, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria".

Como se constata, a **obrigatoriedade da vacinação,** mencionada nos textos normativos supra, **não contempla a imunização forçada, porquanto é levada a efeito por meio de sanções indiretas**, consubstanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos locais. No entanto, de forma diversa, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) prevê a obrigatoriedade da "vacinação de crianças nos casos recomendados pelas autoridades", estabelecendo penas pecuniárias àqueles que, dolosa ou culposamente, descumprirem "os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda" dos menores (arts. 14, § 1º e 249). Há, também, outros encargos específicos previstos em atos infralegais, *v.g.* na Portaria 1.986/2001, do Ministério da Saúde, que abrangem algumas categorias profissionais, como trabalhadores das áreas portuárias e aeroportuárias ou tripulantes e pessoal dos meios de transportes.

Ressalto, ainda, que **constitui crime**, segundo o art. 269 do Código Penal "**infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa**". Entretanto, segundo a doutrina, a aplicação desse preceito encontra limitações, eis que, "em face dos princípios da proporcionalidade

e ofensividade, [...] para a caracterização deste crime exige-se prova do perigo concreto, não bastando, pois a simples infração".[186]

Diante desse quadro, penso que, a rigor, a previsão de vacinação compulsória contra a Covid-19, determinada na Lei 13.979/2020, não seria sequer necessária, porquanto a legislação sanitária, em particular a Lei 6.259/1975 (arts. 3º e 5º), já contempla a possibilidade da imunização com caráter obrigatório. De toda a sorte, entendo que o mais recente diploma normativo, embora não traga nenhuma inovação nessa matéria, representa um reforço às regras sanitárias preexistentes, diante dos inusitados desafios colocados pela pandemia.

IMPORTÂNCIA DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA

É consenso, atualmente, entre as autoridades sanitárias, que a vacinação em massa da população constitui uma intervenção preventiva, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infeciosas transmissíveis e provocar imunidade de rebanho, fazendo com que os indivíduos tornados imunes protejam indiretamente os não imunizados.[187] Com tal providência, reduz-se ou elimina-se a circulação do agente infeccioso no ambiente e, por consequência, protege-se a coletividade, notadamente os mais vulneráveis.[188] A legitimação tecnológica e científica dos imunizantes contribuiu para o seu emprego generalizado e intensivo em diversos países, pois os programas de vacinação são considerados a segunda intervenção de saúde mais efetiva hoje existente, figurando o saneamento básico na primeira posição.[189]

Alcançar a imunidade de rebanho mostra-se deveras relevante, sobretudo para pessoas que, por razões de saúde, não podem ser imunizadas, dentre estas as crianças que ainda não atingiram a idade própria ou indivíduos cujo sistema imunológico não responde bem às vacinas.[190] Por isso, **a saúde coletiva não pode**

---

186 DELMANTO, Celso *et al*. 7. ed. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 681.

187 BARBIERI, Carolina Luisa Alves; COUTO, Márcia Thereza e AITH, Fernando Mussa Abujamra. A (não) vacinação infantil entre a cultura e a lei: os significados atribuídos por casais de camadas médias de São Paulo, Brasil. *Cad. Saúde Pública* [*on-line*]. 2017, vol. 33, n. 2, p. 2.

188 *Idem, ibidem.*

189 BALL, Leslie K., EVANS, Geoffrey, e BOSTROM, Ann. Risky Business: Challenges in Vaccine Risk Communication. *Pediatrics* 101, n. 3, 1998, p. 453.

190 VAN DEN HOVEN, Mariëtte, Why One Should Do One's Bit: Thinking about Free Riding in the Context of Public Health Ethics, *Public Health Ethics*, v. 5, n. 2, 2012. pp. 154-160.

ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas, acreditando que, ainda assim, serão beneficiárias da imunidade de rebanho.[191]

Os sintomas decorrentes da contaminação pelo vírus da Covid-19, assim como de outra virose semelhante, a *influenza*, **são particularmente sérios, podendo revelar-se fatais**, sobretudo para as pessoas idosas.[192] Aproximadamente 90% dos óbitos decorrentes da *influenza* ocorrem em indivíduos com mais de 65 anos de idade, cujo sistema imune enfraquecido é mais propenso a complicações decorrentes da doença – tais como a pneumonia –, além de apresentarem uma resposta insuficiente do organismo à vacina, contribuindo para que os idosos, mesmo imunizados, sejam mais suscetíveis à morte em decorrência da contração desse vírus.[193]

É certo que a imunidade de rebanho talvez possa ser alcançada independentemente da vacinação obrigatória, a depender do número resultante da soma de pessoas imunes, em razão de prévia infecção, com aqueles que aderiram voluntariamente à imunização. Não obstante exista, em tese, essa possibilidade, entendo que, ainda assim, há fundamentos constitucionais relevantes para sustentar a compulsoriedade da vacinação, por tratar-se de uma ação governamental que pode contribuir significativamente para a imunidade de rebanho ou, até mesmo, acelerá-la, de maneira a salvar vidas, impedir a progressão da doença e proteger, em especial, os mais vulneráveis.

Aqui, vale rememorar que, **dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil**, listados art. 3º da Constituição, **sobressai o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos**. Essa é a razão pela qual se admite que o Estado, atendidos os pressupostos de segurança e eficácia das vacinas, restrinja a autonomia individual das pessoas com o fito de cumprir o dever de dar concreção ao direito social à saúde, previsto no art. 196 da Lei Maior, fazendo-o por meio de "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". O art. 197, ademais, preconiza que são "de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle".

---

191 *Idem, ibidem.*

192 BAMBERY, Ben *et al,* Influenza Vaccination Strategies Should Target Children, *Public Health Ethics*, v. 11, n. 2, 2018. pp. 221–234.

193 *Idem, ibidem.*

Para o já mencionado José Afonso da Silva, tal

> "dever se cumpre pelas prestações de saúde, que, por sua vez, se concretizam mediante políticas sociais e econômicas **que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos** – políticas essas, que, por seu turno, se efetivam pela execução de ações e serviços de saúde, **não apenas visando à cura de doenças**".[194]

Na mesma linha são as observações de Kildare Gonçalves Carvalho, para quem o direito à saúde não se resume apenas à medicina curativa, mas inclui a medicina preventiva, a qual **exige a execução de uma política social e econômica** adequada, **que esclareça e eduque a população**, além de promover a "higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras ações" (grifei).[195]

É nesse contexto, amplificado pela magnitude da pandemia decorrente da Covid-19, **que se exige, mais do que nunca, uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos de todos os níveis governamentais**, sobretudo mediante a implementação de programas universais de vacinação, pois, como adverte o professor da Universidade de São Paulo antes referido, "o **direito é garantido por** aquelas **políticas indicadas, que hão de ser estabelecidas, sob pena de omissão inconstitucional**" (grifei).[196]

Nesse passo, cumpre lembrar que o Preâmbulo, datado do já longínquo ano 1946, da Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS, agência internacional pertencente à Organização das Nações Unidas, integrada pelo Brasil, traz à lume um generoso conceito de saúde, enquanto bem coletivo e dever do Estado.[197] Nesse sentido, Sueli Gandolfi Dallari e Vital Serrano Nunes Júnior, assinalam que

> "[...] o **bem-estar do indivíduo supõe aspectos sanitários, ambientais e comunitários que só podem ser concebidos a partir de uma perspectiva coletiva**, donde resulta que **uma concepção jurídica de saúde há de envolver não só direitos, mas também deveres, e não só por parte dos Estados, mas também das pessoas e da sociedade**" (grifei).[198]

---

194 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 768, grifei.

195 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional* 13. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1.167.

196 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 768, grifei.

197 Íntegra em inglês disponível em: <https://www.who.int/about/who-we-re/constitution>. Acesso: nov. 2020.

198 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário.* São Paulo: Verbatim, 2010, p. 9.

Essa noção encontra amparo também no art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado pelo Decreto 591/1992, que assim dispõe:

> "1. **Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental**.
>
> 2. As medidas que os **Estados Partes do presente Pacto deverão adotar** com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão **as medidas que se façam necessárias para assegurar**:
>
> a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;
>
> b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
>
> c) **A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas**, **endêmicas,** profissionais **e outras**, bem como a luta contra essas doenças;
>
> d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade" (grifei).

Resta claro, portanto, que configura obrigação do Estado brasileiro proporcionar a toda a população interessada o acesso à vacina para prevenção da Covid-19, devendo comprometer-se com a sua gratuidade e universalização, para os grupos indicados, assim que houver comprovação científica acerca de respectiva eficácia e segurança. Cumpre-lhe, ademais, atentar para outras recomendações da Organização Mundial de Saúde, notadamente aquelas decorrentes do disposto no art. 18, 1, e anexo 6 do Regulamento Sanitário Internacional, aprovado pelo recente Decreto 10.212/2020.

DEVER DE SOPESAR, MOTIVAR E INFORMAR

No caso específico da Covid-19, não se poderia mesmo descartar a ocorrência de reações desfavoráveis à imunização obrigatória, não só diante da intensa politização que envolveu – e ainda envolve – o enfrentamento da pandemia, como também porque não são conhecidos os efeitos de longo prazo das vacinas que estão sendo desenvolvidas para a prevenção da doença.

Por isso, campanhas de conscientização e divulgação, para estimular o consentimento informado da população, podem revelar-se eficazes para "conquistar corações e mentes", sobretudo em tempos de intensa desinformação como os que vivemos. Nessa linha, vale assentar que o próprio sucesso da imunização,

uma vez desencadeada, tal como tem ocorrido com as demais vacinas, poderá reforçar a sua credibilidade social. Por oportuno, lembro que, no Brasil, outras estratégias alternativas de mobilização em massa da população já foram empregadas com êxito, notadamente quando da erradicação da varíola, permitindo o desenvolvimento de uma verdadeira "cultura de imunização" entre nós.[199]

A decisão política sobre a obrigatoriedade da vacinação deve, obviamente, levar em consideração os consensos científicos, a segurança e eficácia das vacinas, a possibilidade de uma distribuição universal, os possíveis efeitos colaterais, sobretudo aqueles que possam implicar risco de vida, além de outras ponderações da alçada do administrador público. Esse sopesamento é especialmente relevante porque existem preocupações legítimas com o ritmo acelerado com que as vacinas contra a Covid-19 vem sendo desenvolvidas e testadas.[200]

A decisão deve ainda levar em consideração, por mandamento legal expresso, as evidências científicas e as análises sobre as informações estratégicas em saúde, conforme consta do art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, a respeito de cuja constitucionalidade já tive oportunidade de me debruçar no julgamento da ADI 6.343-MC-Ref, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Naquela ocasião, afirmei que "nada é mais razoável e harmônico com o que consta na Constituição do que as decisões sejam tomadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde". Aliás, as mesmas diretrizes serão úteis na definição dos grupos prioritários para recebimento da vacina.

Reputo oportuno, ainda, ressaltar o recente acordão prolatado pelo Plenário do STF no julgamento conjunto das ADIs 6.421-MC/DF, 6.422-MC, 6.424-MC, 6.425-MC, 6.427- MC, 6.428-MC e 6.431-MC, todas de relatoria do Ministro Roberto Barroso, no qual esta Suprema Corte assentou que "decisões administrativas

---

199 Confira-se HOCHMAN, Gilberto. Vacinação, varíola e uma cultura da imunização no Brasil. *Ciência. Saúde coletiva [on-line].* 2011, vol. 16, n. 2, p. 382. Para o autor: "[...] a estratégia para vacinação em massa nas áreas urbanas, ou com significativa concentração de pessoas, foi a de mobilização da população para grandes encontros em lugares públicos, que marcavam a chegada dos vacinadores e o início da vacinação. Os líderes políticos locais foram envolvidos no processo de mobilização e convocação da população e se tornavam aliados dos coordenadores estaduais da CEV. Festas populares, romarias, encontros religiosos, feiras, manifestações artísticas populares, quartéis, escolas públicas, paradas de ônibus e grandes empresas foram locais utilizados para vacinação em massa. As equipes deveriam estar preparadas para estender a vacinação até a noite para dar conta de todos os que compareciam. Fazia parte dessa estratégia explícita e deliberada de vacinação em lugares públicos tanto o treinamento de novos vacinadores como seu efeito demonstração para a população e autoridades. Tudo isso potencializado pela presença da imprensa. Fosse qualquer o método e estratégia de vacinação, considerava-se imprescindível obter suficiente motivação da comunidade, trabalhando seus líderes naturais e utilizando meios de divulgação e demonstração adequados ao nível educacional das referidas comunidades. A convocação era feita pelos jornais, alto-falantes, cartazes e filmes nas escolas. O efeito demonstração se fazia também com a vacinação em público de autoridades, líderes políticos, artistas e esportistas, o que tinha repercussão na imprensa e na população convocada a se vacinar voluntariamente. Essa inovação foi reproduzida depois nos 'Dias Nacionais de Vacinação' utilizados para a campanha antipoliomielite no Brasil".

200 SAVULESCU, Julian. Good reasons to vaccinate: mandatory or payment for risk? *Journal of Medical Ethics*, 2020, p. 2.

relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas". Esses, com efeito, constituem parâmetros mínimos que devem guiar o Poder Público na decisão de implementar eventual obrigatoriedade de imunização, se e quando a vacina estiver disponível.

REQUISITOS DAS MEDIDAS GOVERNAMENTAIS

A compulsoriedade da imunização não é, contudo, como muitos pensam, a medida mais restritiva de direitos para o combate do novo coronavírus. Na verdade, ela pode acarretar menos restrições de direitos do que outras medidas mais drásticas, a exemplo do isolamento social.

Sim, porque as medidas alternativas tendem a limitar outros direitos individuais, relacionados, por exemplo, à liberdade de ir e vir ou de reunião, dentre outros, que têm o potencial de gerar efeitos negativos para as atividades públicas e privadas, afetando, em especial, a economia. Ademais, como ponderam Wang, Moribe e Arruda, a ausência ou a insuficiência de intervenção estatal na tutela e promoção de saúde coletiva também provocam indevida restrição de direitos.[201]

Feitas tais considerações, volto a assentar que, sob o ângulo estritamente constitucional, a previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas a que se sujeitam os refratários observem, em primeiro lugar, os critérios que constam da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e II do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao "pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas." E, como não poderia deixar de ser, assim como ocorre com os atos administrativos em geral, precisam respeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A razoabilidade, equivale ao emprego de "critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida", ao passo que a proporcionalidade exige que aquela seja exercida "na extensão e intensidade"

---

[201] Folha de São Paulo: Daniel Wei Liang Wang, Gabriela Moribe e Ana Luiza Arruda. Vacina obrigatória contra Covid pode ser a medida com menos restrição de direitos. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/10/vacina-obrigatoria-contra-covid-pode-ser-a-medida-com-menos-restricao-de-direitos.shtml>. Acesso em: out. 2020.

correspondente ao estrito cumprimento da finalidade pública à qual esteja atrelada.[202] Esse último princípio, em sentido estrito, "exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais",[203] significando, em última análise, a proibição de excesso (*Übermassverbot,* na literatura jurídica alemã).

Essas medidas destinadas a colocar em prática a vacinação compulsória, evidentemente, não são de fácil equacionamento, porquanto envolvem divergências religiosas e filosóficas, bem assim questões práticas, como as relativas ao desenho de um eventual sistema de autoexclusão[204] ou à disponibilização generalizada de testagens e possíveis isenções para as pessoas que já receberam um diagnóstico positivo para a Covid-19, a depender da duração da imunidade adquirida.

Em suma, ainda que a vacinação não seja forçada, **a imunização compulsória jamais poderá ostentar tal magnitude a ponto de ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes**. Afinal, é perfeitamente possível a adoção de uma política de saúde pública que dê ênfase na educação e na informação, ao invés de optar pela imposição de restrições ou sanções, como instrumento mais adequado para atingir os fins pretendidos. De fato, diante dos riscos existentes, ou mesmo daqueles simplesmente percebidos como tais pela população,[205] seria eticamente discutível encarar a obrigatoriedade como a primeira opção governamental para lograr a imunização da população ou, pelo menos, de sua maior parte.[206]

PAPEL DA UNIÃO E DOS ENTES FEDERADOS

O dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos aqueles sob sua jurisdição apresenta uma dimensão objetiva e institucional que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde – SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos, qualificada pela

---

202 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 111-113.

203 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116.

204 Veja-se EHRENREICH, William. Toward a Twenty-First Century Jacobson v. Massachusetts. *Harv. L. Rev.* 121 (2008): 1820-1838. Segundo o autor, nos EUA, existem Estados que adotam o sistema de obrigatoriedade de determinadas vacinas, mas preveem possibilidades amplas e vagas de autoexclusão, a serem requeridas pelos pais pela internet.

205 Confira-se, *v.g.* CNN Brasil. "Vacinas são seguras, mas muitos não tomariam a contra Covid-19; entenda". Acessado nov. de 2020. https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/08/15/vacinas-sao-seguras-mas-muita-gente-em-todo-o-mundo-diz-que-nao-tomaria-uma-con.

206 Incentivos atraentes vêm sendo estudados pela comunidade científica, especialmente a respeito da disponibilização de incentivos financeiros ou comportamentais, Veja-se sobre o assunto SAVULESCU, Julian. Good Reasons to Vaccinate: Mandatory or Payment for Risk? *Journal of Medical Ethics*, 9 de novembro de 2020.

descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, I, II e III, da CF).

Ao SUS compete, dentre outras atribuições, "controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos", assim como "executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador" (art. 200, I e II, da CF).

Tal sistema é compatível com o nosso "federalismo cooperativo" ou "federalismo de integração", adotado pelos constituintes de 1988, no qual "se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais",[207] que encontra expressão, no concernente à temática aqui tratada, na competência concorrente partilhada pela União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a "proteção e defesa da saúde" (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência comum a todos eles e também aos Municípios de "cuidar da saúde e assistência pública" (art. 23, II, da CF).

Esse compartilhamento de competências entre os entes federados na área da saúde, por óbvio, **não exime a União de exercer aquilo que a doutrina denomina de "competência de cooperação"** (grifei),[208] traduzida na obrigação constitucional de "**planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas**, especialmente as secas e as inundações" (art. 21, XVIII, CF, grifei).

Ora, logo depois do reconhecimento pela OMS, em 11/3/2020,[209] de que o mundo passava por uma pandemia desencadeada pela disseminação incontrolada do novo coronavírus, **o Congresso Nacional** editou o Decreto Legislativo 6/2020, no qual **reconheceu a ocorrência de calamidade pública**, com efeito até 31/12/2020, nos termos – sublinhe-se – da Mensagem 93/2020 encaminhada pelo Presidente da República ao Legislativo.

Visto isso, assento que o principal papel da União no combate à pandemia encontra-se delineado no mencionado art. 21, XVIII, da Constituição, o qual corresponde à magna e indeclinável tarefa de **planejar e promover, em caráter permanente**, ou seja, constantemente e sem solução de continuidade, a **defesa** de todos

---

[207] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23.

[208] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. cit.*, p. 774.

[209] Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120: oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812>. Acesso em: nov. 2020.

os brasileiros e estrangeiros residentes no País – ou mesmo outros que nele se encontrem de passagem –, **contra as calamidades públicas**.

E quando o referido dispositivo é lido em conjunto com o precitado art. 198 do Texto Magno, percebe-se que compete à União assumir a **coordenação** das atividades do setor, **incumbindo-lhe**, em especial, "**executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional**" (grifei), conforme estabelece o disposto no art. 16, III, **a,** e parágrafo único, da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde).[210]

De outro lado, a já referida Lei 6.259/1975[211] estabelece que **cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações – PNI, com a definição das vacinações, inclusive as de caráter obrigatório** (art. 3º, *caput*), prescrevendo, ainda, que **aquela Pasta coordenará e apoiará tal atividade – técnica, material e financeiramente – em âmbito nacional e regional**, cuja responsabilidade cabe às Secretarias de Saúde das unidades federadas (art. 4º, *caput* e § 1º). Ademais, consigna que "o Ministério da Saúde poderá participar, em caráter supletivo, das ações previstas no programa e **assumir sua execução, quando o interesse nacional ou situações de emergência o justifiquem**" (art. 4º, § 2º, grifei).

Não obstante, ressalto que o fato de o Ministério da Saúde coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de vacinação não exclui a competência dos Estados, Municípios, e do Distrito Federal para adaptá-los às peculiaridades locais, no típico exercício da competência comum para "cuidar da saúde e assistência pública" (art. 23, II, da CF).

Na prática, aliás, essa prerrogativa já vem sendo exercida pelos entes federados, ainda que o sucesso de estratégias fragmentadas seja bastante discutível.[212] Na realidade, a iniciativa dos entes locais nada tem de excepcional, uma vez que determinadas moléstias podem ser endêmicas na região de um Estado, Município,

---

[210] A Lei 8.080/1990 prevê, ainda, que estão incluídas no campo de atuação do SUS a execução de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como a "formulação a política de medicamentos, imunobiológicos e outro insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção" (art. 6º, I, **a** e **b,** e VI).

[211] "Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências".

[212] Veja-se, a propósito, Sociedade Brasileira de Imunizações, Vacina dengue: A experiência pioneira do Paraná, *Revista Imunizações*, vol. 9, n. 3, 2016, pp. 6-8.

ou do Distrito Federal, verificando-se, a propósito, que as medidas empreendidas em âmbito estadual encontram arrimo no art. 6º da Lei 6.259/1975.

Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de vacinas seguras e eficazes no Programa Nacional de Imunizações, sob a coordenação da União, de forma a atender toda a população, sem qualquer distinção, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação das autoridades locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública de importância internacional, em especial na hipótese de omissão por parte do governo central.

Com efeito, conforme tive a oportunidade de afirmar em meu voto na ADI 6.362/DF, a pandemia desencadeada pelo novo coronavírus, que em poucos meses infectou e vitimou dezenas de milhares de pessoas no País e em todo o mundo, revelou, dentre outras coisas, as fraquezas e as virtudes das diferentes formas de governança. Entre nós, serviu para testar os limites do federalismo adotado pela Constituição de 1988.[213]

Uma das principais virtudes dos Estados federais, inclusive do nosso, consiste em que repousam sobre dois valores importantes. O primeiro deles refere-se à inexistência de hierarquia entre os seus integrantes, de modo a não permitir que se cogite da prevalência da União sobre os Estados ou, destes, sobre os Municípios, consideradas as competências que lhe são próprias. Já o segundo, consubstanciado no princípio da subsidiariedade, significa, em palavras simples, o seguinte: tudo aquilo que o ente menor puder fazer de forma mais célere, econômica e eficaz não deve ser empreendido pelo ente maior.

Ora, partir do arcabouço constitucional acima descrito, é possível concluir que a defesa da saúde compete a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, seja mediante a realização de ações administrativas, sem que, como regra, dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que têm o dever de preservar.

Esse é precisamente o entendimento da mais abalizada doutrina. Veja-se:

---

[213] Confira-se meu artigo Covid-19 e Federalismo, publicado pela Folha de São Paulo em 22/4/2020 (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/04/covid-19-e-federalismo.shtml>. Acesso em: jun. 2020).

> "[...] norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula 'a saúde é direito de todos', assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo todos', que é o signo de universalização, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes – aliás, a norma reforça esses sentidos ao prever o acesso universal e igualitário às ações de serviços de saúde –, e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula **'a saúde é dever do Estado', compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta**" (grifei).[214]

Como se percebe, o federalismo cooperativo, antes mencionado, longe de ser mera peça retórica, exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes, sobretudo diante da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus. Bem por isso, os entes regionais e locais não podem ser alijados do combate à Covid-19, notadamente porque estão investidos do poder-dever de empreender as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do alastramento incontido da doença.

Em outros termos, a Constituição outorgou a todas as unidades federadas a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia. No âmbito dessa autonomia insere-se, inclusive, a importação e distribuição, em caráter excepcional e temporário, por autoridades dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de "quaisquer materiais, medicamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus", observadas as condições do art. 3º, VIII e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, alterada pela Lei 14.006/2020.[215] Digo isso apenas *en passant*, como reforço da argumentação, pois tal matéria não foi suscitada nas iniciais das ações de inconstitucionalidade sob exame.

---

[214] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 768.

[215] Lei 13.979/2020:
"Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:
[...]
VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que:
a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países:
1. Food and Drug Administration (FDA);

Ao analisar a ADI 6.341-MC-Ref/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 15/4/2020, esta Suprema Corte referendou a cautelar por ele deferida, assentando que os entes federados possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia em curso. O acórdão, redigido pelo Ministro Edson Fachin, foi assim ementado:

> "REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.
>
> 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.
>
> 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.
>
> 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. **É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas**

2. European Medicines Agency (EMA);
3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA);
4. National Medical Products Administration (NMPA);
[...]
§ 7º-A. A autorização de que trata o inciso VIII do *caput* deste artigo deverá ser concedida pela Anvisa em até 72 (setenta e duas) horas após a submissão do pedido à Agência, dispensada a autorização de qualquer outro órgão da administração pública direta ou indireta para os produtos que especifica, sendo concedida automaticamente caso esgotado o prazo sem manifestação" (observo que o veto presidencial a este parágrafo foi derrubado pelo Congresso Nacional na Sessão de 19/8/2020).

essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do *caput* do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. **O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde**, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a *expertise* necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. **Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde**, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.

8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais" (grifei).

Além disso, o Plenário do STF assentou que o exercício da competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, a qual deu, repito, ensejo à elaboração da Lei 13.979/2020, não restringiu a competência própria dos demais entes da Federação para a implementação de ações no campo da saúde. Nesse sentido, cito acórdão unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADPF 672/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes:

> "EMENTA: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA

DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.

2. **A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública**, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.

3. **Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios** (art. 23, II e IX, da CF), **bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde** (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

4. **O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios**, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.

5. Arguição julgada parcialmente procedente" (grifei).

Conforme bem expôs o relator, Ministro Alexandre de Moraes,

> "Na verdade, **a competência material para o desenvolvimento de ações governamentais de saúde pública fornece um dos mais elaborados exemplos de repartição vertical de competências e de federalismo cooperativo no texto da Constituição Federal de 1988.**
>
> O constituinte, muito além de prever a hipótese como competência concorrente, tomou ele próprio a iniciativa de estabelecer, no próprio texto constitucional, o condomínio de responsabilidades e encargos entre os diversos níveis federativos. Essa circunstância já foi reiteradamente realçada pela CORTE em diversos julgamentos, em situações em que estabelecido conflito entre normas federais e estaduais sobre proteção à saúde, vigilância sanitária e serviços de saúde pública em geral [...]" (grifei).

Não se olvide, ademais, que a Constituição, em se tratando de competências concorrentes entre a União, Estados e Distrito Federal, as quais incluem "a proteção e defesa da saúde", prevê a "competência suplementar" desses últimos, sendo-lhes lícito, inexistindo lei federal sobre normas gerais, exercer "a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades" (art. 24, §§ 2º e 3º, da CF).

Interessantemente, o próprio Procurador-Geral da República, em seu parecer, anotou que

> "**A observância da atribuição cometida ao Ministério da Saúde para tornar obrigatórias as vacinações no PNI não impede que os estados-membros, diante de inação do ente central ou da inadequação dos critérios** (técnicos e científicos) eventualmente adotados, e tendo em conta a realidade local, **estabeleçam, por lei, a obrigatoriedade da imunização no âmbito do respectivo território**" (grifei).

Não obstante a densidade jurídica da manifestação ofertada pelo Chefe do Ministério Público Federal, penso que, à luz da rica doutrina que se sedimentou sobre o federalismo, instituído pela primeira vez na Constituição dos Estados Unidos da América de 1789 e, mais tarde, adotado em vários países, bem assim considerada a farta jurisprudência desta Suprema Corte produzida sobre o tema, especialmente após o advento da pandemia, não há como, *data venia*, aguardar-se eventual inércia da União para, só então, permitir que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exerçam as respectivas competências em matéria de saúde. **A atuação do governo central e das autoridades estaduais, distritais e locais há de ser, obrigatoriamente, concomitante para o enfrentamento exitoso da Covid-19, sem prejuízo da necessária coordenação exercida pela União.**

Adoto, porém, o parecer da PGR no sentido de que **todas as medidas que vierem a ser implementadas, em qualquer nível político-administrativo da Federação, para tornar obrigatória a vacinação, devem derivar, direta ou indiretamente, da lei**, tendo em conta a incontornável taxatividade do **princípio da legalidade,** estampado no art. 5º, I, de nossa Constituição.

CONCLUSÃO

Isso posto, voto pela parcial procedência das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, **d,** da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que:

(I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento 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.

15 REFERENDO DÉCIMA SEXTA EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 754 – DISTRITO FEDERAL

O STF deu interpretação ao art. 3º, III, *d*, da Lei 13.979/2020, no sentido de que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, podendo haver sanções indiretas, como, por exemplo, vedação ao exercício de algumas atividades e de frequência a certos locais, desde que haja previsão legal. E determinou ao governo federal que evite utilizar o canal de denúncias "Disque 100", do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), fora de suas finalidades institucionais. [**ADPF 754 TPI-décima sexta-Ref/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 26-5-2022.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Rede Sustentabilidade
Advogada: Flávia Calado Pereira
Requerido: Presidente da República
Procurador: Advogado-Geral da União
Amicus Curiae: Sindicato dos Médicos no Estado do Paraná
Advogado: Luiz Gustavo de Andrade
Advogado: Luiz Fernando Zornig Filho

EMENTA: TUTELA DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA PARCIAL. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. NOTAS TÉCNICAS 2/2022-SECOVID/GAB/SECOVID/MS E 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH. ATOS DO PODER PÚBLICO QUE PODEM, EM TESE, AGRAVAR A DISSEMINAÇÃO DO NOVO CORONAVÍRUS. CONHECIMENTO DO PEDIDO. ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA VIDA E DA SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. COMPROVAÇÃO CIENTÍFICA ACERCA DA EFICÁCIA E SEGURANÇA DAS VACINAS. REGISTRO NA ANVISA. CONSTITUCIONALIDADE DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA. SANÇÕES INDIRETAS. COMPETÊNCIA DE TODOS ENTES FEDERATIVOS. ADIS 6.586/DF e 6.587/DF E ARE 1.267.879/SP. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. ABSTENÇÃO DE ATOS QUE VISEM DESESTIMULAR A IMUNIZAÇÃO. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO SOBRE O ENTENDIMENTO DO STF. DESVIRTUAMENTO DO CANAL DE DENÚNCIAS 'DISQUE 100'. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO.

I – Trata-se da Décima Sexta Tutela Provisória Incidental – TPI formulado por agremiação política no bojo da presente ADPF, que merece ser conhecido por dizer respeito a atos do Poder Executivo Federal praticados no contexto do período excepcional da emergência sanitária decorrente da disseminação ainda incontida da Covid-19, os quais têm o condão de, em tese, fragilizar o direito fundamental à saúde e à vida abrigados nos arts. 5º, 6º e 196 da Lei Maior, configurando atos derivados de autoridades públicas, passíveis, portanto, de impugnação por meio do controle concentrado de constitucionalidade. II – As crianças e adolescentes, sujeitos de direitos, são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e destinatários do postulado constitucional da "prioridade absoluta", de maneira que a esta Corte cabe preservar essa diretriz, garantindo a proteção integral dos menores segundo o seu melhor interesse, em especial de sua vida e saúde, de forma a evitar que contraiam ou que transmitam a outras crianças – além das conhecidas doenças infectocontagiosas como o sarampo, caxumba e rubéola – a temível Covid-19.

III – Como os menores não tem autonomia, seja para rejeitar, seja para consentir com a vacinação, revela-se indiscutível que, havendo consenso cientifico demonstrando que os riscos inerentes à opção de não vacinar são significativamente superiores àqueles postos pela vacinação, cumpre privilegiar a defesa da vida e da saúde, em prol não apenas desses sujeitos especialmente protegidos pela lei, mas também de toda a coletividade.
IV – Constitui obrigação do Estado, inclusive à luz dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, proporcionar à toda a população indicada o acesso à vacina para prevenção da Covid-19, de forma universal e gratuita, em particular às crianças de 5 a 11 anos de idade, potenciais vítimas – aliás, indefesas –, e propagadoras dessa insidiosa virose, sobretudo porquanto já há comprovação científica acerca de sua eficácia e segurança atestada pelo órgão governamental encarregado de tal mister, qual seja, a Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.
V – Com a vacinação em massa reduz-se ou elimina-se a circulação do agente infeccioso no ambiente e, por consequência, protege-se a coletividade, notadamente os mais vulneráveis. Além disso, a legitimação tecnológica e cientifica dos imunizantes contribuiu para o seu emprego generalizado e intensivo em diversos países, pois os programas de vacinação são considerados a segunda intervenção de saúde mais efetiva hoje existente, figurando o saneamento básico na primeira posição.
VI – Há fundamentos constitucionais relevantes para sustentar a compulsoriedade da vacinação, por tratar-se de uma ação governamental que pode contribuir significativamente para a imunidade coletiva ou, até mesmo, acelerá-la, de maneira a salvar vidas, impedir a progressão da doença e proteger, em especial, os mais vulneráveis.
VII – A obrigatoriedade da vacinação é levada a efeito por meio de sanções indiretas, consubstanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou a frequência de certos locais por pessoas que não possam comprovar a sua imunização ou, então, que não são portadoras do vírus, conforme, decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF.
VIII – A defesa da saúde compete a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, seja mediante a realização de ações administrativas, sem que, como regra, dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que tem o dever de preservar. Precedentes.
IX – Neste momento de enorme sofrimento coletivo, não é dado aos agentes públicos tergiversar no tocante aos rumos a seguir no combate à doença, cumprindo-lhes pautar as respectivas condutas pelos parâmetros estabelecidos na legislação aplicável, com destaque para o rigoroso respeito às evidências cientificas e às informações estratégicas em saúde, conforme determina o art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, cuja constitucionalidade o STF já reconheceu no julgamento da ADI 6.343-MC-Ref/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

X – Estando em jogo a saúde das crianças brasileiras, afigura-se mandatório que os princípios da prevenção e da precaução sirvam de norte aos tomadores de decisões no âmbito sanitário. E, neste aspecto, as orientações e os consensos da Organização Mundial de Saúde – OMS, bem assim as recomendações de outras autoridades médicas nacionais e estrangeiras, têm destacada importância, representando – conforme entendimento jurisprudencial do STF – diretrizes aptas a guiar os agentes públicos na difícil tarefa de tomada de decisão diante dos riscos a saúde colocados pela pandemia, que não poderão ser ignoradas quando da elaboração e execução de políticas no combate à Covid-19, sob pena de configuração de dolo ou, quando menos, de erro grosseiro.

XI – Constata-se que, conquanto tenha havido um decréscimo relativo de mortes causadas pela Covid-19, a situação, de modo geral, ainda é preocupante, justificando a tomada de medidas enérgicas para debelar a doença, que tem imposto um pesado ônus para a sociedade, sobretudo em termos da perda de preciosas vidas humanas.

XII – Não é possível admitir qualquer recuo no tocante a vacinação, já de longa data rotineiramente assegurada pelo Estado a todas as crianças, exigindo-se do Poder Público que aja com lealdade, transparência e boa-fé, sendo-lhe vedado modificar a conduta de forma inesperada, anômala ou contraditória, de maneira a surpreender o administrado ou frustrar as suas legítimas expectativas.

XIII – Não se mostra admissível que o Estado, representado pelos Ministérios da Saúde e da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, agindo em contradição ao pronunciamento da Anvisa, a qual garantiu formalmente a segurança da Vacina Comirnaty (Pfizer/Whyet) para crianças, além de contrariar a legislação de regência e o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, venha, agora, adotar postura que desprestigia o esforço de vacinação contra a Covid-19, sobretudo porque, com tal proceder, gerará dúvidas e perplexidades tendentes a impedir que um número considerável de menores sejam beneficiados com a imunização.

XIV – Embora ainda em uma análise preambular, as Notas Técnicas emitidas pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – considerada a ambiguidade com que foram redigidas no tocante a obrigatoriedade da vacinação –, podem ferir, dentre outros, os preceitos fundamentais que asseguram o direito à vida e à saúde, além de afrontarem entendimento consolidado pelo Plenário do STF no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF e do ARE 1.267.879/SP.

XV – De uma leitura mesmo superficial da Nota Técnica do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, percebe-se que a Pasta trata como violação de direitos humanos justamente aquilo que esta Suprema Corte, em data recentíssima, reputou constitucional, a saber: "a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares" imposta àqueles que se negam, sem justificativa médica ou científica, a tomar o imunizante ou a comprovar que não estão infectadas.

XVI – Afigura-se ainda mais grave a possibilidade de desvirtuamento do canal de denúncias "Disque 100", que, de acordo com as informações colhidas no sítio eletrônico do Governo Federal, "é um serviço disseminação de informações sobre direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de violações de direitos humanos."
XVII – Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para, considerando, especialmente, a necessidade de esclarecer-se, adequadamente, os agentes públicos e a população brasileira quanto à obrigatoriedade da imunização contra a Covid-19, determinar ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos que façam constar, tão logo intimados, das Nota Técnicas 2/2022-SECOVID/GAB/SECOVID/MS e 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH, a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 3º, III, **d,** da Lei 13.979/2020, no sentido de que (i) "a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou a frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes", esclarecendo, ainda, que (ii) "tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência", dando ampla publicidade a retificação ora imposta.
XVIII – O Plenário também determinou ao Governo Federal que se abstenha de utilizar o canal de denúncias "Disque 100" fora de suas finalidades institucionais, deixando de estimular, por meio de atos oficiais, o envio de queixas relacionadas às restrições de direitos consideradas legítimas por esta Suprema Corte no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF e do ARE 1.267.879/SP.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Inicialmente, observo que, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.882/1999, a ADPF é cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, e, também, quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição.

Esta é a Décima Sexta Tutela Provisória Incidental – TPI apresentada nesta ADPF 754/DF. O presente pedido incidental, assim como os demais que o antecederam, diz respeito a atos e omissões do Poder

Executivo Federal relacionados à preservação do direito à vida à saúde no contexto do período excepcional da emergência sanitária, de abrangência mundial, decorrente da disseminação ainda incontida da Covid-19.

Tanto na inicial deste pleito, quanto nos pedidos incidentais antecedentes, o cerne da questão trazida a juízo sempre foi a necessidade de explicitação e de planejamento das ações estatais relativas ao enfrentamento do novo coronavírus, responsável pelo surto pandêmico iniciado no ano de 2019.

Assim, entendendo que o pleito ora formulado é compatível com o objeto desta ADPF e com as decisões que já foram proferidas em seu bojo, passo ao respectivo exame. Nesse proceder, bem analisado – embora ainda em um exame perfunctório, de mera delibação, próprio desta fase embrionária da demanda – penso que o pedido merece ser parcialmente contemplado.

DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE

A pandemia desencadeada pelo novo coronavírus que, em menos de dois anos, infectou e vitimou fatalmente centenas de milhares de pessoas no País e no mundo, revelou a essencialidade da atuação do Estado na proteção do direito à vida e à saúde contemplados nos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal.

O direito à vida, sabe-se hoje, corresponde ao direito, universalmente reconhecido à pessoa humana, de viver e permanecer vivo, livre de quaisquer agravos, materiais ou morais.

Já a saúde, de acordo com o art. 196 da Lei Maior, "é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Nesse contexto, amplificado pela magnitude da pandemia decorrente do novo coronavírus, exige-se, mais do que nunca, uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos de todos os níveis governamentais, sobretudo mediante a implementação de programas universais e abrangentes de vacinação, pois, como adverte José Afonso da Silva, "**o direito é garantido por aquelas políticas indicadas, que hão de ser estabelecidas, sob pena de omissão inconstitucional**" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 768, grifei).

Para dar concreção ao direito social à saúde, previsto no citado art. 196 da Constituição Federal, o Estado deve lançar mão de "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". O art. 197, de sua parte, preconiza que são "de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle".

DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O direito à saúde de adultos e crianças, cuja implementação se dá por meio de políticas sociais e econômicas adequadas, encontra amparo também no art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado pelo Decreto 591/1992, que assim dispõe:

> "1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
>
> 2. **As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão** as medidas que se façam necessárias para assegurar:
>
> a) **A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil**, bem como o desenvolvimento das crianças;
>
> b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
>
> c) **A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas**, **endêmicas,** profissionais **e outras**, bem como a luta contra essas doenças;
>
> d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade" (grifei).

Lembro, ainda, que a Constituição Federal, bem assim o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que lhe sobreveio, incorporaram importantes instrumentos de defesa dos menores, que têm por base a denominada "Doutrina da Proteção Integral". Trata-se de um conjunto de princípios e iniciativas, discutido no âmbito das Nações Unidas por cerca de uma década, ao longo do processo de elaboração da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que veio a ser o pacto de direitos humanos mais ratificado no mundo, tendo apenas um país se recusado a fazê-lo.

Como corolário da adoção dessa Doutrina, o art. 227 da Constituição dispõe que é

> "[...] **dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde,** à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, **além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**" (grifei).

Crianças e adolescentes são, portanto, sujeitos de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e destinatários do postulado constitucional da "prioridade absoluta". A esta Corte, evidentemente, cabe preservar essa diretriz, garantindo a proteção integral dos menores segundo o seu melhor interesse, em especial de sua vida e saúde, de forma a evitar que contraiam ou que transmitam a outras crianças – além das conhecidas doenças infectocontagiosas como o sarampo, caxumba e rubéola – a temível Covid-19.

Tal tarefa é especialmente delicada porque os menores não têm autonomia, seja para rejeitar, seja para consentir com a vacinação. Assim, parece-me inelutável que, havendo consenso científico demonstrando que os riscos inerentes à opção de não vacinar são significativamente superiores àqueles postos pela vacinação, cumpre privilegiar a defesa da vida e da saúde dos menores, em prol não apenas desses sujeitos especialmente protegidos pela lei, mas também de toda a coletividade.

Resta claro, portanto, que **constitui obrigação do Estado**, inclusive à luz dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, **proporcionar à toda a população indicada o acesso à vacina para prevenção da Covid-19, de forma universal e gratuita, em particular às crianças de 5 a 11 anos de idade, potenciais vítimas – aliás, indefesas –, e propagadoras dessa insidiosa virose, sobretudo porquanto já há comprovação científica acerca de sua eficácia e segurança**, como se verá adiante, atestada pelo órgão governamental encarregado de tal mister, qual seja, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO

Recordo que, no Brasil, o marco legal da vacinação obrigatória foi institucionalizado pela Lei 6.259/1975, regulamentada pelo Decreto 78.231/1976, diplomas normativos que detalharam a forma como o Programa Nacional de Imunizações seria implementado no País, dentre outras disposições.

É digno de registro que o citado diploma legal estabelece, por exemplo, que cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações – PNI, no qual são definidas as vacinações, **inclusive as de caráter obrigatório**, praticadas sempre "de modo sistemático e gratuito", **cuja comprovação se dará mediante atestado próprio**, "emitido pelos serviços públicos de saúde ou por médicos no exercício de suas atividades privadas, devidamente credenciados para tal fim" (arts. 3º, parágrafo único, e 5º, § 1º).

Já o Regulamento definiu que é "**dever de todo o cidadão submeter-se e os menores dos quais tenha a guarda ou responsabilidade, à vacinação obrigatória**", ficando dela dispensadas apenas as pessoas que apresentassem atestado médico de contraindicação explícita (art. 29 e parágrafo único).

Em complemento, o Ministério da Saúde, por intermédio da Portaria 597/2004, que instituiu os calendários de vacinação em todo o território nacional, em obediência ao disposto na Lei 6.259/1975, explicitou como se dá, na prática, a compulsoriedade das imunizações previstas, *verbis*:

> "Art. 4º **O cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado por meio de atestado de vacinação** a ser emitido pelos serviços públicos de saúde ou por médicos em exercício de atividades privadas, devidamente credenciadas pela autoridade de saúde competente
>
> [...]
>
> Art. 5º Deverá ser concedido prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação do atestado de vacinação, nos casos em que ocorrer a inexistência deste ou quando forem apresentados de forma desatualizada.
>
> § 1º **Para efeito de pagamento de salário-família será exigida do segurado a apresentação dos atestados de vacinação** obrigatórias estabelecidas nos Anexos I, II e III desta Portaria.
>
> § 2º **Para efeito de matrícula em creches, pré-escola, ensino fundamental, ensino médio e universidade o comprovante de vacinação deverá ser obrigatório**, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria.
>
> § 3º **Para efeito de Alistamento Militar será obrigatória apresentação de comprovante de vacinação** atualizado.
>
> § 4º **Para efeito de recebimento de benefícios sociais concedidos pelo Governo, deverá ser apresentado comprovante de vacinação**, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria.

> § 5º **Para efeito de contratação trabalhista, as instituições públicas e privadas deverão exigir a apresentação do comprovante de vacinação**, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria".

Como é possível constatar, a **obrigatoriedade da vacinação,** mencionada nos textos normativos supra **é levada a efeito por meio de sanções indiretas,** consubstanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos locais por pessoas que não possam comprovar a sua imunização ou, então, que não são portadoras do vírus, conforme, aliás, decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 6.586/DF e 6.587/DF, das quais fui relator.

Especificamente no que tange ao tema da vacinação infantil, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/1990) é textual ao prever **a obrigatoriedade da "vacinação de crianças nos casos recomendados pelas autoridades"**, estabelecendo penas pecuniárias àqueles que, dolosa ou culposamente, descumprirem "os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda" dos menores (arts. 14, § 1º e 249).

Não foi por outra razão, inclusive, que, nestes mesmos autos, determinei que fossem oficiados os "Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal de modo que, nos termos do art. 129, II, da Constituição Federal, e do art. 201, VIII e X, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), empreendam as medidas necessárias para o cumprimento do disposto nos referidos preceitos normativos quanto à vacinação de menores contra a Covid-19."

Cumpre rememorar, ainda, por oportuno, que Lei 13.979/2020 autorizou a vacinação compulsória contra a Covid-19. Veja-se:

> "Art. 3º **Para enfrentamento da emergência de saúde pública** de importância internacional de que trata esta Lei, as **autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências**, entre outras, as seguintes medidas:
>
> [...]
>
> III – determinação de **realização compulsória de**:
>
> [...]
>
> d) **vacinação** e outras medidas profiláticas;" (grifei).

A rigor, a previsão de vacinação compulsória contra a Covid-19, determinada na Lei 13.979/2020, cuja vigência, no tocante a alguns de seus dispositivos, foi estendida até o final da pandemia, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.625-MC/DF, de minha relatoria, não seria sequer necessária, porquanto a legislação sanitária, em particular a mencionada Lei 6.259/1975 (arts. 3º e 5º), já contempla, repita-se, a possibilidade da imunização com caráter obrigatório.

De toda a sorte, entendo que **a Lei 13.979/2020, último diploma legal editado sobre o assunto,** embora não traga nenhuma inovação substancial acerca da matéria, **representa um importante reforço às regras sanitárias preexistentes – de observância incontornável pelas autoridades e por particulares –**, diante dos inusitados riscos e desafios inaugurados pela pandemia.

POSIÇÃO DO STF SOBRE A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA

Além dos argumentos acima expostos, cumpre mencionar, ainda, que esta Suprema Corte fixou a seguinte tese no julgamento do Tema 1.103, da Repercussão Geral: **"É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária,** (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou **(iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico"** (grifei). Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar." (ARE 1.267.879-RG/SP, Rel. Min. Roberto Barroso).

Constou da ementa daquele julgamento que

> "[...] **o Direito brasileiro prevê a obrigatoriedade da vacinação**. Atualmente, **ela está prevista em diversas leis vigentes, como, por exemplo, a Lei nº 6.259/1975 (Programa Nacional de Imunizações) e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tal previsão jamais foi reputada inconstitucional. Mais recentemente, a Lei nº 13.979/2020 (referente às medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19), de iniciativa do Poder Executivo, instituiu comando na mesma linha**.
>
> 5. **É legítimo impor o caráter compulsório de vacinas que tenha registro em órgão de vigilância sanitária e em relação à qual exista consenso médico-científico.** Diversos fundamentos justificam a medida, entre os quais: a) o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); b) a vacinação é importante para a

proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança)" (grifei).

Vale lembrar, também, que este Supremo Tribunal Federal, no julgamento das já citadas ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, em acórdão de minha relatoria, assim se pronunciou sobre a exigência de comprovação de vacinação para exercício de determinados direitos:

"AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. **VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020**. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. **COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS**. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infeciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis.

II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso consentimento informado das pessoas.

III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

IV – **A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local**, no exercício do poder-dever de cuidar da saúde e assistência pública que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal.

V – ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, **d**, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) **a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento 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 (B) **tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência**" (grifei).

IMPORTÂNCIA DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA

Como o STF já registrou nas mencionadas ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, é consenso, atualmente, entre as autoridades sanitárias, que a vacinação em massa da população constitui uma intervenção preventiva, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infeciosas transmissíveis e provocar imunidade de rebanho, fazendo com que os indivíduos tornados imunes protejam indiretamente os não imunizados.

Com tal providência, reduz-se ou elimina-se a circulação do agente infeccioso no ambiente e, por consequência, protege-se a coletividade, notadamente os mais vulneráveis. A legitimação tecnológica e científica dos imunizantes contribuiu para o seu emprego generalizado e intensivo em diversos países, pois os programas de vacinação são considerados a segunda intervenção de saúde mais efetiva hoje existente, figurando o saneamento básico na primeira posição.

Alcançar a chamada "imunidade de rebanho" mostra-se, pois, assaz relevante, sobretudo para pessoas que, por razões de saúde, não podem ser imunizadas, dentre estas as crianças que ainda não atingiram a idade própria ou indivíduos cujo sistema imunológico não responde bem às vacinas. Por isso, **a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam ser vacinadas**, acreditando que, ainda assim, serão beneficiárias da imunidade coletiva.

É certo que a imunidade de rebanho talvez possa ser alcançada independentemente da vacinação obrigatória, a depender do número resultante da soma de pessoas imunes, em razão de prévia infecção, com aqueles que aderiram voluntariamente à imunização. Não obstante exista, em tese, essa possibilidade, entendo que, ainda assim, **há fundamentos constitucionais relevantes para sustentar a compulsoriedade da vacinação, por tratar-se de uma ação governamental que pode contribuir significativamente para a imunidade coletiva** ou, até mesmo, acelerá-la, de maneira a salvar vidas, impedir a progressão da doença e proteger, em especial, os mais vulneráveis.

PAPEL DA UNIÃO E DOS ENTES FEDERADOS

O dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos aqueles sob sua jurisdição apresenta uma dimensão objetiva e institucional que se revela, como já se viu, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde – SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos, qualificada pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, I, II e III, da CF).

Ao SUS compete, dentre outras atribuições, "controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos", assim como "executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador" (art. 200, I e II, da CF).

Esse sistema é compatível com o nosso "federalismo cooperativo" ou "federalismo de integração", adotado pelos constituintes de 1988, caracterizado "pelo entrelaçamento das esferas de poder central e local" (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte, Forense, 2018, p. 33).

Essa modalidade de federalismo encontra expressão, no concernente à temática aqui tratada, na competência concorrente partilhada pela União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a "proteção e defesa da saúde" (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência material comum a todos eles e também aos Municípios de "cuidar da saúde e assistência pública" (art. 23, II, da CF).

A já referida Lei 6.259/1975, estabelece, como já se assentou, que **cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações – PNI, com a definição das vacinações, inclusive as de caráter obrigatório** (art. 3º, *caput*), prescrevendo, ainda, que **aquela Pasta coordenará e apoiará tal atividade – técnica, material e financeiramente – em âmbito nacional e regional**, cuja responsabilidade cabe às Secretarias de Saúde das unidades federadas (art. 4º, *caput* e § 1º). Ademais, consigna que "o Ministério da Saúde poderá participar, em caráter supletivo, das ações previstas no programa e **assumir sua execução, quando o interesse nacional ou situações de emergência o justifiquem**" (art. 4º, § 2º, grifei).

Não obstante, ressalto que o fato de **o Ministério da Saúde coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de vacinação não exclui a competência dos Estados, Municípios, e do Distrito Federal para adaptá-los às peculiaridades locais**, no típico exercício da competência comum para "cuidar da saúde e assistência pública" (art. 23, II, da CF).

Observe-se, inclusive, que a Lei 6.259/1975 autoriza que "os governos estaduais, com audiência" – a qual, nos termos da Constituição, não pode ser entendida como aquiescência prévia – "do Ministério da Saúde, poderão propor medidas legislativas complementares visando ao cumprimento das vacinações, obrigatórias por parte da população, no âmbito dos seus territórios" (*caput*, do art. 6º), as quais "serão observadas pelas entidades federais, estaduais e municipais, públicas e privadas, no âmbito do respectivo Estado." (parágrafo único do art. 6º)

Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de vacinas seguras e eficazes no Programa Nacional de Imunizações, sob a coordenação da União, de forma a atender toda a população, sem qualquer distinção, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, **o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação autônoma das**

autoridades locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública de importância internacional, em especial na hipótese de omissão do governo central ou em situações que exijam medidas de caráter urgente.

Ora, a partir do arcabouço constitucional acima descrito, é possível concluir que a defesa da saúde compete a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, seja mediante a realização de ações administrativas, sem que, como regra, dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que têm o dever de preservar.

Esse é precisamente o entendimento da mais abalizada doutrina, para a qual, ao comentar o art. 196 da CF, "[...] a obrigação correspondente, na cláusula '**a saúde é dever do Estado', compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta**" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit. p. 768, grifei).

Observe-se, inclusive, que nas precitadas ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, o Plenário desta Suprema Corte assentou que a vacinação obrigatória, implementada por medidas indiretas, pode ser levada a efeito, com as limitações expostas naquele acórdão, "tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência."

Não se olvide, ademais, que a Constituição, em se tratando de competências concorrentes entre a União, Estados e Distrito Federal, as quais incluem "a proteção e defesa da saúde", prevê a "competência suplementar" desses últimos, sendo-lhes lícito, inexistindo lei federal sobre normas gerais, exercer "a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades" (art. 24, §§ 2º e 3º, da CF).

Em suma, **os entes federados não podem ficar de braços cruzados na hipótese de eventual omissão ou de comportamento contraditório da União no concernente à vacinação das crianças** – repito, vítimas e transmissoras da Covid-19 –, **assistindo inertes à propagação da pandemia entre a população local**.

PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apesar de não encontrarem uma definição explícita no texto constitucional, são hoje bem conhecidos. Foram desenvolvidos pela doutrina anglo-saxônica e alemã, respectivamente. O primeiro, deduzido a partir do conceito basilar do *substantive due process of law*,

serviu, inicialmente, para o controle de constitucionalidade das leis. Já o segundo foi empregado, no direito administrativo, como um instrumento de controle dos atos do Executivo. Para Luís Roberto Barroso, os dois princípios são fungíveis, porque encerram valores assemelhados, quais sejam: "racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37e-374, nota 62).

Embora não tenham sido definidos explicitamente na Constituição vigente, não há dúvida de que os dois postulados – como regra intercambiáveis – decorrem do preceito abrigado em seu art. 5º, LIV, segundo o qual "ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", estando, ademais, positivados no art. 2º da Lei 9.784/1999, o qual estabelece que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Para o Supremo Tribunal Federal, tais princípios exercem o importante papel de coibir atos administrativos ou legislativos extravagantes. Veja-se, nesse sentido, a decisão proferida no RE 374.981/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, *verbis*:

> "**O princípio da proporcionalidade** – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente aquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – **acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais**. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador" (grifei).

Em sede acadêmica, mais especificamente, no âmbito do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello, traz relevante aporte para a compreensão desses conceitos, afirmando que **a razoabilidade, corresponde ao emprego de "critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida**"; já a **proporcionalidade**, de seu turno, **exige que determinada ação seja exercida "na extensão e intensidade" condizente com o cumprimento da finalidade pública à qual está atrelada** (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 111-113, grifei).

É por essa razão que Hely Lopes Meirelles, com o costumeiro acerto, assenta que **se mostra completamente destoante da ordem jurídica, "a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus *standards* pessoais que, não obstante aparentar legalidade, acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou"** (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 97, grifei).

Isso quer dizer que, **no tocante à vacinação, seja de adultos, seja de crianças, não podem prevalecer critérios pessoais, políticos ou, quiçá, ideológicos, não raro extravagantes, em detrimento de considerações científicas e análises estratégicas em saúd**e, segundo consta, expressamente, do art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020.

Vale lembrar, a propósito, que esta Suprema Corte assentou que decisões administrativas relacionadas **à proteção à vida, à saúde** e ao meio ambiente **devem observar *standards,* normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas** (ADIs 6.421-MC/DF, 6.422-MC, 6.424-MC/DF, 6.425-MC/DF, 6.427-MC/DF, 6.428-MC/DF e 6.431-MC/DF, todas de relatoria do Ministro Roberto Barroso).

RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

Neste momento de enorme sofrimento coletivo, em que o mundo bate recordes de infectados pela Covid-19, sobretudo em face da disseminação de novas cepas do vírus, tal como a variante Ômicron, **não é dado aos agentes públicos tergiversar no tocante aos rumos a seguir no combate à doença**, cumprindo-lhes pautar as respectivas condutas pelos parâmetros estabelecidos na legislação aplicável, com destaque para o rigoroso respeito às evidências científicas e às informações estratégicas em saúde, conforme determina o art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, cuja constitucionalidade o STF já reconheceu no julgamento da ADI 6.343-MC-Ref/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Devem pautar-se, ademais, **pelos princípios da prevenção e da precaução.** O primeiro tem incidência nas hipóteses de certeza (relativa) de danos e riscos, ao passo que o princípio da precaução, diversamente, emerge nas hipóteses de riscos e danos incertos. Quanto a este último, Álvaro Mirra acentua o seguinte:

> "Cuida-se de um princípio com *status* de princípio constitucional, dotado de valor jurídico autônomo, a ser aplicado direta e obrigatoriamente por todos aqueles que se encontram na posição de tomadores de decisões, sejam agentes públicos, sejam pessoas privadas.

> Se assim é, ou seja, se o princípio da precaução está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se imprescindível uma tutela jurisdicional que permita a sua implementação concreta" (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública ambiental: aspectos da tutela jurisdicional de precaução relacionada à questão das mudanças climáticas. *In*: PALMA, Carol Manzoli; SACCOMANO NETO, Francisco; OLIVEIRA, Taísa Cristina Sibinelli de (org.). *Direito ambiental*: efetividade e outros desafios: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Lex Magister, 2012. p. 41-47).

Assim, estando em jogo a saúde das crianças brasileiras, em tempos de grandes incertezas, **afigura-se mandatório que os princípios da prevenção e da precaução sirvam de norte aos tomadores de decisões no âmbito sanitário.** E, neste aspecto, **as orientações e os consensos da Organização Mundial de Saúde – OMS, bem assim as recomendações de outras autoridades médicas nacionais e estrangeiras**, têm destacada importância, **representando** – conforme entendimento jurisprudencial do STF – **diretrizes** aptas a guiar os agentes públicos na difícil tarefa de tomada de decisão diante dos riscos à saúde colocados pela pandemia**, que não poderão ser ignoradas pelos agentes públicos responsáveis quando da elaboração e execução de políticas para o combate à Covid-19, sob pena de configuração de dolo ou, quando menos, de erro grosseiro**.

A propósito vale recordar que o texto constitucional dispõe, acerca da responsabilidade civil do Estado, que "**as pessoas jurídicas de direito público** e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos que seus agentes**, nessa qualidade, **causarem a terceiros**, **assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa**" (art. 37, § 6º, da CF), **isso sem prejuízo de incorrerem em eventuais sanções políticas ou criminais**.

PARECER TÉCNICO DA GGMED DA ANVISA

O Parecer Público de Avaliação de Medicamentos emitido pela Gerência-Geral de Medicamentos e Produtos Biológicos (GGMED), da Anvisa, culminou com o deferimento do pedido de ampliação do uso da vacina *Comirnaty*, na apresentação 130 µg SUS DIL INJ CT 10 FA VD INC X 1,3 ML, por atender aos seguintes textos normativos: Lei 6.360/1976, Decreto 8.077/2013, RDC 413/2020, IN 65/2020 e RDC 415/2020.

Trata-se de uma manifestação conclusiva do órgão estatal responsável, com exclusividade, nos termos da mencionada Lei 9.782/1999, pela aprovação e registro de fármacos no País, sendo, portanto, as suas

manifestações vinculantes, quanto aos aspectos técnicos, para as ações governamentais na área da saúde. Confira-se, abaixo, trecho relevante do Parecer:

> Balanço benefícios x riscos
>
> "Com base na totalidade das evidências científicas disponíveis, incluindo dados de estudos adequados e bem controlados descritos na Seção 7 desta revisão, a vacina Pfizer-BioNTech COVID-19, quando administrada como uma série primária de 2 doses em crianças de 5 a 11 anos de idade, pode ser eficaz na prevenção de doenças graves ou potencialmente fatais ou condições que podem ser causadas pelo SARS-CoV-2. A eficácia da vacina foi inferida por *immunobridging* com base em uma comparação dos títulos de anticorpos neutralizantes de 50% do SARS-CoV-2, um mês após a dose 2 em participantes de 5-11 anos de idade, com aqueles de adultos jovens de 16 a 25 anos de idade, o mais clinicamente relevante subgrupo da população do estudo em que a VE foi demonstrada. Na análise de *immunobridging* planejada, a proporção de GMT dos títulos de anticorpos neutralizantes (crianças para adultos jovens) foi de 1,04% (IC de 95%: 0,93, 1,18) atendendo ao critério de sucesso (limite inferior do IC de 95% para a proporção de GMT> 0,67 e a estimativa pontual ≥1). Em uma análise descritiva de imunogenicidade, as taxas de resposta sorológica entre participantes sem evidência anterior de infecção por SARS-CoV-2 foram observadas em 99,2% por cento das crianças e 99,2% por cento dos adultos jovens, com uma diferença nas taxas de soroconversão de 0 (IC 95% -2,0, 2,2), atendendo aos critérios de sucesso pré-especificados do limite inferior do IC de 95% para a diferença na resposta sorológica maior que -10%, os resultados de imunogenicidade foram consistentes entre os subgrupos demográficos. Análises descritivas de um subconjunto de participantes selecionados aleatoriamente (34 indivíduos vacinados com BNT162b2, 4 tratados com placebo) sem evidência de infecção até 1 mês após a dose 2 demonstraram que uma série primária de 10 μg induziu títulos neutralizantes de PRNT contra a cepa de referência e a variante Delta. Em uma análise de eficácia suplementar, a VE após 7 dias após a Dose 2 foi de 90,7% (IC de 95%: 67,7%, 98,3%); 3 casos de COVID-19 ocorreram em participantes de 5 a 11 anos de idade sem histórico prévio de infecção por SARS-CoV-2, e a maioria ocorreu durante julho-agosto de 2021. Embora com base em um pequeno número de casos e análise descritiva suplementar da VE, os dados fornecem evidências diretas convincentes de benefício clínico, além dos dados de *immunobridging*.
>
> Com base nos dados resumidos do estudo de eficácia e nos benefícios e riscos descritos nessa revisão, os benefícios conhecidos e potenciais da vacina superam os riscos conhecidos e potenciais, quando usada para imunização ativa para prevenir COVID-19 causado por SARS-CoV-2 em indivíduos de 5 a 11 anos de idade. Os benefícios conhecidos e potenciais incluem a redução do risco de COVID-19 sintomático e sequelas graves associadas. Os benefícios potenciais incluem a

> prevenção de COVID- 19 em indivíduos com infecção prévia de SARS-CoV-2, redução da infecção assintomática por SARS-CoV-2 e redução da transmissão de SARS-CoV-2. Os riscos conhecidos e potenciais incluem reações adversas locais e sistêmicas comuns (notadamente reações no local da injeção, fadiga, dor de cabeça, dor muscular, calafrios, febre e dor nas articulações), menos comumente linfadenopatia e reações de hipersensibilidade (por exemplo, erupção cutânea, prurido, urticária, angioedema) e, raramente, anafilaxia e miocardite / pericardite (com base na experiência em indivíduos vacinados com Pfizer-BioNTech COVID-19 com 12 anos de idade ou mais). Os riscos que devem ser avaliados adicionalmente incluem a quantificação da taxa de miocardite/pericardite associada à vacina nessa faixa etária e a vigilância de outras reações adversas que podem se tornar aparentes com o uso mais disseminado da vacina e com maior duração de acompanhamento. Reconhecendo as incertezas atuais sobre benefícios e riscos, uma análise quantitativa usando suposições conservadoras prevê que os benefícios gerais da vacinação superam os riscos em crianças de 5 a 11 anos de idade.
>
> Assim, considerando todas as informações disponíveis até o momento, conclui-se que o benefício-risco é favorável." (Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-divulga-pareceres-completos-sobre-a-vacina-da-pfizer-para-criancas>. Acesso: fev. 2022)

Portanto, com base nas evidências científicas disponíveis, bem assim nos exemplos de outros países, e levando em consideração os riscos associados às doenças para as crianças e também para aqueles que com elas convivem, além do impacto na vacinação no retorno à frequência escolar presencial, a **Anvisa autorizou e recomendou a utilização da Pfizer-BioNTech Covid-19 na imunização das crianças entre 5 e 11 anos**, com as cautelas explicitadas.

Tal diretriz volta-se, inequivocamente, a reduzir a transmissão do Sars-CoV-2 nesta faixa etária e também em todas as demais, além de propiciar a educação presencial das crianças e manter seu bem-estar geral, saúde e segurança.

APOIO DO CONASS E DA CTAI À DECISÃO DA ANVISA

O Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, de sua parte, reforçou a importância da vacinação de crianças de 5 a 11 anos contra a Covid-19, salientando o abaixo transcrito:

> "O Conass (Conselho Nacional de Secretários de Saúde) manifesta apoio à decisão técnica da Anvisa em aprovar a indicação da vacina desenvolvida pela Pfizer/Wyeth para crianças da faixa etária de 5 a 11 anos. Destaca-se que o imunizante já foi aprovado para esta faixa etária pela Agência Europeia de Medicamentos (EMA), pela Agência Americana *Food and Drug Administratio*n (FDA) e pelo governo de Israel.
>
> [...]
>
> É importante destacar o alerta da Organização Mundial da Saúde (OMS), que aponta que o público entre 05 e 14 anos é o mais afetado pela nova onda de Covid-19 na Europa e, apesar do menor risco em relação a outras faixas etárias, nenhuma outra doença imunoprevenível causou tantos óbitos em crianças e adolescentes no Brasil em 2021 como a Covid-19. A pandemia ainda não acabou e a completa vacinação de toda a população brasileira é urgente." (Indicação da vacina desenvolvida pela Pfizer/Wyeth para crianças da faixa etária de 5 a 11 anos. Disponível em: <https://www.conass.org.br/indicacao-da-vacina-desenvolvida-pela-pfizer-wyeth-para-criancas-da-faixa-etaria-de-05-a-11-anos/>.Acesso em: jan. 2022)

Em sentido semelhante, também as entidades que compõem a Câmara Técnica de Assessoramento em Imunização da Covid-19 publicaram a seguinte Nota Pública:

> "Tendo em vista o recente parecer favorável por parte da ANVISA em relação ao pedido de autorização para aplicação da vacina desenvolvida pela fabricante Pfizer na população pediátrica entre 5 e 11 anos de idade no Brasil, a CTAI COVID-19 manifestou-se unanimemente favorável à sua incorporação na campanha nacional de vacinação, em reunião ordinária realizada no dia 17 de dezembro de 2021, alicerçada, ainda, nos fundamentos técnicos destacados abaixo: Fundamentação técnica: A decisão baseia-se nos dados epidemiológicos nacionais e internacionais sobre o impacto da COVID-19 nas diferentes faixas etárias, considerando o risco de infecção, transmissão, e agravamento (hospitalização e morte); dados de ensaios clínicos, sobre imunogenicidade, reatogenicidade, segurança e eficácia das vacinas de diferentes fabricantes na população pediátrica em distintos países do mundo, além de informações sobre a segurança desses imunizantes em larga escala, entre outros. Sobre os dados epidemiológicos nacionais relevantes, destacamos a notificação de síndrome respiratória aguda grave (SRAG) no sistema nacional SIVEP-Gripe, atualizados até o dia 6 de dezembro de 2021, de onde se extrai que 1: – Em 2020, 10.356 crianças entre 0-11 anos foram notificadas com diagnóstico de SRAG por COVID-19, das quais 722 evoluíram para óbito. Em 2021, as notificações se elevaram para 12.921 ocorrências na mesma população, com 727 mortes, totalizando 23.277 casos de SRAG por COVID-19 e 1.449 mortes desde o início da epidemia; – Dentre esses casos, 2.978 ocorreram em crianças de 5-11 anos, com 156 mortes, em 2020. E em 2021,

já foram registrados 3.185 casos nessa faixa etária, com 145 mortes, totalizando 6.163 casos e 301 mortes desde o início da epidemia. 1 Os dados do SIVEP-Gripe são constantemente atualizados e podem sofrer alterações futuras. Além dos casos de SRAG por COVID-19, foram notificados até o dia 27 de novembro de 2021 (SE 47), 2.435 casos suspeitos da SIM-P associada à covid-19 em crianças e adolescentes de zero a 19 anos no território nacional, desses, 1.412 (58%) casos foram confirmados, com 85 óbitos (SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021). Destacamos aqui o fato de que no Brasil, a experiência com os casos de SIM-P mostrou que 64% das crianças/adolescentes acometidos tinham entre 1 e 9 anos de idade (mediana: 5 anos). Entre as crianças hospitalizadas, a necessidade de internação em UTI ocorreu em 44,5% dos casos e a letalidade foi de 6% (cerca de 5 vezes superior à relatada nos Estados Unidos) (RELVAS-BRANDT *et al.*, 2021). Destacamos, também, que as agências regulatórias e de saúde pública do Canadá, Estados Unidos da América, Israel, União Europeia, dentre outras, já aprovaram o uso da vacina pediátrica da Pfizer/BioNTech em sua população, baseadas na eficácia, segurança e cenário epidemiológico local. Diversos outros países da Ásia, África, e América do Sul têm utilizado vacinas de vírus inativado (Sinopharm ou Sinovac/Coronavac) em milhões de crianças menores de 12 anos, a partir de 3 ou 5 anos. Até o momento, os dados disponibilizados apontam para a manutenção da avaliação favorável à vacinação dessas crianças. Nos EUA, até a data de 9 de dezembro, 7.141.428 doses da vacina pediátrica da Pfizer já foram administradas em crianças de 5 a 11 anos (5.126.642 destas como primeira dose e 2.014.786 como segunda dose). A vacina demonstrou um perfil de reatogenicidade adequado, sendo a quase totalidade dos eventos adversos classificados como não sérios (97%), caracterizados basicamente por febre, dor de cabeça, vômitos, fadiga e inapetência. Houve apenas 8 casos de miocardite em mais de 7 milhões de doses administradas (2 casos após a primeira dose e 6 casos após a segunda dose), todos eles classificados como de evolução clínica favorável. Estes dados preliminares mostram, portanto, um risco substancialmente menor deste evento adverso comparado com o risco previamente observado em adolescentes e adultos jovens após a vacinação (VACCINE SAFETY TEAM; CDC COVID-19 VACCINE TASK FORCE, 2021). Ou seja, os benefícios são muito maiores do que os riscos, pilar central de avaliação de qualquer vacina incorporada pelos diversos programas de vacinação, seja no Brasil ou no mundo. Conclusão: Diante do exposto, a CTAI COVID-19 espera que o Ministério da Saúde acate o posicionamento obtido por unanimidade e defina as estratégias para a operacionalização mais adequada da vacinação desse grupo etário, a fim de alcançar a maior cobertura, no menor tempo possível. [...]. Destacamos ainda, que a chegada de uma nova variante como a Ômicron, com maior transmissibilidade, faz das crianças (ainda não vacinadas) um grupo com maior risco de infecção, conforme vem sendo observado em outros países onde houve transmissão comunitária desta variante. Neste contexto epidemiológico, torna-se oportuno e urgente ampliarmos o benefício da vacinação a este grupo etário." (Disponível em: <https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2021/12/Nota-vacinacao-de-criancas.pdf,>. Acesso em: jan. 2022)

RECRUDESCIMENTO DA PANDEMIA

No último dia 20 de janeiro de 2022, noticiou-se que o número de novos casos de Covid-19, em todo mundo, bateu recorde, chegando a 4,2 milhões em 24 horas, de acordo com a plataforma de dados *Our World in Data*, que reúne números globais. A média móvel de óbitos naquele momento estava no mesmo patamar da primeira onda da pandemia, ocorrida em abril de 2020 (apresentando um pico de 7,1 mil), quando o mundo registrava uma média de 87 mil casos por dia. (Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/01/20/mundo-tem-379-milhoes-de-casos-de-covid-e-bate-novo-recorde-diario.ghtml>. Acesso: fev. 2022).

Segundo alertou a OMS no relatório epidemiológico divulgado às vésperas do ano de 2022, o risco sanitário geral relacionado à Ômicron, nova variante do coronavírus, continua bastante elevado, com vantagem de crescimento em relação à variante Delta, precisando apenas de um período de dois a três dias para duplicar-se. (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/12/omicron-deixa-sistemas-de-saude-a-beira-do-colapso-alerta-oms.shtml>. Acesso: jan. 2022).

Tal cenário fez com que diversos países retomassem restrições, suspendessem as festas de final de ano e reforçassem a vacinação. Houve um aumento significativo de novas infecções na América Latina e Caribe, locais em que a pandemia parecia estar relativamente controlada. Os contágios aceleram-se na região, que acumula 47 milhões de infecções e quase 1,6 milhão de mortes. A propagação coincide com o aumento de casos da variante Ômicron no Panamá, Colômbia, Chile, Argentina, Brasil, Paraguai, Venezuela, México, Cuba e Equador. (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/12/omicron-deixa-sistemas-de-saude-a-beira-do-colapso-alerta-oms.shtml>. Acesso: jan. 2022).

No dia 9/2/2022, revelou-se que o Brasil registrou 1.298 mortes por Covid-19 e bateu novo recorde com mais de 184 mil casos conhecidos em 24 horas, totalizando 635.189 óbitos desde o início da pandemia. Com isso, a média móvel de mortes nos últimos 7 dias foi de 873 – a maior registrada em quase 6 meses. Em reportagem do portal G1, constou que, "em comparação à média de 14 dias atrás, a variação foi de +109%, indicando tendência de alta nos óbitos decorrentes da doença." (Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/coronavirus/noticia/2022/02/09/brasil-registra-1295-mortes-por-covid-em-24-horas-pior-marca-desde-julho.ghtml>. Acesso: fev. 2022).

De acordo com números constantes do Boletim do Observatório Covid-19 Fiocruz, também divulgado em 9/2/2022, "a mortalidade por covid-19 no Brasil equivaleu a quatro vezes a média mundial por milhão de habitantes: 2.932 mortes contra 720. O País teve 6,7% dos registros da doença no planeta, mas concentrou

11% das mortes." (Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2022/02/epoca-negocios-covid-19-matou-no-brasil-quatro-vezes-mais-do-que-media-mundial-diz-fiocruz.html>. Acesso: fev. 2022).

Ademais, desde o início da pandemia, 1.148 crianças de 0 a 9 anos morreram de Covid-19 no país, número que, apesar de representar apenas 0,18% dos óbitos pela doença, supera o total de mortes por doenças preveníveis com vacinação ocorridas entre 2006 e 2020 no país. (Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/12/19/covid-matou-mais-criancas-no-pais-que-doencas-imunopreveniveis-em-15-anos.htm>. Acesso em: fev. 2022).

Por isso os especialistas da área asseguram que

> "[...] o processo de avaliação da Anvisa confirma que é seguro imunizar crianças com a vacina da Pfizer e que isso trará enormes benefícios à população – como a redução da transmissibilidade do vírus. Durante o seu voto a favor da aprovação na reunião da Anvisa, o pediatra Renato Kfouri – presidente do departamento de imunizações da SBP (Sociedade Brasileira de Pediatria) e diretor da SBIm (Sociedade Brasileira de Imunizações) – disse que a vacina contra a covid-19 é fundamental para proteger os menores do novo coronavírus. 'A carga da doença não é desprezível, e a mortalidade das crianças nessa faixa etária é elevada. Falo isso não só em número absoluto, mas a mortalidade também é superior a qualquer outra doença com vacina do calendário infantil – e que não hesitamos em recomendar a vacinação nessa mesma faixa etária', afirma. 'Somem-se aí os casos de síndrome inflamatória multissistêmica associada à covid-19, de covid longa, de hospitalizações. Toda a carga da doença não é negligenciável para as crianças'" (Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/12/19/covid-matou-mais-criancas-no-pais-que-doencas-imunopreveniveis-em-15-anos.htm>. Acesso em: fev. 2022).

A prestigiosa Fiocruz, segundo o jornal Folha de São Paulo, considera, também, que "há uma 'janela de oportunidades' para bloquear coronavírus", já que, "em momento em que há muitas pessoas imunes à doença [por causa da explosão de casos], se houver uma alta cobertura vacinal completa, há a possibilidade de, tanto reduzir o número de casos, internações e óbitos, como de bloquear a circulação do vírus" (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2022/02/fiocruz-diz-que-ha-janela-de-oportunidades-para-bloquear-coronavirus.shtml>. Acesso em: fev. 2022).

Como se vê, a moléstia causada pelo novo coronavírus segue infectando e matando pessoas, em ritmo acelerado, inclusive as crianças de tenra idade. Por isso, a prudência – amparada nos princípios da prevenção

e da precaução, que devem reger as decisões em matéria de saúde pública – aconselha que, além das medidas profiláticas excepcionais abrigadas na Lei 13.979/2020, a vacinação, como instrumento eficaz no combate à Covid-19, seja ampliada – sem amarras – para alcançar também, além da população adulta, também os pequenos brasileiros.

Constata-se, assim, que, embora tenha havido um decréscimo relativo de mortes causadas pela Covid-19, a situação, de modo geral, ainda é preocupante, justificando a tomada de medidas enérgicas para debelar a doença, que tem imposto um pesado ônus para a sociedade, sobretudo em termos da perda de preciosas vidas humanas.

DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Embora de desenvolvimento relativamente recente, um dos princípios mais importantes que sustenta a integridade dos direitos fundamentais, em particular dos sociais, corresponde à "**proibição do retrocesso**". Foi positivado, de forma pioneira, no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, promulgada sob a égide da Organização das Nações Unidas, pouco depois do fim da Segunda Guerra Mundial, com a seguinte redação:

> "Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos."

O jurista português Gomes Canotilho, debruçando-se sobre o tema, explica que

> "[...] **o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos** (ex: segurança social, subsídio desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana" (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1988, p. 339-340, grifei).

Aprofundando o raciocínio, aduz que

> "O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial" (*idem*, *loc. cit.*).

Essa é a razão pela qual o Ministro Celso de Mello, consignou, em sede jurisdicional, o seguinte:

> "**O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental**. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um '*facere*' (atuação positiva) gera a inconstitucionalidade por ação.
>
> **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem em ordem a torná-los efetivos, operantes, exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional**. Desse '*non facere*' ou '*non paestare*' resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público (AI 598.212-ED/PR, Rel. Min. Celso de Mello; grifei).

Por isso mesmo não é possível admitir, em meio à terrível pandemia em que nos debatemos, qualquer recuo no tocante à vacinação, já de longa data rotineiramente assegurada pelo Estado a todas as crianças, sejam elas ricas, remediadas ou pobres, para protegê-las contra a hepatite, difteria, tétano, coqueluche, meningite, poliomielite, dentre outras doenças, e agora, de modo especial, contra a Covid-19.

SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Os publicistas de todo o mundo vêm reconhecendo, nos últimos tempos, a crescente importância – para a manutenção da paz e harmonia social – de dois princípios fundamentais, a saber, segurança jurídica e proteção da legítima confiança, desenvolvidos pela doutrina alemã, sobretudo com base na jurisprudência da

Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), a partir de meados do século passado, denominados, respectivamente, de *Reschtssicherheit* e *Vertrauensshutz,* identificando, no primeiro, um aspecto objetivo e, no segundo, uma dimensão subjetiva.

O supra referido Gomes Canotilho explica essa distinção nos seguintes termos:

> "Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que **a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica** – garantia de **estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito** – enquanto a **proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança**, designadamente a **calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos** em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos". (CANOTILHO, Joaquim José Gomes Canotilho, *op cit.*, p. 257).

Ambos são deduzidos da própria ideia de Estado de Direito, o qual, mais do que qualquer outra forma de organização político-jurídica, enseja a autodeterminação das pessoas pela previsibilidade das consequências de suas ações. Isso porque, como pontua Odete Medauar, todas as ações e iniciativas públicas já empreendidas no passado constituem "compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas", impedindo mudanças normativas ou procedimentais abruptas ou radicais cujas "consequências revelam-se chocantes" (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246-247).

Heleno Torres, nesse sentido, reforça "que o Estado está obrigado a garantir a todos a persistência de um ordenamento jurídico com elevado grau de segurança e de confiabilidade permanente" (TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica*: metódica da segurança jurídica no Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22).

Esse é o motivo pelo qual **se exige do Poder Público que aja com lealdade, transparência e boa-fé, sendo-lhe vedado modificar a conduta de forma inesperada, anômala ou contraditória, de maneira a surpreender o administrado ou frustrar as suas legítimas expectativas.**

Tal regra de conduta, válida para as relações entre particulares e também entre estes e o Estado, deriva, mais remotamente, do vetusto brocardo jurídico, hoje alçado à categoria de um princípio universal do Direito,

segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprio*, que, livremente traduzido, significa que "ninguém pode agir contra os seus próprios atos". Tal quer dizer que não pode uma parte, engajada em um negócio jurídico, adotar um comportamento diverso daquele empreendido anteriormente, de modo a tomar de surpresa a outra, induzindo-a ao erro.

Interessantemente, em recentíssima entrevista, o conhecido intelectual conservador estadunidense Francis Fukuyama, da Universidade de Stanford, solicitado a comentar a discussão em torno da vacinação de crianças contra a Covid-19 no Brasil ofertou uma resposta que merece reflexão. Confira-se:

> "É legítima a preocupação dos pais em o Estado usar a emergência sanitária para interferir em decisões que afetam as famílias. Mas a realidade é bem outra e mais sinistra. Cultua-se a desconfiança do conhecimento científico e há a invenção e divulgação de teorias de conspiração sobre agências de vigilância e a indústria farmacêutica" (**'A decadência dos EUA vai aumentar nos próximos anos', diz cientista político Francis Fukuyama**. Época. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/epoca/a-decadencia-dos-eua-vai-aumentar-nos-proximos-anos-diz-cientista-politico-francis-fukuyama-25337453>. Acesso em: jan. 2022.)

Ora, conforme assentei na análise da ACO 3.518-MC/SP, "mudanças abruptas de orientação que têm o condão de interferir nesse planejamento acarretam uma indesejável descontinuidade das políticas públicas de saúde dos entes federados, levando a um lamentável aumento no número de óbitos e de internações hospitalares de doentes infectados pelo novo coronavírus, aprofundando, com isso, o temor e o desalento das pessoas [...]."

Não se mostra admissível, pois, que o Estado, representado pelos Ministérios da Saúde e da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, **agindo em contradição com o pronunciamento da Anvisa, a qual garantiu formalmente a segurança da Vacina Comirnaty (Pfizer/Whyet) para crianças, além de contrariar a legislação de regência e o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, venha, agora, adotar postura que desprestigia o esforço de vacinação contra a Covid-19**, sobretudo porque, com **tal proceder, gerará dúvidas e perplexidades tendentes a impedir que um número considerável de menores sejam beneficiados com a imunização**.

EQUIVOCIDADE DAS NOTAS TÉCNICAS IMPUGNADAS

Na Nota Técnica 2/2022-SECOVID/GAB/SECOVID/MS, elaborada pela Secretaria Extraordinária de Enfrentamento à Covid-19 do Ministério da Saúde, além de relevantíssimas informações concernentes à vacinação de crianças de 5 a 11 anos, encontra-se explicitada **a recomendação** da "inclusão da vacina Comirnaty, **porém de forma não obrigatória**, para esta faixa etária, naqueles que não possuam contraindicações, no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19 (PNO) [...]" (pág. 9 do documento eletrônico 681, grifei).

Por sua vez, da Nota Técnica 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH, produzida pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, apesar da assertiva de que a referida Pasta não seria contrária a qualquer campanha vacinal, consta que a imunização infantil contra a Covid-19 por não ser obrigatória, seria dispensável "**a exigência de apresentação de certificado de vacina pode acarretar em violação de direitos humanos e fundamentais**" (grifei).

Com efeito, a Nota em questão (documento eletrônico 682), logo em seu início, antecipando a conclusão, assinala que:

> "**[...] a apresentação do Certificado Nacional de Vacinação Covid-19 como condição para acesso a direitos humanos e fundamentais pode ferir dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, princípios e diretrizes internacionais das quais o Brasil é signatário** [...]" (grifei).

Prossegue consignando o seguinte:

> "**Medidas de imposição de certificado de vacinação podem vir a colocar os indivíduos em *status* de restrição de diversos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, aos quais ficariam proibidos de exercer** plenamente, tais como liberdade de locomoção (direito de ir e vir), de se reunir pacificamente, de trabalhar em seu emprego ou exercer sua profissão autônoma em muitos casos, **o direito de desfrutar de lazer em determinados locais e o direito à educação**, ao serem impedidos de realizar matrículas em escolas e demais instituições de ensino" (grifei).

E continua assentando que

> "[...] **a exigência de um certificado de vacina nessas circunstâncias pode gerar segregação social, o que, se ocorrer, colocaria as pessoas à margem da cidadania.** Isso deve ser evitado, tendo em vista ser contrário ao espírito da Constituição [...].
>
> Logo, **sendo exigido tal certificado, a cidadania,** tal qual fundamento da República, **poderá restar impraticável, visto que o indivíduo seria destituído de vários de seus direitos fundamentais"** (grifei).

Na sequência destaca que

> "**[m]edidas imperativas de vacinação, tal qual a exigência do certificado de vacina como condição para o exercício a direitos humanos e fundamentais, podem configurar-se em afronta à cidadania e à dignidade da pessoa humana,** distanciando-se do bem comum que almeja como interesse público e **violando os direitos fundamentais erigidos na Constituição e consagrados no Direito Internacional**" (grifei).

Termina registrando o quanto segue:

> "[...] **as medidas imperativas de vacinação como condição para acesso a direitos humanos e fundamentais podem** ferir dispositivos constitucionais, diretrizes internacionais das quais o Brasil é signatário, **contrapor-se fortemente a princípios bioéticos, ferir a dignidade humana e diversos valores constitucionais relacionados ao direito de livre consciência e outras liberdades, pilares da democracia [...].**
>
> **O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, como órgão promotor dos direitos humanos e fundamentais, entende que a exigência de apresentação de certificado de vacina pode acarretar em violação de direitos humanos e fundamentais.**
>
> **Por fim, para todo cidadão** que por ventura se encontrar em situação de violação de direitos, por qualquer motivo, bem como por conta de atos normativos ou outras medidas de autoridades e gestores públicos, ou, ainda, por discriminação em estabelecimentos particulares, **está disponível o canal de denúncias, que pode ser acessado por meio do Disque 100**, com discagem gratuita de telefone fixo ou celular, bem como por *WhatsApp* e aplicativo de mensagens instantâneas, **as denúncias serão encaminhadas para os órgãos competentes, a fim de que os direitos humanos de cada cidadão possam ser protegidos e defendidos**" (grifei).

Como é possível constatar, embora ainda em uma análise preambular, típica das tutelas de urgência, as Notas Técnicas emitidas pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, considerada a ambiguidade com que foram redigidas no tocante à obrigatoriedade da vacinação, podem ferir, dentre outros, os preceitos fundamentais que asseguram o direito à vida e à saúde, além de afrontarem entendimento consolidado pelo Plenário do STF no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF e do ARE 1.267.879/SP.

Com efeito, a mensagem equívoca que transmitem quanto a esse ponto, em meio a uma das maiores crises sanitárias da história do País, acaba por desinformar a população, desestimulando-a de submeter-se à vacinação contra a Covid-19, o que redunda em um aumento do número de infectados, hospitalizados e mortos em razão da temível moléstia.

As referidas Notas Técnicas, ao disseminarem informações matizadas pela dubiedade e ambivalência, no concernente à compulsoriedade da imunização, prestam um desserviço ao esforço de imunização empreendido pelas autoridades sanitárias dos distintos níveis político-administrativos da Federação, contribuindo para a manutenção do ainda baixo índice de comparecimento de crianças e adolescentes aos locais de vacinação, cujo reflexo é o incremento do número de internações de menores em unidades de terapia intensiva – UTIs em 61% em São Paulo (Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/01/4978749-internacao-de-criancas-e-adolescentes-na-uti-por-covid-aumenta-61-em-sao-paulo.html>. Acesso: jan. 2022) e 850% no Rio de Janeiro, quando comparado a dezembro do ano passado. (Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/internacoes-de-criancas-em-utis-aumentaram-quase-10-vezes-no-rj-em-dezembro/>. Acesso: jan. 2022).

Afigura-se ainda mais grave a possibilidade de desvirtuamento do canal de denúncias "Disque 100", que, de acordo com as informações colhidas no sítio eletrônico do Governo Federal, "é um serviço disseminação de informações sobre **direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de violações de direitos humanos**." (Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos>. Acesso: fev. 2022; grifei).

Acresce, ainda, que, de uma leitura mesmo superficial da Nota Técnica do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, percebe-se que a Pasta trata como violação de direitos humanos justamente aquilo que esta Suprema Corte, em data recentíssima, reputou constitucional, a saber: "**a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares**" imposta àqueles que se negam, sem justificativa médica ou cientifica, a tomar o imunizante ou a comprovar que não estão infectadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o avanço ainda incontido da pandemia, mostra-se até intuitivo perceber que o acesso desigual ou aleatório às vacinas estimula o aparecimento de novas variantes do coronavírus, cada vez mais contagiosas, com ocorre com a Ômicron, atualmente predominante.

Ademais, é praticamente unânime a opinião dos epidemiologistas e educadores de que a vacinação da população em geral, particularmente das crianças e adolescentes é essencial para a retomada segura das atividades escolares, sobretudo em escolas públicas situadas nos rincões mais remotos do território nacional, onde não são oferecidas, de forma adequada, aulas *on-line*, seja porque não existem condições técnicas para tanto, seja porque os alunos simplesmente não têm acesso à internet, computadores e *smartphones*.

Havendo respaldo técnico e científico – como se viu acima – , e tendo em conta que a vacinação da população é hoje o principal instrumento de controle da pandemia, levando, comprovadamente, a uma significativa redução das infecções e óbitos, **penso que cabe ao Governo Federal**, além de disponibilizar os imunizantes e incentivar a vacinação em massa, **evitar a adoção de atos, sem embasamento técnico-científico ou destoantes do ordenamento jurídico nacional, que tenham o condão de desestimular a vacinação de adultos e crianças contra a Covid-19**, sobretudo porque o Brasil ainda apresenta uma situação epidemiológica distante do que poderia ser considerada confortável, inclusive em razão do surgimento de novas variantes do vírus.

Por isso, embora ainda em um exame prefacial, forçoso é concluir que decisão mais condizente com gravidade da problemática aqui exposta consiste em determinar ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos que incluam nas Notas Técnicas acima referidas, com a necessária presteza e fidelidade, o entendimento firmado pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF e o ARE 1.267.879/SP, dando à corrigenda a mesma publicidade que conferiram aos atos originalmente divulgados.

Convém, ademais, ordenar ao Governo Federal que se abstenha de utilizar o canal de denúncias "Disque 100" fora de suas finalidades institucionais, deixando de estimular, por meio de atos oficiais, o envio de queixas relacionadas à regular exigência de comprovante de vacinas contra a Covid-19.

PARTE DISPOSITIVA

Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, e considerando, especialmente, a necessidade de esclarecer-se, adequadamente, os agentes públicos e a população brasileira quanto à obrigatoriedade da imunização contra a Covid-19, voto por referendar a medida cautelar pleiteada para determinar ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos que façam constar, tão logo intimados desta decisão, das Nota Técnicas 2/2022-SECOVID/GAB/SECOVID/MS e 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH, a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, no sentido de que (i) "a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento 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", esclarecendo, ainda, que (ii) "tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência", dando ampla publicidade à retificação ora imposta.

Ainda, voto para referendar a determinação ao Governo Federal para que se abstenha de utilizar o canal de denúncias "Disque 100" fora de suas finalidades institucionais, deixando de estimular, por meio de atos oficiais, o envio de queixas relacionadas às restrições de direitos consideradas legítimas por esta Suprema Corte no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF e do ARE 1.267.879/SP.

16 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.230 – DISTRITO FEDERAL

Autonomia constitucional dos partidos políticos para estabelecer a duração dos mandatos de seus dirigentes, respeitado o princípio republicano da alternância do poder, por meio da realização de eleições periódicas em prazo razoável. [**ADI 6.230/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 16-8-2022.]

Inteiro teor do acórdão

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Requerente: Procuradora-Geral da República
Intimado: Presidente da República
Procurador: Advogado-Geral da União
Intimado: Congresso Nacional
Procurador: Advogado-Geral da União
Amicus Curiae: Democratas (DEM Nacional)
Advogado: Fabricio Juliano Mendes Medeiros
Amicus Curiae: Partido Liberal (PL)
Advogado: Marcelo Luiz Avila de Bessa
Amicus Curiae: Movimento Democrático Brasileiro (MDB)
Advogado: Renato Oliveira Ramos
Amicus Curiae: Partido Democrático Trabalhista (PDT)
Advogado: Ian Rodrigues Dias
Amicus Curiae: Partido Socialista Brasileiro (PSB Nacional)
Advogado: Rafael de Alencar Araripe Carneiro

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.831/2019, QUE ALTERA A LEI 9.096/1995. OLIGARQUIZAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS. IDEAL DEMOCRÁTICO. PRINCÍPIO REPUBLICANO. ART. 3º, § 2º. AUTONOMIA ASSEGURADA ÀS AGREMIAÇÕES PARTIDÁRIAS PARA DEFINIR O PRAZO DE DURAÇÃO DOS MANDATOS DOS MEMBROS DOS SEUS ÓRGÃOS PERMANENTES OU PROVISÓRIOS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ALTERNÂNCIA DO PODER. REALIZAÇÃO DE ELEIÇÕES PERIÓDICAS EM PRAZO RAZOÁVEL. ART. 3º, § 3º. PRAZO DE VIGÊNCIA DOS ÓRGÃOS PROVISÓRIOS DOS PARTIDOS POLÍTICOS DE ATÉ 8 (OITO) ANOS. PROVISORIEDADE QUE NÃO SE CONFUNDE COM PERPETUIDADE. PROCEDÊNCIA QUANTO AO PONTO. ART. 55-D. ANISTIA. DEVOLUÇÕES, COBRANÇAS OU TRANSFERÊNCIAS AO TESOURO NACIONAL QUE TENHAM COMO CAUSA AS DOAÇÕES OU CONTRIBUIÇÕES FEITAS EM ANOS ANTERIORES POR SERVIDORES PÚBLICOS QUE EXERÇAM FUNÇÃO OU CARGO PÚBLICO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO, DESDE QUE FILIADOS A PARTIDO POLÍTICO. IMPROCEDÊNCIA QUANTO AO PONTO. MODULAÇÃO DA DECISÃO. PRODUÇÃO DE EFEITOS EXCLUSIVAMENTE A PARTIR DE JANEIRO DE 2023, PRAZO POSTERIOR AO ENCERRAMENTO DO PRESENTE CICLO ELEITORAL, APÓS O QUAL O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL PODERÁ ANALISAR A COMPATIBILIDADE DOS ESTATUTOS COM O PRESENTE ACÓRDÃO.

I – O § 2º do art. 3º da Lei dos Partidos Políticos garante às agremiações autonomia para definir o tempo de mandato dos membros dos órgãos partidários permanentes ou provisórios, estabelecendo norma de competência que pode ser lida, ao menos em tese, no sentido que estes mandatos tenham duração indefinida, sem restrições de nenhuma ordem.
II – O § 3º do art. 3º da Lei dos Partidos Políticos prevê que órgãos provisórios de partidos políticos possam perdurar por até 8 (oito) anos.
III – Vocação dos partidos políticos para a autocracia que não é particularidade da política brasileira contemporânea. Estudos clássicos de Robert Michels e Maurice Duverger que explicam essa paradoxal propensão.
IV – Da tensão entre interesses de eleitores, filiados e dirigentes partidários podem resultar abalos na representação política que afetam a qualidade da democracia e a própria sobrevivência do regime, que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tem o dever de tutelar.
V – Importância de reforçar as tendências democráticas dos partidos políticos, os quais são peças fundamentais para a construção de uma legítima e robusta democracia representativa, amplificando os movimentos políticos que engajam os cidadãos na política.
VI – Ideal democrático que se firma na temporalidade dos mandatos, na renovação. O voto direto, secreto, universal e periódico constitui cláusula pétrea da nossa República (art. 60, § 4º, II, da Constituição).
VII – A periodicidade dos mandatos reforça e garante o princípio republicano, o qual configura "o núcleo essencial da Constituição", a lhe garantir certa identidade e estrutura, estando abrigado no art. 1º da Carta Magna.
VIII – Concessão de interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 3º da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019, para assentar que os partidos políticos podem, no exercício de sua autonomia constitucional, estabelecer a duração dos mandatos de seus dirigentes desde que compatível com o princípio republicano da alternância do poder concretizado por meio da realização de eleições periódicas em prazo razoável.
IX – Inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º, da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019, ao fixar o prazo de duração de até 8 (oito) anos das comissões provisórias. Período durante o qual podem ser realizadas distintas eleições (gerais e municipais), para todos os níveis federativos. O que é provisório não é eterno; o que é temporário, não pode ser permanente; o que é efêmero, não é duradouro.
X – Improcedência do pedido quanto ao art. 55-D da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019.
XI – Modulação para que a decisão, no trecho em que reconhece a inconstitucionalidade da norma, produza efeitos exclusivamente a partir de janeiro de 2023, prazo posterior ao encerramento do presente ciclo eleitoral, após o qual o Tribunal Superior Eleitoral poderá analisar a compatibilidade dos estatutos com o presente acórdão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Bem examinados os autos, constato, inicialmente, a perda parcial de objeto da ação, pela superveniência da Emenda Constitucional – EC 117/2022 após o ajuizamento. Dispõem os artigos impugnados o seguinte:

> "Art. 55-A. Os partidos que não tenham observado a aplicação de recursos prevista no inciso V do *caput* do art. 44 desta Lei nos exercícios anteriores a 2019, e que tenham utilizado esses recursos no financiamento das candidaturas femininas até as eleições de 2018, não poderão ter suas contas rejeitadas ou sofrer qualquer outra penalidade.
>
> Art. 55-B. Os partidos que, nos termos da legislação anterior, ainda possuam saldo em conta bancária específica conforme o disposto no § 5º-A do art. 44 desta Lei poderão utilizá-lo na criação e na manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres até o exercício de 2020, como forma de compensação.
>
> Art. 55-C. A não observância do disposto no inciso V do *caput* do art. 44 desta Lei até o exercício de 2018 não ensejará a desaprovação das contas".

A seu turno, a EC 117/2022 determina que:

> "Art. 2º Aos partidos políticos que não tenham utilizado os recursos destinados aos programas de promoção e difusão da participação política das mulheres ou cujos valores destinados a essa finalidade não tenham sido reconhecidos pela Justiça Eleitoral é assegurada a utilização desses valores nas eleições subsequentes, vedada a condenação pela Justiça Eleitoral nos processos de prestação de contas de exercícios financeiros anteriores que ainda não tenham transitado em julgado até a data de promulgação desta Emenda Constitucional.
>
> Art. 3º Não serão aplicadas sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução de valores, multa ou suspensão do fundo partidário, aos partidos que não preencheram a cota mínima de recursos ou que não destinaram os valores mínimos em razão de sexo e raça em eleições ocorridas antes da promulgação desta Emenda Constitucional".

Corretamente ponderou a PGR que:

> "Como se vê, enquanto o art. 1º da Emenda Constitucional 117/2022 constitucionalizou a política afirmativa em prol da participação política das mulheres (política que, até então, tinha seus

contornos definidos apenas na lei), os arts. 2º e 3º constitucionalizaram a anistia aos partidos políticos que, até a data de promulgação da emenda constitucional, 'não [tinham] utilizado os recursos destinados aos programas de promoção e difusão da participação política das mulheres ou cujos valores destinados a essa finalidade não [tinham] sido reconhecidos pela Justiça Eleitoral'.

Nos mesmos moldes do art. 55-B da Lei 9.096/1995, o art. 2º da EC 117/2022 permitiu utilização desses valores nas eleições subsequentes. Assim como os arts. 55-A e 55-C da Lei 9.096/1995, os arts. 2º e 3º da referida emenda vedaram 'a condenação pela Justiça Eleitoral nos processos de prestação de contas de exercícios financeiros anteriores que ainda não tenham transitado em julgado', isentando os partidos políticos das 'sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução de valores, multa ou suspensão do fundo partidário', em razão do não preenchimento da "cota mínima de recursos ou [da não destinação dos] valores mínimos em razão de sexo e raça em eleições ocorridas antes da promulgação" da Emenda Constitucional 117/2022.

Diante da substancial alteração do parâmetro constitucional, esta ação direta de inconstitucionalidade perdeu, em parte, seu objeto. Os arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 117/2022 trataram do mesmo assunto versado nos arts. 55-A, 55-B e 55-C da Lei 9.096/1995, revogando-os tacitamente. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.691, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 4.4.2003; ADI 2.197, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 2.4.2004; ADI 2.475, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 2.8.2002.

[...]

Ocorre que, no caso dos autos, os arts. 2º e 3º da EC 117/2022 alcançam atos passados. Mais do que isso, alcançam somente os atos passados, uma vez tratar-se de anistia limitada no tempo. O que se quer dizer com isso é que, diferentemente de outros casos, em que uma emenda constitucional altera o parâmetro normativo dali para frente, mas deixa aberta a controvérsia relativamente ao período anterior, os arts. 2º e 3º da EC 117/2022 encerram toda e qualquer controvérsia infraconstitucional acerca da anistia veiculada.

Quis o constituinte derivado inserir, na Constituição Federal, normas excepcionais (e com eficácia temporalmente limitada) para salvaguardar os atos jurídicos de que cuidam os dispositivos impugnados. Daí por que a ação direta de inconstitucionalidade perdeu, nesta parte, seu objeto" (documento eletrônico 52).

Verifico, portanto, que a Emenda Constitucional em questão promoveu uma anistia mais ampla do que aquela constante dos artigos legais supracitados, decorrendo, por isso, a perda parcial de objeto desta ação.

Resta, portanto, pendente de apreciação a alegada inconstitucionalidade dos § 2º e § 3º do art. 3º da Lei dos Partidos Políticos, bem como do art. 55-D do mesmo diploma legal, todos com a redação dada pela Lei 13.831/2019.

Com relação aos mencionados parágrafos, interessante, em primeiro lugar, transcrevê-los:

> "§ 2º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir o prazo de duração dos mandatos dos membros dos seus órgãos partidários permanentes ou provisórios.
>
> § 3º O prazo de vigência dos órgãos provisórios dos partidos políticos poderá ser de até 8 (oito) anos".

Como se vê, o § 2º supratranscrito garante às agremiações autonomia para definir o tempo de mandato dos membros dos órgãos partidários permanentes ou provisórios, estabelecendo norma de competência que pode ser lida, ao menos em tese, no sentido que estes mandatos tenham duração indefinida, sem restrições de nenhuma ordem. Já o § 3º prevê que órgãos provisórios de partidos políticos possam perdurar por até 8 anos.

Ambas as previsões, conforme é evidente, prestigiam enormemente o princípio da autonomia partidária, o qual, robustecido pelas disposições da Emenda Constitucional 97/2017, milita a favor da constitucionalidade de ambos.[216] A esse argumento, somam-se aqueles relativos à personalidade jurídica de direito privado das agremiações.

Especificamente quanto ao § 3º, alega-se, a favor da constitucionalidade, a justificativa prática de que há elevado número de comissões provisórias relevantes na atual cena partidária, as quais estariam sujeitas a caducar se observados os exíguos prazos de vigência regulamentados pelas sucessivas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral – TSE relativas à matéria (Resolução 23.465/2015 e, posteriormente, Resolução 23.571/2018, que previram, respectivamente, os prazos de 120 e 180 dias de validade de tais comissões).

---

216 "Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
[...]
§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária".

Invoca-se, ainda, em defesa do prazo de 8 anos das comissões provisórias, a duração do mandato de Senador da República, sob o argumento de que a Constituição Federal considera, sim, esse lapso temporal como provisório, não se justificando a analogia para com o prazo de duração da Medida Provisória de autoria do Presidente da República.

Em oposição a esses argumentos, a PGR insiste em que os princípios republicano e democrático devem necessariamente informar a organização interna dos partidos, os quais, longe de serem pessoas jurídicas de direito privado quaisquer, consistem em pilares essenciais da democracia brasileira, devendo sua atuação coadunar-se com tais alicerces.

A PGR assevera, ainda, que a despeito de o acesso gratuito a rádio, televisão e financiamento público não transmudar a natureza dos partidos políticos, impõe-lhes a observância, com maior rigor, dos postulados constitucionais supracitados.

Em suma, a autora entende que essa corporação humana que devota sua existência à democracia não pode se organizar internamente de maneira despótica. Assim, se a lei deu aos partidos irrestrita autonomia para definir o prazo de duração dos mandatos dos membros de seus órgãos partidários, sem cominar nenhum tipo de parâmetro razoável, o Judiciário deverá fazê-lo, a fim de que a Lei dos Partidos Políticos possa, nesse aspecto, compatibilizar-se com a Carta Magna. No ponto, o limite sugerido pela PGR é de 4 anos, tal como a generalidade dos mandatos políticos.

Contra o termo máximo de duração das comissões provisórias de 8 anos pesaria, ainda, o fato de que são constituídas por órgão hierarquicamente superior, concentrando desmesuradamente o poder nas oligarquias partidárias reinantes e acentuando a nociva tendência à centralização de poder nas agremiações.

Feita essa recapitulação, observo que a mencionada vocação dos partidos políticos para a autocracia não é particularidade da política brasileira contemporânea. Pelo contrário, os estudos clássicos de Robert Michels e Maurice Duverger dedicam-se a explicar essa paradoxal propensão.

Segundo a obra seminal de Robert Michels, uma série de fatores – tais como a profissionalização dos quadros partidários, a burocratização progressiva dos organismos democráticos, a gratidão das massas, a experiência empírica dos comandantes, a necessidade de estabilidade das organizações, o poder financeiro dos chefes, entre outros – acaba por contribuir para que se confirme constantemente a lei sociológica fundamental dos partidos políticos, segundo a qual a organização consiste numa potência oligárquica inserida na base

democrática, que confere poder quase ilimitado aos eleitos, abafando, assim, o princípio democrático fundamental.[217] Essa tendência à formação de aristocracias partidárias – a "lei férrea da oligarquia" – segundo Michels, tem o potencial de trair o espírito e corromper as democracias.[218]

Crítica similar foi desenvolvida por Maurice Duverger, para quem a direção dos partidos tende à oligarquização, formando-se a classe de chefes de difícil acesso, que acaba por representar um risco à consolidação democrática, haja vista que, para esse pensador, "a democracia não está ameaçada pelo regime dos partidos, mas pelo rumo contemporâneo das suas estruturas internas; o perigo não se acha na própria existência dos partidos, mas na índole militar, religiosa e totalitária que, às vezes, revestem."[219]

Embora os estudos de Michels e Duverger tenham sido objeto de infinitos debates na academia,[220] o fato é que dessa propensão à oligarquização decorrem variadas dificuldades. Algumas são mais singelas, como aquelas relacionadas ao desafio do rejuvenescimento dos quadros; outras, mais graves, implicam crises de representatividade que podem desaguar em severas instabilidades democráticas.

Em nosso País, penso que esse risco é particularmente preocupante devido a outras fragilidades do Estado Democrático de Direito brasileiro, o qual, segundo Guillermo O'Donnell, pode ser melhor descrito como uma democracia delegativa do que representativa.[221] De acordo com tal análise, essa condição peculiar derivaria da incompleta transição do autoritarismo para um sistema plenamente democrático, *i.e.*, dotado de instituições democráticas que constituam importantes pontos decisórios a serem considerados no fluxo do poder político. Para o mencionado pensador, ainda que duradoura, a democracia delegativa não conduz, pelo seu natural desenvolvimento, a uma democracia representativa. Ao contrário, embora pertença ao gênero democrático, a democracia delegativa seria distinta e até mesmo hostil ao fortalecimento de instituições políticas democráticas.[222]

---

217 MICHELS, Robert, *Sociologia dos Partidos Políticos,* trad. Arthur Chaudon. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 238.

218 DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos,* trad. Cristiano Monteiro Oiticica e Gilberto Velho, 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 188.

219 *Ibid*, p. 459.

220 Cf. *v.g.* BRAGA, Maria do Socorro Sousa. Democracia e organização nos partidos políticos: revisitando os microfundamentos de Michels, *Revista de Sociologia e Política 20,* n. 44 (novembro de 2012), p. 83-95, nov. 2012. Acesso: jun. 2022.

221 O´DONNELL, Guillermo, Democracia Delegativa? *Novos Estudos CEBRAP* 31, p. 25-40, out. 1991.

222 *Ibid,* p. 33.

As conclusões de O'Donnell são corroboradas por dados da recente pesquisa Latinobarómetro, que aponta o regime democrático brasileiro como vulnerável no cenário da América Latina, destacando que para 71% dos brasileiros os grupos poderosos governam o País em seu próprio benefício, distribuindo de forma injusta a riqueza, bem como o acesso a educação, justiça e saúde.[223]

Diante de tais dados, Marco Antonio Martin Vargas observa a ausência de excepcionalidade na formação de uma vontade partidária alheia e eventualmente até contraditória com o ponto de vista dos cidadãos, bem como a imperiosidade de aprimoramento de ferramentas da democracia intrapartidária, estimulando-se o elo entre os eleitores e seus representantes para fins de superação da crise de representatividade, fortalecendo-se a democracia e a cidadania.[224]

Tenho que da tensão entre interesses de eleitores, filiados e dirigentes partidários podem resultar abalos na representação política que afetam a qualidade da democracia e a própria sobrevivência do regime, que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tem o dever de tutelar. Considero, portanto, que é preciso reforçar as tendências democráticas dos partidos políticos, os quais são peças fundamentais para a construção de uma legítima e robusta democracia representativa, amplificando os movimentos políticos que engajam os cidadãos na política.

Efetivamente, resgatando a lição clássica de Duverger, não restam dúvidas da essencialidade dos partidos políticos para a democracia, pois eles restituem à noção de representação o seu sentido verdadeiro. Se todo governo é oligárquico por natureza, a elite deve ser composta por pessoas do povo que se destacam por seus méritos políticos, e não por critérios de nascimento, do dinheiro ou da função. Um regime de partidos políticos propicia essa escolha por mérito político. Por isso Duverger conclui que

> "[u]m regime sem partidos é, necessariamente, um regime conservador. Corresponde ao sufrágio censitário, ou traduz um esforço pela paralisia do sufrágio universal, impondo ao povo dirigentes que dele não emanam; está mais longe ainda da democracia que o regime dos partidos. Historicamente, os partidos nasceram quando as massas populares começaram a entrar,

---

223 Latinobarómetro Informe 2021, p. 39-43. Disponível em: www.latinbarómetro.org. Acesso: jun. 2022.

224 VARGAS, Marco Antonio Martin Vargas. *A Crise Democrática na Atividade 'Interna Corporis' dos Partidos Políticos: a voz dos filiados partidários é ouvida?* São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2018, p. 53.

> realmente, na vida política: formaram eles o quadro necessário que lhes permitia recrutar nessas próprias massas as suas próprias elites".[225]

Daí a sabedoria do constituinte brasileiro, que, conforme José Afonso da Silva, explicitou na Constituição, como decorrência do princípio da soberania popular, expresso pela regra de que todo o poder emana do povo, a norma de que a participação do povo no poder pode se concretizar de forma direta ou indireta, caso em que surge um princípio derivado ou secundário: o da representação.[226] Para esse autor, os partidos políticos "constituem modos de realização da democracia representativa".[227]

A partir da atual Constituição, os partidos políticos foram fortalecidos pela assunção da personalidade jurídica de direito privado,[228] pelo estabelecimento da filiação partidária como condição de elegibilidade e pela autonomia que lhes foi conferida e, posteriormente, reforçada pela EC 97/2017. A redação atual do art. 17 da Constituição é a seguinte:

> "DOS PARTIDOS POLÍTICOS
>
> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
>
> I – caráter nacional;
>
> II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
>
> III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;
>
> IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

---

225 DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos,* trad. Cristiano Monteiro Oiticica e Gilberto Velho, 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 458-59.

226 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 133.

227 *Idem. Comentário Contextual à Constituição*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 242.

228 No Brasil, até a promulgação da Constituição de 1988, os partidos políticos, de acordo com a Lei 5.682/71, eram considerados pessoas jurídicas de direito público. Dessa forma, nasciam com a lavratura de seus respectivos registros no TSE, sem a necessidade de inscrição nos modelos da legislação civil. A partir da publicação da Carta atual – no particular inspirada pela Constituição portuguesa de 1976 –, passou-se a reconhecer nos partidos políticos a natureza de pessoas jurídicas de direito privado, o que se extrai de seu art. 17 § 2º, posteriormente acompanhado pelo art. 44, V, do Código Civil." ALVIM, Frederico Franco. *Curso de Direito Eleitoral,* 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 216.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I – obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II – tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

§ 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

§ 6º Os Deputados Federais, os Deputados Estaduais, os Deputados Distritais e os Vereadores que se desligarem do partido pelo qual tenham sido eleitos perderão o mandato, salvo nos casos de anuência do partido ou de outras hipóteses de justa causa estabelecidas em lei, não computada, em qualquer caso, a migração de partido para fins de distribuição de recursos do fundo partidário ou de outros fundos públicos e de acesso gratuito ao rádio e à televisão.

§ 7º Os partidos políticos devem aplicar no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos do fundo partidário na criação e na manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, de acordo com os interesses intrapartidários.

§ 8º O montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e da parcela do fundo partidário destinada a campanhas eleitorais, bem como o tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão a ser distribuído pelos partidos às respectivas candidatas, deverão ser de no mínimo 30% (trinta por cento), proporcional ao número de candidatas, e a distribuição deverá

> ser realizada conforme critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias, considerados a autonomia e o interesse partidário".

A autonomia partidária consiste em direito e garantia fundamental dos partidos políticos.[229] Tal autonomia é limitada pelos princípios que constam da segunda parte do *caput* do art. 17, a saber: "a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana". Estes princípios constituem condicionamentos à liberdade partidária.[230] Assim, para José Afonso da Silva,

> "A ideia que sai do texto constitucional é a de que os partidos hão que se organizar e funcionar em harmonia com o regime democrático e que sua estrutura interna também fica sujeita ao mesmo princípio. A autonomia é conferida na suposição de que cada partido busque, de acordo com suas concepções, realizar uma estrutura interna democrática. Não é compreensível que uma instituição resguarde o regime democrático se internamente não observa o mesmo regime".[231]

Em sentido semelhante, Orides Mezzaroba leciona que a democracia intrapartidária é condição de formação e expressão racional da vontade partidária e base para que o pluralismo político possa ser vivenciado internamente. Segundo ele, a legislação e a jurisprudência constitucionais devem garantir com igual vigor a liberdade de criação, organização e funcionamento dos partidos políticos, de um lado, e a plena realização da democracia intrapartidária, de outro.[232]

Em sede doutrinária, também o Ministro Dias Toffoli enfatizou a importância da democracia interna, ressaltando que sua ausência "em partidos políticos acarreta graves consequências para o regime democrático e representativo, uma vez que impossibilita as agremiações de cumprirem com sua função mediadora, aumentando o abismo entre o Estado e a sociedade".[233]

---

229 ALVES, Mariza Santos Pereira. *A autonomia partidária em face do princípio democrático.* Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro – ILB, 2020, p. 44.

230 DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição,* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 242.

231 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 409.

232 MEZZAROBA, Orides. *Teoria Geral do Direito Partidário e Eleitoral.* Florianópolis: Qualis Editora, 2018, p. 309-10.

233 TOFFOLI, José Antonio Dias. Prefácio em *O Controle Judicial da Autonomia Partidária,* por Rafael Moreira Mota. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 13.

O que se nota, em verdade, é que a democracia intrapartidária vem sendo reconhecida como pilar de uma sociedade democrática, tanto na jurisprudência do STF quanto do TSE.

No julgamento da ADI 5.617/DF, Rel. Min. Edson Fachin, esta Suprema Corte sublinhou que a autonomia partidária não exime o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, bem como da observância ao princípio democrático (art. 1º, II, V e parágrafo único). Observou, ainda, que a imposição de política afirmativa de gênero não tem o condão de tisnar a autonomia partidária, porque sua implementação não retira do partido político o poder de escolha de diretrizes, gestão, direção e condução das atividades e estrutura organizacional – raciocínio que, a meu sentir, se aplica às inteiras ao presente caso.

Outrossim, esta Corte, no julgamento da ADI 5.311/DF, decidiu, conforme o voto vencedor da relatora, Ministra Cármen Lúcia, que:

> "A liberdade na formação dos partidos há de se conformar ao respeito aos princípios democráticos, competindo à Justiça Eleitoral a conferência dos pressupostos constitucionais legitimadores desse processo, sem os quais o partido político, embora tecnicamente criado, não se legitima.
>
> [...]
>
> A digressão sobre as características históricas do sistema representativo ajuda a identificar a necessidade sempre crescente de legitimação do exercício do poder político, sob pena de se fragilizar a democracia.
>
> Nesse sentido, a atuação do legislador conferindo coerência a sistema partidário historicamente frágil, na acepção sociológico-jurídica, e esgarçado pelo distanciamento e pela parca participação cidadã, contribui para a densificação dos princípios constitucionais da democracia representativa.
>
> Partidos não são apenas siglas aglutinadas ou cingidas segundo momentâneas circunstâncias ou pelo querer de alguns que se arvoram, não poucas vezes, em seus donos. A Constituição formula-os como instrumentos depositários de ideologias nacionais, consagradas pelo legítimo exercício do poder político, tendo antes anotado:
>
> > 'Se bastasse ter uma sigla para que se desse por atendida a exigência constitucional e legal ter-se-ia construído ou estar-se-ia a esboçar uma democracia na letra, mas não no espírito do sistema jurídico, e uma Constituição formal, mas não eficaz e eficiente em

> sua materialidade e em sua essência, enfim, não um sistema normativo tendente a se efetivar. [...]
>
> Ter-se-ia desenhado, então, no sistema normativo uma armadilha para o eleitor, pois o que se tem no sistema como democracia representativa partidária não seria nem democracia, nem representativa, nem partidária.
>
> [...]
>
> Assim, os fundamentos e as formas da representação política do povo conformam todos os institutos e as instituições que a tornam efetiva. Daí porque, ao se acolher o sistema de democracia representativa, impondo-se a obrigatória participação dos partidos políticos como instituições destinadas a canalizar as ideias e ideologias que os cidadãos entendam ser realizáveis no espaço da política estatal, todos os institutos que respeitam à formação, conformação e atuação dos partidos políticos e dos seus membros dizem respeito, diretamente, à qualidade e verdade da representação popular.
>
> Todos esses fatores, portanto, têm de ser interpretados e aplicados em estrita consonância com os princípios constitucionais informadores do sistema.
>
> A equação política da fórmula constitucional 'democracia representativa partidária' mantém no centro do sistema de direitos e garantias políticos fundamentais o cidadão e sua qualificação de titular, juntamente com todos os outros, da soberania popular (arts. 1º, incs. I e III, e 14, *caput*, da Constituição brasileira)' (MS n. 26.604, de minha relatoria, Plenário, DJ 3.10.2008).

No regime democrático, incumbe ao Poder estatal, máxime ao Poder Legislativo e, quando provocado, ao Poder Judiciário atuar para conferir densidade às normas constitucionais, garantindo-se a estabilidade das instituições democráticas e o direito do cidadão a se fazer representar legitimamente pelos meios constitucionalmente assegurados.

[...]

Formalizam-se, não raro, agremiações intituladas partidos políticos, e assim são objetivamente, mas sem substrato eleitoral consistente e efetivo, que atuam como subpartidos ou organismos de sustentação de outras pessoas partidárias, somando ou subtraindo votos para se chegar a resultados eleitorais pouco claros ou até mesmo fraudadores da vontade dos eleitores.

Tais legendas habilitam-se a receber parcela do fundo partidário, disputam tempo de televisão, mas não para difundir ideias e programas. Restringem-se a atuar como nomes sob os quais atuam

> em deferência a outros interesses partidários, mas, pior e mais grave, para obter vantagens particulares, em especial para os seus dirigentes.
>
> [...]
>
> O direito à oposição partidária interna, a ser garantido aos filiados como corolário da plena cidadania, há que ser exercido em benefício e segundo o ideário, o fortalecimento e o cumprimento do programa do partido, ainda que circunstancialmente contrária a determinados dirigentes ou pautas.
>
> [...]
>
> A Constituição da República garante a liberdade para a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, a eles assegurando a autonomia. Mas não há liberdade absoluta, como tantas vezes repetido na doutrina e na jurisprudência deste Supremo Tribunal. Também não se tem autonomia sem limitação".

O TSE também já teve oportunidade de afirmar que

> "A autonomia partidária não revela um direito absoluto. Não há direito absoluto. Se os partidos constituem inegáveis instrumentos de concretização da democracia e atores fundamentais no processo de escolha dos representantes para o exercício dos mandatos eletivos, a autonomia partidária não pode ser invocada para justificar uma atuação sem limites e regras quanto à definição de seus órgãos, em detrimento do Estado Democrático de Direito" (Instrução 3, Classe 12, Processo 0000750-72.1995.6.00.0000, Rel. Min. Henrique Neves).

De maneira mais específica em relação a um dos aspectos de que trata esta ADI – duração dos mandatos dos dirigentes partidários – o TSE manifestou-se, com percuciência, no sentido de que "[t]anto a Constituição Federal (art. 17, *caput*) como a Lei nº 9.096/95 (arts. 1º, 2º, 4 e 15, IV) estabelecem regras que obrigam os partidos políticos a respeitar o regime democrático e realizar eleições para a escolha de seus dirigentes, sendo assegurado a todos os filiados iguais direitos e deveres".

Assim, é com toda a razão que Mariza Santos Pereira Alves afirma que os partidos políticos devem observar todas as disposições constitucionais e legais que dão concretude ao princípio democrático, tanto em suas relações internas como externas. Para ela, a garantia da autonomia assegura aos partidos políticos o desempenho, sem interferências ilegítimas, da função de intermediários necessários entre a sociedade civil e os representantes eleitos, sem descurar da já mencionada concretização do princípio democrático, sendo

> "constitucionalmente legítimo esperar que os estatutos partidários tenham regras que estabeleçam eleições livres e periódicas para a escolha de seus dirigentes, que os dirigentes partidários tenham os mandatos limitados a um determinado período de tempo e que haja alternância de poder dentro das agremiações, pois essas são as regras que regem as eleições e o exercício dos mandatos eletivos nos poderes Legislativo e Executivo da República Federativa do Brasil".[234]

O ideal democrático firma-se na temporalidade dos mandatos, na renovação. Não é por acaso que o voto direto, secreto, universal e periódico constitui cláusula pétrea da nossa República (art. 60, § 4º, II, da Constituição).

Sob o ângulo do princípio democrático, parece-me inelutável que o § 2º do art. 3º da Lei impugnada necessita passar pelo filtro da Constituição Federal.

Para além do princípio democrático, outro prisma adequado para analisar a questão posta nos autos é por meio das lentes do princípio republicano, o qual configura "o núcleo essencial da Constituição",[235] a lhe garantir certa identidade e estrutura, estando abrigado no art. 1º da Carta Magna.

Em trecho que se amolda com perfeição à questão posta nos autos, Geraldo Ataliba ensina que "todos os mandamentos que cuidam da mecânica de '*check and balances*', que tratam da **periodicidade**, da representatividade, das responsabilidades dos mandatários e do relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico".[236]

Segundo já tive oportunidade de afirmar em sede doutrinária,

> "[...] A ideia moderna de república, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia francesa em 1789, encontra-se indissoluvelmente ligada à concepção de que os indivíduos são titulares de direitos em face do Estado, em especial à vida,

---

234 ALVES, Mariza Santos Pereira. *A autonomia partidária em face do princípio democrático.* Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro – ILB, 2020, p. 55.

235 CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1992, p. 349.

236 ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília e. 21 n. 84 out./dez. 1984. p. 98, grifei.

> à liberdade, à propriedade e à participação política. [...] Mais tarde, com a Revolução Industrial e as lutas operárias desencadeadas em seu bojo, surgiram os chamados 'direitos sociais' [...], além de uma nova geração de direitos, desenvolvidos em meados do século passado, no contexto de um mundo globalizado, aos quais se denominou de 'direitos de solidariedade ou fraternidade' com destaque para a proteção do meio ambiente. Essas considerações, porém, não arredam a questão básica, sempre recorrente na teoria política, relativa à *political obligation*, quer dizer, aos deveres dos cidadãos em face do Estado e da sociedade. Com efeito, se as pessoas numa república são titulares de direitos, hão de ter também, em contrapartida, obrigações para com a comunidade, como ocorria em Roma antiga ou, mais recentemente, na Alemanha, sob a Constituição de Weimar, que enunciava um rol de deveres fundamentais. Mas ainda que hoje os textos constitucionais, como regra, não façam menção a obrigações, e possível deduzi-las a partir da multisecular tradição republicana, a exemplo do dever de tolerância, de solidariedade, de respeitar os outros, de superar o egoísmo pessoal, de defender a liberdade, de observar os direitos das pessoas e de servir o bem comum".[237]

Trago à baila esta reflexão para fundamentar o meu voto por entender que o princípio republicano não só constitui um "mandamento de otimização", ou seja, um preceito que determina "que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes",[238] como também, um complexo axiológico-normativo situado no ápice de nossa hierarquia constitucional, a ser expandido em sua extensão máxima.

Os partidos políticos devem, por serem instituições republicanas, contribuir para a deliberação e para o fortalecimento democráticos. Por isso, é grave o risco de crise de representatividade e de perda do assentimento do povo àqueles que o representam.

Pois bem.

Diante de toda a fundamentação até aqui exposta, constato a que o art. 3º, § 2º, da nova redação da Lei dos Partidos Políticos, ao assegurar às agremiações partidárias autonomia para definir o prazo de duração dos mandatos dos membros dos seus órgãos partidários permanentes ou provisórios, poderá, conforme

---

237 LEWANDOWSKI, Enrique. Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, v. 100, 2005, p. 506.526.

238 ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002. p. 86.

sustentado pela PGR e pelos *amici curiae*, ser interpretado de forma contrária à Constituição, como se tal norma de competência autorizasse a perpetuação dos mandatos das lideranças partidárias. Como já expus, os princípios democrático e republicano não autorizam tal leitura enviesada da norma, que tenho por prudente esclarecer.

Em outras palavras, verifico que a norma apresenta mais de um significado, havendo, portanto, o denominado "espaço de decisão (= espaço de interpretação)".[239] A utilização de regra interpretativa da "interpretação conforme" possibilita a manutenção no ordenamento jurídico da espécie normativa editada, desde que guarde valor interpretativo compatível com o texto constitucional (ADI 1.344/ES, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 3046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 3.368-9/DF, Rel. Min. Eros Grau; ADI 5971/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes). Na hipótese tratada na presente ADI, a interpretação correta da norma é no sentido de que os partidos políticos podem, no exercício de sua autonomia constitucional, estabelecer a duração dos mandatos de seus dirigentes desde que compatível com o princípio republicano da alternância do poder concretizado por meio da realização de eleições periódicas em prazo razoável.

Resposta mais tormentosa diz respeito à possível inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º, do mesmo diploma legal, ao prever que o prazo de vigência dos órgãos provisórios dos partidos políticos poderá ser de até 8 (oito) anos.

Observo, porém, que a questão não é nova nesta Corte.

No julgamento da ADI 5.617/DF, pude participar do seguinte debate, que auxiliou na formação de meu convencimento neste caso:

> "O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...]
>
> Nós sabemos – Vossa Excelência sabe muito bem – que nós não temos, até agora, diretórios constituídos na maioria dos partidos, os diretórios definitivos. Tanto é que partidos tradicionalíssimos que estão no poder há muitos anos – em alguns Estados já, talvez, há mais de uma ou duas décadas – e que só têm diretórios provisórios.
>
> O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – Comissões provisórias.

---

[239] JJ. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 230.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – As chamadas comissões provisórias. **A comissão provisória é um exemplo, todos sabem, de um partido que se carrega na pasta. A partir daí, não há militância, não há atividade geral.** E, sem militância, Presidente, não se tem candidato viável. Por isso, essa seleção que se faz *ad hod* em momentos específicos.

[...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nós fizemos, no TSE, uma exigência, em resolução, para que gradativamente se atingisse os diretórios em caráter definitivo. A resposta veio na emenda constitucional – que agora foi objeto até ajuizamento de uma ADI pela Procuradora-Geral – tornando definitivas as chamadas comissões provisórias. Então, nós temos aqui realidades às quais precisamos prestar a devida atenção.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – **Pois é, mas uma emenda constitucional dessa, que eterniza as comissões provisórias, não estaria ofendendo o art. 17, o princípio democrático que não é só externo, como interno?**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Esse é o debate que a Procuradora-Geral colocou. E nós já havíamos suscitado esse debate, inclusive, no Tribunal Superior Eleitoral – precisamos apreciar, nem sei quem é o relator desse processo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Ou seja, Ministro Gilmar, Vossa Excelência está levantando um ponto, parece-me absolutamente essencial. **A decisão que nós estamos tomando hoje – já temos maioria de votos nesse sentido –, na verdade é uma decisão necessária, mas não suficiente para resolver o problema da deficiência da participação da mulher no plano da política. Vossa Excelência está levantando um problema extremamente sério e diria até grave que vivemos no Brasil que é a falta de autenticidade dos partidos políticos; a falta de diretórios generalizada significa exatamente que essas agremiações políticas não atraem os quadros necessários, nem ao menos para se estruturar internamente.**

[...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Então, precisamos olhar nessa perspectiva, porque, **sem a participação na vida partidária, continuaremos a ter candidatos designados fora da convenção. Veja, toda hora há notícias de intervenção nos diretórios, modelo extremamente autoritário.**

[...]

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – E o que aconteceu? Os partidos começaram a registrar seus estatutos no TSE e, invariavelmente, o que o TSE fez e faz? Agora, recentemente,

> começou a mudar – Vossa Excelência estava lá quando eu propus isso –, nós passamos a ter que olhar se o estatuto do partido está cumprindo os princípios colocados na cabeça do art. 17. E glosar os dispositivos que os partidos apresentem que não estão de acordo com o que está no art. 17 da Constituição Federal. O que se fazia antes? Olha, o estado interveio nos partidos políticos e, então, isso passou a gerar as dificuldades de liberdade democrática dentro deles. Então, vamos torná-los pessoas jurídicas de direito privado, com ampla liberdade. O TSE apenas e tão somente contava assinaturas. Era, historicamente, um cartório de contar assinaturas. Isso mudou e tem que mudar mesmo. Nós temos que analisar todas as cláusulas e verificar se as cláusulas estão respeitando as garantias individuais, se estão respeitando a participação feminina. E veja, Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência, em sua manifestação, foi um tanto quanto cético em relação ao sucesso de uma eventual maior participação feminina diante dessa situação, que é a realidade, triste realidade dos partidos políticos que temos em nosso País. Mas é fato que aqueles partidos que, em seus estatutos, colocaram um mínimo de participação de mulheres, em seus órgãos de direção, e, antes da lei, já exigiam a participação feminina de 30% nas candidaturas, são os partidos que, inegavelmente, hoje, no Parlamento, têm o maior número de representação feminina, porque abriram espaços internos para a participação das mulheres. Isso é um processo histórico, não é um processo de mágica. É um processo que vai exatamente numa mudança cultural, como já foi dito aqui. [...]. Nós temos que ir além de contar assinatura e verificar se os princípios da República brasileira, da soberania, da democracia estão inseridos nos estatutos do partido. [...] Tanto é que, como Vossa Excelência disse, não houve mais partidos criados a partir daí. **Porque nós temos que sindicar essas cláusulas. Isso não é intervenção na autonomia dos partidos. Por quê? Porque isso está autorizado pela Constituição, pelo art. 17. Expressamente autorizado.** Os partidos têm que respeitar aqueles princípios que estão ali elencados" (grifei).

Conforme expressei na ocasião, considero grave a ausência de diretórios eleitos, bem como sua substituição por comissões provisórias.

Em termos práticos, tais comissões consistem em órgãos de direção temporária atuantes numa determinada circunscrição, que servem ao propósito de organização dos partidos políticos em seus diversos níveis de atuação, seja para expandir o alcance partidário para circunscrições não contempladas quando de sua criação, ou para permitir a reorganização da presença partidária naquelas cujo diretório fora dissolvido.

Dada sua temporariedade, como o próprio nome indica, as comissões provisórias normalmente são compostas por pessoas indicadas pela direção do partido, por vezes mediante sucessivas e intermináveis reconduções, e não eleitas por seus pares. Sua permanência no tempo produz o efeito prático de minar a democracia

interna. Em última análise, como já expliquei acima, acarreta a falta de autenticidade dos partidos políticos, tudo isso com sérios reflexos na legitimidade do nosso sistema político.

A autonomia partidária foi concedida aos partidos políticos com a intenção de fortalecer o regime democrático e o princípio republicano, não de enfraquecê-los. E aqui se coloca a problemática das comissões provisórias que se perpetuam. O que é provisório não é eterno; o que é temporário, não pode ser permanente; o que é efêmero, não é duradouro. As palavras têm significado, e o intérprete constitucional não pode ignorar o léxico.

Nem mesmo durante o período autoritário que vivenciamos após 1965, com restrição ao livre exercício dos direitos políticos, suprimiu-se o direito dos filiados de eleger seus diretórios – o que, na prática, acontece hoje, devido à perpetuação de comissões provisórias cujos membros são indicados por órgãos partidários superiores. Nem o regramento da Lei 4.740/1965 nem o da Lei 5.681/1971 admitiam a supressão da democracia intrapartidária no processo de escolha dos dirigentes.

Na legislação atual, o art. 8º, § 3º, da Lei 9.096/1995 prevê que feito o requerimento do registro de partido político, dirigido ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede, e adquirida a personalidade jurídica, cabe ao partido realizar "os atos necessários para a **constituição definitiva** de seus órgãos e designação dos dirigentes, na forma do seu estatuto" (grifei). De outra parte, o art. 15 do mesmo diploma legal dispõe que o Estatuto do partido deve conter normas sobre "modo como se organiza e administra, com a definição de sua estrutura geral e **identificação, composição e competências dos órgãos partidários nos níveis municipal, estadual e nacional, duração dos mandatos e processo de eleição dos seus membros"** (grifei).

Assim, não só a Constituição é clara ao determinar que a autonomia partidária condiciona-se ao respeito ao postulado da democracia. Também a Lei dos Partidos Políticos estabelece a necessidade de constituição definitiva dos órgãos partidários e, ao mencionar a duração dos mandatos dos integrantes dos órgãos partidários de todos os níveis – municipal, estadual e nacional – conduz o intérprete à conclusão de que o poder não pode ser exercido por tempo indeterminado ou excessivo, sendo imprescindível a apuração democrática da vontade dos filiados. Estes, por sinal, têm iguais direitos e deveres, nos termos do art. 4º da Lei 9.096/1995, e a legitimidade das agremiações, que exercem a intermediação entre o detentor do poder soberano (o povo) e seus representantes temporários, e que recebem inúmeros subsídios públicos para o bom exercício dessa mediação, depende da observância do princípio da isonomia e do princípio democrático.

Assim, observado prazo razoável de provisoriedade, as greis terão plena autonomia para regular como, quando e de que forma as eleições serão realizadas, como são compostas as comissões provisórias, como se dará sua atuação, tudo no mais pleno exercício da autonomia partidária.

Dessa forma, tenho por premissa que padece de inconstitucionalidade a legislação que pretenda distorcer o significado claro de "provisoriedade". E é assim que vejo a fixação do prazo de duração de até 8 anos das comissões provisórias, pois em tal período podem ser realizadas distintas eleições, para todos os níveis federativos.

Assim, evidente a inconstitucionalidade da norma aqui impugnada, que produz reflexos da maior gravidade em todas as searas de atuação da agremiação, inclusive na participação feminina na política, uma vez que a direção partidária tem papel de extrema relevância na confecção das chapas e mesmo na apuração de denúncias de violência de gênero, podendo cristalizar ou, pelo contrário, erradicar "políticas de lei do silêncio".[240]

Acrescento, ainda, pertinente observação do Ministro Henrique Neves na votação, perante o TSE, da Instrução nº 3 (750-72.1995.6.00.0000)/DF, *verbis*:

> "De igual forma, não se desconhece a possibilidade de a outorga da titularidade das comissões provisórias ser utilizada com meio de barganha. A história brasileira demonstra que em muitas situações, determinadas lideranças políticas são atraídas para o âmbito partidário, mediante promessa de entrega do controle da agremiação em determinada circunscrição, sem maior preocupação com os direitos dos filiados.
>
> Essa prática, por sua vez, resulta no próprio comprometimento da normalidade e legitimidade das eleições, pois a escolha dos candidatos, em determinadas situações, não reflete exatamente a vontade dos filiados do partido político, mas apenas a preferência pessoal daqueles que o comandam".

Enfim, não se pode conceber que partidos políticos sejam enclaves cujos filiados devem se conformar a ser regidos pela vontade soberana de seus dirigentes, sem remédio que não o abandono da grei partidária. A

---

[240] FREIDENBERG, Flavia. GILAS, Karolina Mónika. "¿Normas Poco Exigentes? Los Niveles de Exigencia Normativa de Las Leyes Contra La Violencia Política En Razón de Género En América Latina." *Política y Sociedad,* vol. 59, no. 1, Mar. 2022, p. e77802. DOI.org (Crossref), https://doi.org/10.5209/poso.77802.

propósito, como bem ponderou a Ministra Rosa Weber quando do julgamento da ADI 5.311/MC, descabe "confundir autonomia com liberdade irrestrita ou imunidade à imposição de parâmetros legais mínimos, sob pena, nessa hipótese, de afronta aos princípios constitucionais informadores do modelo partidário brasileiro".

Penso, ainda, ter razão o Ministro Dias Toffoli – citado no diálogo supratranscrito, travado na ADI 5.617/DF – ao sugerir que as cláusulas dos estatutos dos partidos políticos sejam sindicadas pelo TSE para que se verifique, caso a caso, a compatibilidade dos prazos de duração dos mandatos dos dirigentes partidários e das comissões provisórias, sem definição apriorística do prazo por parte desta Suprema Corte.

Embora a baliza proposta pela PGR – de 120 dias – seja plausível, porquanto correspondente ao prazo máximo de duração de medida que leva o título de provisória em seu nome, considero que ao estabelecer um único prazo, aplicável indistintamente a todas as agremiações e em todos os cenários, estaria agindo este Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, o que não seria recomendado.

Cabe, portanto, aos partidos políticos adaptar seus estatutos partidários para atender aos ditames constitucionais, os quais serão posteriormente escrutinados pelo TSE. Assim, a solução ora proposta reconhece o fato de que os partidos políticos, que possuem personalidade jurídica de direito privado, devem, nos termos do mesmo dispositivo da Constituição (§ 2º do art. 17 da Constituição), registrar "seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral", cabendo-lhes, ainda, atender às exigências do regime democrático.

A este respeito, bem pontuou o Ministro Sepúlveda Pertence ao relatar, no TSE, o Recurso Especial Eleitoral 9.467/RS:

> "Não obstante, porque os partidos não são apenas titulares de direitos subjetivos, mas por imposição da natureza de suas prerrogativas, são, também e simultaneamente, órgãos de função pública no processo eleitoral, ao mesmo passo em que a liberdade e a autonomia constituem os princípios reitores de sua organização e de sua vida interna, é imperativo que se submetam ao controle da Justiça Eleitoral, na extensão em que o determine a lei, sobre a existência e a validade dos atos de sua vida de relação, cuja eficácia invertem no desenvolvimento do processo das eleições.
>
> Sob esse prisma é que se legitima a exigência de registro nos Tribunais Eleitorais da composição de órgãos dirigentes dos partidos políticos: o registro e sua publicidade visam primacialmente a propiciar à Justiça Eleitoral e a terceiros interessados a verificação da imputabilidade a cada

> partido dos atos de repercussão externa que, em seu nome, pratiquem os que se pretendam órgãos de manifestação da vontade partidária".

Em conclusão, reconheço a inconstitucionalidade do § 3º do art. 3º da Lei dos Partidos Políticos, na redação dada pela Lei 13.831/2019, estabelecendo caber à Justiça Eleitoral a análise, seja na apreciação do registro dos estatutos, seja quando trazida a questão em casos concretos, da constitucionalidade e legalidade do prazo de vigência dos órgãos provisórios dos partidos políticos.

Finalmente, a controvérsia relativa à constitucionalidade do art. 55-D da Lei 13.831/2019 foi recentemente apreciada pelo Tribunal Superior Eleitoral no REspEl 0600003-52.2019.6.21.0128, Rel. Min. Edson Fachin, que, com percuciência, assim se manifestou:

> "O mencionado art. 55-D, introduzido pela Lei nº 13.831/2019, dispõe sobre a concessão de anistia às cobranças, devoluções ou transferências ao Tesouro Nacional que tenham como causa as doações ou contribuições feitas em anos anteriores por servidores públicos que exerçam função ou cargo público de livre nomeação e exoneração, desde que filiados a partido político.
>
> No caso, o juízo eleitoral declarara, de ofício, a inconstitucionalidade incidental do indigitado dispositivo, entendimento que foi mantido na decisão da Corte regional, cujo supedâneo foi a própria jurisprudência que reconhece a incompatibilidade material da norma com a Constituição Federal sob o viés de que, para a concessão do benefício, seria necessário prévio estudo do impacto financeiro e orçamentário, consoante exigência do art. 113 do ADCT.
>
> [...]
>
> A questão em debate, portanto, consiste na análise jurídica da conformidade ou desconformidade do art. 55-D da Lei dos Partidos Políticos com a Constituição Federal, cingida à análise da necessidade de prévio estudo do impacto financeiro e orçamentário, previsto no art. 113 do ADCT, na ocasião da elaboração da norma introduzida pela Lei nº 13.488/2017, matéria devolvida à análise desta Corte Superior em sede da cognoscibilidade restrita do recurso especial.
>
> O art. 113 do ADCT foi incluído pela EC nº 95/2016, que instituiu o novo regime fiscal e ficou comumente conhecida como Emenda do Teto de Gastos.
>
> Esse dispositivo elevou a *status* constitucional regramentos que já constavam na Lei de Responsabilidade Fiscal acerca de necessidade de estimativa prévia das implicações financeiras e orçamentárias decorrentes de concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios fiscais, bem como de aumento de despesas (arts. 14 e 16 da Lei Complementar nº 101/2000).

A Emenda do Teto de Gastos foi promulgada em meio a um contexto de profunda recessão econômica e instabilidade fiscal, em que o Governo Federal buscava a adoção de medidas prementes de contenção dos gastos primários e de manutenção e incremento das receitas arrecadadas a fim de alcançar o equilíbrio das contas públicas e retomar o crescimento econômico do país.

Esse cenário econômico consubstanciou razão de relevância para a proposta da emenda constitucional que tramitava no Congresso Nacional, consoante registrado na Exposição de Motivos Interministerial (EMI nº 83/2016) a ela anexada, confira-se:

1. Temos a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência Proposta de Emenda à Constituição que visa criar o Novo Regime fiscal no âmbito da União. Esse instrumento visa reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que nos últimos anos foi colocado o Governo Federal.

2. Faz-se necessária mudança de rumos nas contas públicas, para que o País consiga, com a maior brevidade possível, restabelecer a confiança na sustentabilidade dos gastos e da dívida pública. É importante destacar que, dado o quadro de agudo desequilíbrio fiscal que se desenvolveu nos últimos anos, esse instrumento é essencial para recolocar a economia em trajetória de crescimento, com geração de renda e empregos. Corrigir o desequilíbrio das contas públicas é condição necessária para retirar a economia brasileira da situação crítica que Vossa Excelência recebeu ao assumir a Presidência da República.

[...]

Note-se que, entre as consequências desse desarranjo fiscal, destacam-se os elevados prêmios de risco, a perda de confiança dos agentes econômicos e as altas taxas de juros, que, por sua vez, deprimem os investimentos e comprometeram a capacidade de crescimento e geração de empregos da economia. Dessa forma, ações para dar sustentabilidade às despesas públicas não são um fim em si mesmas, mas o único caminho para a recuperação da confiança, que se traduzirá na volta do crescimento.

[...]

18. Tal limitação levanta importante questão a respeito do Novo Regime Fiscal. Ele não é um instrumento que resolverá todos os problemas das finanças públicas federais. As regras aqui propostas só funcionarão se forem bem utilizadas por um governo imbuído de responsabilidade fiscal. A experiência do passado recente mostra que não há regra de conduta fiscal que seja blindada contra intenções distorcidas, mas o desenho institucional desta PEC dificultará no período de sua vigência o aumento da despesa primária do governo central.

Depreende-se que a emenda à Constituição da República visou amparar a gestão financeira de ente federado, notadamente do Governo Federal, de sorte que se haure a compreensão de que as limitações impostas nos processos legislativos de criação de despesa e de renúncia de receitas relacionam-se a orçamento público, gastos e receitas de caráter fiscal da Administração Pública.

Ao definir o conceito de tributo, Paulsen leciona:

> 'Cuida-se de prestação em dinheiro exigida compulsoriamente, pelos entes políticos ou por outras pessoas jurídicas de direito público, de pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem promessa de devolução, forte na ocorrência de situação estabelecida por lei que revele sua capacidade contributiva ou que consubstancie atividade estatal a elas diretamente relacionada, com vista a obtenção de recursos para o financiamento geral do Estado, para o financiamento de fins específicos realizados e promovidos pelo próprio Estado ou por terceiros em prol do interesse público.' (PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário completo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Grifo nosso)

Nessa ordem de ideias, infere-se que o art. 55-D da Lei dos Partidos Políticos refoge do campo de abrangência do comando plasmado no art. 113 do ADCT, notadamente porque a pecúnia a ser anistiada não ostenta caráter de tributo.

Deveras, no caso, as sanções pecuniárias decorrentes de desaprovação de contas partidárias em que se reconheceu a realização de doação de recursos provenientes de fontes vedadas têm finalidade precípua de reprimir condutas contrárias à lei e não de arrecadar recursos para compor o orçamento público e fazer frente aos gastos da Administração Pública, como sói ocorrer na instituição de tributos.

Reforça o entendimento pela natureza não tributária das penalidades pecuniárias eleitorais, o enunciado da Súmula nº 56/TSE, que preconiza: a multa eleitoral constitui dívida ativa de natureza não tributária, submetendo-se ao prazo prescricional de 10 (dez) anos, nos moldes do art. 205 do Código Civil.

Pontue-se que as penalidades legais que decorrem de decisão de desaprovação de contas são: (i) a devolução da quantia apontada como irregular e (ii) a cominação de multa no montante de até 20% da irregularidade, nos termos dos arts. 37 da Lei nº 9.096/1995 e 49 da Res. TSE nº 23.464/2015, a ser aplicada mediante descontos nos futuros repasses de cotas do Fundo Partidário (art. 37, § 3º, da Lei dos Partidos Políticos).

No que tange à multa, no montante de até 20%, acrescida à devolução de recursos irregulares, observa-se que, ainda que em um primeiro momento seja repassada ao Tesouro Nacional, o destinatário final previsto em lei é o Fundo Partidário e, consequentemente, as agremiações políticas, nos termos dos arts. 38, I, e 40, § 2º, da Lei dos Partidos Políticos, a seguir transcritos:

> 'Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:
>
> I – multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;
>
> [...]
>
> Art. 40. A previsão orçamentária de recursos para o Fundo Partidário deve ser consignada, no Anexo do Poder Judiciário, ao Tribunal Superior Eleitoral.
>
> § 1º O Tesouro Nacional depositará, mensalmente, os duodécimos no Banco do Brasil, em conta especial à disposição do Tribunal Superior Eleitoral.
>
> § 2º Na mesma conta especial serão depositadas as quantias arrecadadas pela aplicação de multas e outras penalidades pecuniárias, previstas na Legislação Eleitoral.'

Nesse ponto, evidencia-se a inaplicabilidade do art. 113 do ADCT, visto que recurso financeiro decorrente de multa eleitoral não comporá o orçamento público, mas fundo de assistência financeira às greis políticas, pessoas jurídicas de natureza privada, de modo que as proposições legislativas que o renunciem prescindem de prévia estimativa acerca de impacto financeiro e orçamentário.

Por outro lado, quanto à devolução dos recursos oriundos de fonte vedada, a Res. TSE nº 23.464/2015, ao regulamentar a Lei dos Partidos Políticos, dispôs que os recursos dessa natureza não podem ser utilizados pela agremiação partidária, devendo ser devolvidos ao doador quando identificado, consoante se extrai do art. 11, § 5º, da aludida resolução.

Esse entendimento também é perfilhado pela jurisprudência desta Corte, confiram-se:

[...]

Desse modo, norteando-se pela mesma racionalidade anteriormente exposta, afigura-se inaplicável a exigência descrita no multicitado dispositivo constitucional transitório, visto que a devolução da verba irregular à origem pelo donatário, sem que se destine ao Tesouro

Nacional, denota que o valor não integra o orçamento público, objeto de proteção do art. 113 da Constituição Federal.

Todavia, outra situação jurídica se descortina quando o doador originário não pode ser identificado, caso em que se verifica o repasse do valor dos recursos tidos por irregulares ao Tesouro Nacional (art. 14, *caput* e § 1º, da Res. TSE nº 23.464/2015), mas, ainda nesse particular, não se revela desconformidade da norma disposta no art. 55-D com parâmetro constitucional.

Isso porque, consoante exposto alhures, a quantia transferida aos cofres públicos não possui cariz tributária, ou seja, não foi ontologicamente criada para compor o orçamento público e se destinar à gestão de gastos da Administração Pública, mas ostenta natureza de reprimenda judicial à prática de irregularidade atinente ao recebimento de recursos pelos partidos políticos.

Nesse pormenor, haure-se a distinção entre a penalidade judicial de caráter pecuniário e a verba pública fiscal protegida pelo comando constitucional em comento, constante no ato das disposições constitucionais transitórias.

Diverso também é o critério de previsibilidade entre esses dois tipos de recursos financeiros: a penalidade pecuniária, como consequência de decisão judicial punitiva, tem caráter eventual e, sendo o caso, passa a integrar receita não recorrente da Administração Pública, já as receitas fiscais são ordinariamente criadas para cobrir as despesas públicas e são regidas pela garantia da anterioridade tributária, tanto a de exercício financeiro (art. 150, III, b, da CF) quanto a nonagesimal (art. 150, III, c, da CF).

Certo é que, ainda que a regra da anterioridade tributária vise pôr a salvo o contribuinte da surpresa da instituição ou majoração de tributos, a faceta oposta dessa proteção é a possibilidade de conhecimento pelo ente público do aporte de créditos futuros nos cofres públicos.

A anterioridade de exercício financeiro descrita no art. 150, III, b, da CF denota, aliás, que a previsibilidade de crédito tributário possibilita melhor gestão financeira pela Administração Pública dos recursos já existentes e os que vierem a existir, identificando-se o orçamento público que fará frente aos gastos do exercício financeiro seguinte.

Por tudo o que ficou consignado quanto às características dos tributos é que se entende que o objeto de proteção constitucional do art. 113 do ADCT é a receita de caráter fiscal, cuja renúncia demonstra probabilidade palpável de desequilíbrio das contas públicas.

Constata-se, então, que a receita fiscal não poderá ser renunciada por proposição legislativa em que o legislador se furte à apresentação de estimativa de impacto financeiro e orçamentário à Administração Pública.

> Destarte, não estando os recursos financeiros previstos no art. 55-D abrangidos por esse comando constitucional, seja em relação ao destinatário da receita, seja quanto à sua natureza jurídica, afasta-se a inconstitucionalidade declarada *incidenter tantum* nas instâncias inferiores".

À tão substanciosa análise não é preciso acrescentar palavra. Reconheço a constitucionalidade do art. 55-D da 13.831/2019.

Por derradeiro, e a fim de conferir segurança jurídica ao pleito que se avizinha, entendo cabível a aplicação do disposto no art. 27 da Lei 9.868/1999, que admite que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei, esta Corte decida que ela só tenha eficácia a partir de momento que venha a ser fixado. Assim, proponho que esta Corte module a decisão para o fim de que o reconhecimento da inconstitucionalidade ora levada a efeito produza efeitos exclusivamente a partir de janeiro de 2023 – data posterior ao encerramento do presente ciclo eleitoral – prazo após o qual o TSE poderá analisar a compatibilidade dos estatutos partidários com a presente decisão.

Ante o exposto, voto por:

reconhecer o prejuízo da presente ação direta de inconstitucionalidade quanto aos arts. 55-A, 55-B e 55-C da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019;

ii) dar interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 3º da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019, para assentar que os partidos políticos podem, no exercício de sua autonomia constitucional, estabelecer a duração dos mandatos de seus dirigentes desde que compatível com o princípio republicano da alternância do poder concretizado por meio da realização de eleições periódicas em prazo razoável;

iii) julgar procedente o pedido quanto ao § 3º do art. 3º da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019;

iv) julgar improcedente o pedido quanto ao art. 55-D da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019.

v) determinar que a decisão, no trecho em que reconhece a inconstitucionalidade da norma, produza efeitos exclusivamente a partir de janeiro de 2023, prazo após o qual o Tribunal Superior Eleitoral poderá analisar a compatibilidade dos estatutos com o presente acórdão.

É como voto.

17 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.237.867 – SÃO PAULO

Possibilidade de redução da jornada de trabalho de servidor público estadual ou municipal que tenha filho ou dependente portador de deficiência, por aplicação do art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990. [**RE 1.237.867/SP**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 12-1-2023, RG, Tema 1.097, com mérito julgado.][241]

Inteiro teor do acórdão

[241] Em razão da tramitação do processo em segredo de justiça, o voto não está disponível no Inteiro Teor de Acórdãos do Portal STF.

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Recorrente: P.M.F.
Advogado: João Fernando Cavalcanti Varella Guimarães
Advogada: Camilla Cavalcanti Varella Guimarães Junqueira Franco
Recorrido: Estado de São Paulo
Procurador: Procurador-Geral do Estado de São Paulo
Amicus Curiae: União
Procurador: Advogado-Geral da União
Amicus Curiae: Central Única dos Trabalhadores (CUT)
Advogado: José Eymard Loguercio
Advogada: Sandriele Fernandes Reis
Advogada: Jéssica Carneiro Rodrigues
Advogada: Franciele Carvalho da Silva
Amicus Curiae: Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores (GAETS)
Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo
Amicus Curiae: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)
Advogado: Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Advogada: Ana Paula Del Vieira Duque
Advogado: Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. TRATADO EQUIVALENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. LEI 12.764/2012. POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA DA FAMÍLIA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO SEM ALTERAÇÃO NOS VENCIMENTOS. SERVIDORA ESTADUAL CUIDADORA DE FILHO AUTISTA. INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ANALOGIA AO ART. 98, § 3º, DA LEI 8.112/1990. LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL QUANDO A OMISSÃO ESTADUAL OU MUNICIPAL OFENDE DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL QUE NÃO ACARRETE AUMENTO DE GASTOS AO ERÁRIO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL.

I – A Carta Política de 1988 fixou a proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, cujas garantias têm sido reiteradamente positivadas em nossa legislação, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.170/1990).

II – A Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, no § 2º do art. 1º da Lei 12.764/2012, estipulou que eles são considerados pessoas com deficiência, para todos os efeitos legais. Assim, é incontestável que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência aplicam-se também a eles.

III – A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi assinada pelo Brasil e, por ter sido aprovada de acordo com os ritos previstos no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, suas regras são equivalentes a emendas constitucionais, o que reforça o compromisso internacional assumido pelo País na defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência.

IV – A CDPD tem como princípio geral o "respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade" (art. 3º, h) e determina que, nas ações relativas àquelas com deficiência, o superior interesse dela receberá consideração primordial (art. 7º, 2).

V – No Preâmbulo (item X), o Tratado é claro ao estabelecer que a família, núcleo natural e fundamental da sociedade, tem o direito de receber não apenas a proteção de todos, mas também a assistência necessária para torná-la capaz de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência.

VI – Os Estados signatários obrigam-se a "adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção" (art. 4º, a).

VII – A omissão do Poder Público, portanto, não pode justificar afronta às diretrizes e garantias constitucionais. Assim, a inexistência de lei estadual específica que preveja a redução da jornada de servidores públicos que tenham filhos com deficiência, sem redução de vencimentos, não serve de escusa para impedir que seja reconhecido a elas e aos seus genitores o direito à dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

VIII – A convivência e acompanhamento familiar para o desenvolvimento e a inclusão das pessoas com deficiência são garantidos pelas normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, portanto, deve-se aplicar o melhor direito em favor da pessoa com deficiência e de seus cuidadores.

IX – O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que é legítima a aplicação da Lei 8.112/1990 nos casos em que a legislação estatal e municipal for omissa em relação à determinação constitucional autoaplicável que não gere aumento ao erário. Precedentes.

X – Tendo em vista o princípio da igualdade substancial, previsto tanto em nossa Carta Constitucional quanto na Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se os servidores públicos federais, pais ou cuidadores legais de pessoas com deficiência têm o direito a horário especial, sem a necessidade de compensação de horário e sem redução de vencimentos, os servidores públicos estaduais e municipais em situações análogas também devem ter a mesma prerrogativa.
XI – Recurso extraordinário a que se dá provimento. Fixação de tese: "Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990".

Esta obra foi finalizada, em abril de 2023, pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal.

Foi projetada e composta nas fontes Cormorant Garamond e New Hero.

Impressão e acabamento pela Secretaria de Editoração e Publicações do Senado Federal (SEGRAF).