



Tamiris Carvalho Veiga Guimarães

**REVERSÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: um olhar sobre a sua coerência
decisória**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de Direito
Público – SBDP, sob orientação
da Professora Luciana de
Oliveira Ramos.**

SÃO PAULO

2010

À Luciana de Oliveira Ramos, pela brilhante orientação; aos colegas da SBDP, pelos diálogos que tanto contribuíram para este trabalho; aos meus amigos queridos, especialmente, ao Thiago, por me mostrar que a persistência é a maior das virtudes; e aos meus pais, por me ensinarem que sonho é mera realidade tocada, minha profunda gratidão.

Sumário

1. Introdução	5
2. Metodologia	10
2.1 Objeto de Pesquisa	10
2.2 Metodologia de análise dos casos	12
2.2.1 Metodologia de Análise dos Precedentes: o Método proposto por Alec Fisher	13
2.2.2 Metodologia de Análise dos Casos Paradigmáticos	14
2.2.2.1 O Modelo Ideal - Elementos da Coerência Argumentativa	15
3. Os Casos Selecionados	17
3.1 Crimes contra a Organização do Trabalho	17
3.1.1 Tema	17
3.1.2 Seleção de precedentes	18
3.1.3 Análise dos precedentes	19
3.1.3.1 Observações	28
3.1.4 Caso Paradigma	28
3.1.4.1 Análise do Acórdão	30
3.1.5 Conclusões	38
3.2 Caso Depósito Prévio	42
3.2.1 Tema	42
3.2.2 Seleção de precedentes	42
3.2.3 Análise dos precedentes	43
3.2.4 Caso Paradigma	54
3.2.5 Conclusões	59
3.3 Caso Fidelidade Partidária	61
3.3.1 Tema	61

3.3.2 Seleção de precedentes	62
3.3.3 Análise dos precedentes	62
3.3.4 Caso Paradigma	63
3.3.5 Conclusões	83
3.4 Caso Responsabilidade Civil Objetiva de concessionárias de serviço público	86
3.4.1 Tema	86
3.4.2 Seleção de precedentes	87
3.4.3 Análise dos precedentes	88
3.4.4 Caso Paradigma	92
3.4.5 Conclusões	98
4. Conclusões	101
5. Referências Bibliográficas	107
Anexo 1	108

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal ocupa papel central no sistema político brasileiro. Acumula diversas competências, funcionando como corte constitucional, órgão de cúpula do judiciário, foro especializado, conciliador dos demais poderes¹. Fato é que conflitos de relevância social, jurídica e política chegam ao STF e são por ele decididos de maneira definitiva², na medida em que o Tribunal, na maior parte das vezes, emite a “última palavra” sobre o assunto.

Muito em função disso, a Corte se tornou assunto costumeiro dos jornais e dos debates sociais, além de figura única no cenário político nacional.³

Paralelamente, ao estudar a jurisprudência do STF, notamos reiterada dificuldade em identificar nos casos a razão de decidir e, por conseqüência, a parcela de conteúdo a ser aplicado em casos futuros.

A relação entre esses fatores – papel político central adicionado ao fato de o STF ser um Tribunal de última instância – eleva o incômodo causado pela dificuldade em identificar uma clara linha hermenêutica do Tribunal em relação a diversos temas.

O debate torna-se particularmente relevante no que tange aos casos em que ocorre reversão jurisprudencial, quer-se dizer, quando o Tribunal revisita entendimento consolidado em julgados anteriores e o afasta, adotando nova posição, total ou parcialmente contrária àquela que sedimentara em seus precedentes.

Entendemos por jurisprudência consolidada um conjunto de decisões em mesmo sentido, formado pela aplicação de única tese na solução de múltiplos casos, em um razoável lapso temporal, ou seja, pelo tempo necessário para que se crie na sociedade certa expectativa de direito, uma

¹ Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*, in Revista Direito GV 8 – O futuro da Constituição de 1988: perspectivas para os próximos 20 anos. São Paulo, 2008, pp. 441 a 463.

² Quer-se dizer com o termo *definitiva* que não existem formas de controle institucionais das decisões proferidas pela Corte.

³ Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*, in Revista Direito GV 8 – O futuro da Constituição de 1988: perspectivas para os próximos 20 anos. São Paulo, 2008, pp. 441 a 463.

confiança de que ao solucionar determinado litígio naquela matéria a Corte aplique a tese firmada.

Em outras palavras, a jurisprudência consolidada gera expectativa social pela continuidade interpretativa, pela aplicação da tese afirmada na resolução de casos semelhantes.

Essa previsão norteia a atuação dos tribunais inferiores, dos juízes de primeira instância, daqueles que pleiteiam os seus direitos ou praticam litígio estratégico⁴, dos demais poderes e as próprias condutas sociais, em maior ou menor grau.

Segundo Karl Larenz:

“... existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisso confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, serão considerados, decorrido largo tempo, Direito vigente. Disto se forma, em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um Direito judicial ...”⁵

Em função disso, a eventual ruptura não justificada dessa expectativa atenta contra a segurança jurídica, diante da imprevisibilidade na atuação da Corte Constitucional. Esse confronto entre estabilidade e dinâmica jurisprudencial decorre da própria função interpretativa. Contudo, é possível identificar mecanismos capazes de amortizar os impactos negativos trazidos pela mutação jurisprudencial.

Acreditamos que, devido ao papel político central e às ampliadas competências a ele outorgadas, ao revisar precedentes, o STF tem um ônus argumentativo maior: em respeito à segurança jurídica, é preciso que

⁴Segundo Livia Gil Guimarães: “O litígio estratégico (...) tem por objetivo, acima de tudo, obter transformações sociais, utilizando-se para tal do Poder Judiciário. Destarte, o judiciário é utilizado como uma ferramenta para a promoção de direitos e para a consecução de justiça social. O litígio de impacto procura produzir efeitos duradouros que ultrapassem os limites do caso concreto, ou seja, procura provocar mudanças em políticas públicas, jurisprudências, legislações, promover debates na sociedade de uma forma geral, fortalecer grupos vulneráveis, além, de claro, por vezes, também obter o ganho do caso concreto. Pode-se perceber, então, que esse tipo de litígio é muito diferente da forma mais usual e comum da advocacia, pois todos os esforços e o somatório de ganhos não se concentram tão somente na solução do caso concreto e na consequente pacificação social como fim último do processo judicial.” GUIMARÃES, LIVIA GIL. “DIREITO DAS MULHERES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: possibilidades de litígio estratégico?”. SBDP. 2009. p. 15.

⁵ Karls Larenz. “Metodologia da Ciência do Direito”. pp. 521 e 522.

a Corte não apenas fundamente a decisão frente ao caso concreto, como também justifique quais elementos levaram-na a modificar a postura que adotara até aquele momento, seja pelas peculiaridades do caso, seja pela modificação ocorrida no ordenamento jurídico ou ainda por razões outras.

Somente ao fazê-lo de forma coerente – por meio de argumentação lógica, embasamento jurídico e diálogo entre decisões – e clara – explicitando a razão da reversão – pode-se afirmar que a coerência decisória foi mantida e a segurança jurídica, em consequente, respeitada.

Segundo Canotilho:

“Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da segurança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção 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. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: 1. Fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; 2. De forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus próprios actos. Deduz-se, já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante “qualquer acto” de “qualquer poder” – legislativo, executivo e judicial.”⁶

Em síntese, é vital que órgão judiciário de tamanho relevo político defina linhas hermenêuticas e métodos interpretativos sólidos, de forma a garantir efetiva segurança jurídica no controle jurisdicional. Torna-se fundamental perceber como lidam os ministros com o ônus argumentativo gerado pelo conjunto de julgados da Corte sobre um determinado tema ao decidirem de modo diverso do esperado.

Ainda mais, que tal clareza seja uma demanda social em defesa do Estado Democrático de Direito, ou seja, que o olhar social atento exerça sobre o Tribunal um papel de cobrança de legitimidade em suas decisões.

Daí a importância de entender como se forma a jurisprudência desse Tribunal e, particularmente, como ela se transforma.

⁶ J. J. Gomes Canotilho. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Ed. Almedina. 1998. p. 250.

Nesse sentido, Adriana de Moraes Vojvodic; Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso afirmam que:

“Estudar o processo decisório do STF não é uma questão meramente formal. Compreender melhor como os ministros votam é fundamental para que se exerça um controle democrático mais apurado de suas decisões. A leitura minuciosa de casos difíceis mostra que a falta de clareza, coerência ou até a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* (a linha argumentativa da decisão) são obstáculos a essa função.”⁷

Diante disso, o que pretendemos com este trabalho é um estudo sistemático da jurisprudência do STF em casos de reversão jurisprudencial. Buscamos entender se, nesses casos, está presente, de fato, a coerência argumentativa esperada nas decisões da mais alta Corte brasileira.

A pergunta que se faz é: ao reverter sua jurisprudência, o Supremo Tribunal enfrenta o ônus argumentativo gerado, justificando de forma coerente a adoção de linha hermenêutica distinta? Essa é a hipótese do presente trabalho.

Não será possível, em função da limitação do tempo de pesquisa, observar a relação de coerência interna nos votos dos ministros, ou seja, elementos de coesão e relação lógica entre premissas e conclusão apresentada nos votos. Tal análise, porém, seria viável e extremamente relevante ao tema.

Contudo, pensamos que a nós cabe, presentemente, preponderar sobre a coerência no diálogo entre tese refutada e tese firmada: como os Ministros refutam as estruturas argumentativas já colocadas a respeito do tema em casos anteriores e sob quais justificativas o fazem.

Deste modo, a coerência argumentativa de que aqui se fala reside na existência de uma relação entre precedentes superados e caso fundador de novo entendimento.

Tentaremos responder à questão central desta pesquisa por meio da análise de casos em que a jurisprudência dominante, aplicável, é afastada

⁷ Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara França Machado, Evorah Lusci Costa Cardoso. *“Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF”*. Revista Direito GV. São Paulo, 2009.

pelo Tribunal. Compararemos tese refutada e tese firmada e analisaremos a argumentação desenvolvida no caso paradigma.

É evidente que as conclusões obtidas referir-se-ão à mera parcela de decisões recortadas temática e temporalmente de uma jurisprudência extremamente ampla e diversificada. Entretanto, não há ambição em esgotar o tema. O estudo é relevante no que tange ao estabelecimento de linhas gerais e premissas provisórias, que possam gerar uma demanda por maior coerência e clareza nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

2. Metodologia

2.1 Objeto de Pesquisa

Conforme mencionado, o trabalho em questão objetiva analisar casos julgados pelo STF em que ocorreu reversão jurisprudencial, ou seja, mudança de orientação da Corte em relação aos seus precedentes sobre determinado tema.

Cientes de que esta pesquisa guarda sua proeminência na busca pela segurança jurídica e pela criação de demanda social por coerência nas decisões do STF, elegemos o estudo de casos que tivessem sido alvo de polêmica e destaque social quando de seu julgamento, ou seja, casos sobre cujo resultado havia alta expectativa de direito.

Optamos, então, por selecioná-los a partir do sítio do Supremo Tribunal Federal. Propriamente, tomamos contato com os relatórios anuais de atividades do STF dentre 2006 e 2009⁸, os quais trazem uma seção sobre julgamentos em destaque na Corte durante aquele período⁹.

Nesses relatórios, estão enumeradas 57 decisões do STF por ele entendidas como “julgamentos em destaque”.¹⁰ Dentre essas decisões, identificamos aquelas pertinentes à pesquisa – casos em que ocorrera reversão jurisprudencial – resultando no recorte material de quatro casos: (i) competência para julgar crimes contra a organização do Estado ; (ii) depósito Prévio como condição de admissibilidade em recurso administrativo; (iii) infidelidade partidária e perda de mandato; e (iv) responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

⁸ Relatório Anual de Atividades do STF é uma publicação do Supremo Tribunal Federal que sintetiza a atuação do Tribunal e sua repercussão desta ao longo do ano corrido.

⁹ Foram analisados os Relatórios referentes ao período de 2006 a 2009 por serem os únicos que estão disponíveis no sítio do STF no período em que essa busca no site foi realizada: entre 20/08/2010 e 29/08/2010. Daí o recorte temporal.

¹⁰ A relação destes casos foi inserida como Anexo 1.

Apesar de ter sido julgado em Dezembro de 2006, o Caso Depositário Infiel não consta nos relatórios e, em fidelidade à fonte selecionada, não analisamos tal acórdão neste trabalho, apesar de saber que houve uma mudança no entendimento anteriormente sustentado pelo STF.

Definimos como casos de reversão jurisprudencial aqueles que apresentassem as seguintes características:

a) Decisão por maioria de votos, o que mostra a dificuldade em conformar uma nova posição, com resistência esperada de parte da Corte em reverter entendimento por ela consolidado. Tal critério, apesar de ter sido verificado em todos os casos, não consistia em requisito, de forma que, havendo os demais, o caso seria selecionado.

b) Afastamento de entendimento consolidado da Corte, ao menos naquele caso.

c) Adoção de posicionamento novo frente ao tema, ao menos naquele caso.

Tais critérios foram verificados a partir da análise das ementas, acórdãos, relatórios e votos do relator, quando necessário, de cada um dos casos e, ainda, das notícias publicadas no próprio sítio do Tribunal a respeito de tais julgamentos.¹¹

Como resultado final, obtivemos o seguinte recorte material:

Caso	Tema	Data julgamento
RE 398041	Competência para julgar crimes contra a organização do Trabalho - Trabalho Escravo	30/11/2006
RE 388.359	Depósito Prévio como condição de admissibilidade em recurso administrativo	28/03/2007
MS 26.603	Infidelidade partidária e perda de mandato	04/08/2007
RE 591874	Responsabilidade Objetiva de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público perante não usuários do serviço	26/08/2009

¹¹ Tais notícias são disponibilizadas na seção "Notícias STF", em www.stf.jus.br e foram consultadas em Outubro de 2010.

Tendo em vista o objetivo desta pesquisa, - analisar a coerência no processo decisório do Supremo e, particularmente, a relação entre teses refutadas e teses firmadas na jurisprudência da Corte - tornou-se fundamental entender como se formara a tese superada no caso paradigmático. Somente assim seria possível então questionar a abordagem dos ministros ao refutá-la.

Identificamos, então, para cada caso selecionado, um precedente paradigma que representasse a tese superada pelo STF¹². Contudo, com o início da leitura, percebemos que ao utilizá-lo, os ministros faziam referência a argumentos trazidos por votos dados em casos posteriores aquele precedente, ao qual chamavam, repetidamente, de “*leading case*”.

Sentimos, pois, a necessidade de realizar uma nova seleção, desta vez incluindo todos os casos julgados até a reversão jurisprudencial naquelas matérias. Dessa forma, reunimos toda a jurisprudência disponível no sítio do Tribunal a respeito das teses sob análise.

Como resultado, chegamos a um novo e muitíssimo ampliado objeto de pesquisa. A forma de seleção de tais precedentes, assim como as informações a respeito dos casos selecionados, será explicitada no próximo capítulo.

Isso feito, demos início à análise empírica.

2.2 Metodologia de análise dos casos

A partir de uma primeira leitura do material selecionado, identificamos, dentre os precedentes, aqueles que consideramos *leading cases*, tais sejam, casos nos quais ocorria a fixação de um entendimento pelos ministros, aplicado em julgados ulteriores e afastado, por fim, pelo caso paradigma.

¹² Optamos por selecionar o caso em que se firmara a antiga tese, ou seja, aquela afastada pelo Caso Paradigma.

Uma vez identificados os casos líderes, que norteavam a formação da jurisprudência consolidada, iniciamos a análise dos precedentes, com base na estrutura metodológica descrita a seguir.

2.2.1 Metodologia de Análise dos Precedentes: o Método proposto por Alec Fisher

Para analisar os precedentes, empregamos o método proposto por Alec Fisher, na obra "*The Logic of Real Arguments*".¹³

Alec Fisher define que um texto dissertativo sempre se estrutura por meio da construção de Razões Básicas - premissas, postulados, raciocínios que levam a conclusões. Tais conclusões, por vezes, são utilizadas como razões básicas para um novo raciocínio e, quando isso ocorre, são intituladas Conclusões Intermediárias. A conclusão principal de um texto dissertativo ou de um argumento é, segundo ele, a Conclusão Final.

Adotamos o método proposto por Fisher, visando a identificar a exata medida da tese firmada pelo STF, em cada conjunto de precedentes.

Com tal objetivo, a Conclusão Final (denominaremos "C") dos acórdãos é aqui entendida como a *holding*¹⁴, ou seja, o enunciado sintetizador do entendimento defendido pelo Supremo no caso¹⁵. As Conclusões Intermediárias (denominaremos "CI") são consideradas como argumentos fundamentais para sustentar a Conclusão Final e as Razões Básicas (denominaremos "Rb"), correspondem às premissas que embasam "C" ou "CI".

¹³ Alec Fisher. *The logic of real arguments*. Cambridge: Cambridge University Pres. EUA. 2004.

¹⁴ Ratio decidendi ou *holging* é o próprio fundamento da decisão judicial, compreendido como os argumentos de direito expendidos pelo julgador como necessários para a tomada da decisão quanto ao caso concreto. DAVID, René. "*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*." Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 430.

¹⁵ No objeto material sob análise – acórdãos do Supremo Tribunal Federal – a conclusão do voto de cada Ministro consiste sempre no provimento ou não do recurso, no conhecimento ou não da ação. Não a consideraremos como conclusão final do voto, para efeitos da aplicação do método de Fischer, por estarmos mais interessados na conclusão final do argumento, ou seja, na identificação da razão de decidir do Ministro do que no caso concreto em si. Assim, tomaremos por "Conclusão", o enunciado final – chamado de *holding* – elaborado pelo Ministro para motivar a solução dada ao caso.

Ao identificarmos os argumentos essenciais sobre os quais essa Conclusão Principal (C) se funda, poderemos descartar os argumentos não imediatos na formação da *holding*, ou seja, aqueles cuja negação não implica na negação da tese e que, portanto, não geram ônus argumentativo para os ministros quando da consolidação do precedente, dispensando enfrentamento em votos futuros.

Ainda pelo modelo de Fisher, tentamos responder às seguintes perguntas:

- (a) Qual a conclusão do Ministro?
- (b) Qual o argumento dele para essa conclusão?
- (c) Que razões imediatas são apresentadas no texto para aceitar (b)?

Feita essa análise, elaboramos um pequeno resumo do caso, também sugestão de Fisher, o qual será apresentado quando da análise dos acórdãos.¹⁶

Vale reiterar que a aplicação de tal método tem como objetivo identificar a tese que, até o julgamento do caso paradigma, era sustentada pelo Tribunal. Destarte, as conclusões e as classificações serão expostas conforme necessário à compreensão dessa tese, apresentado o *leading case* anterior e os argumentos novos trazidos pelos casos posteriores.

2.2.2 Metodologia de Análise dos Casos Paradigmáticos

Buscamos entender como os ministros lidam com a mudança de jurisprudência da Corte. Visamos ainda a aferir se existe preocupação com relação à uniformidade jurisprudencial e ao respeito de precedentes.

¹⁶ Adaptamos as perguntas de Fisher, retirando aquelas que buscavam aferir a qualidade do argumento. Isso porque nosso objetivo é identificar e entender a cadeia de raciocínio para comparar, posteriormente, os argumentos aqui levantados com os do Caso Paradigma.

Para tanto, elaboramos um modelo de caso paradigma ideal. Esse modelo contém os elementos que julgamos essenciais à coerência entre julgados da Corte, de forma que a completa compatibilidade entre o acórdão sob análise e o modelo levaria à conclusão de haver coerência plena no processo de reversão jurisprudencial. Dessa forma, tal modelo é fundamental enquanto permite que avaliemos, por meio de critérios concretos, o processo decisório nos acórdãos sob análise.

Aplicamos o método de Fisher ao caso com o intuito de compreender a argumentação, e em seguida estruturamos a análise comparando o caso concreto e o modelo de caso ideal adotado no trabalho.

2.2.2.1 O Modelo Ideal - Elementos da Coerência Argumentativa

O tipo puro, ou seja, aquele que contém todos os elementos da coerência argumentativa é o seguinte:

(a) identifica o *leading case* anterior, expondo a *holding* e os argumentos sobre as quais ela se funda.

(b) afasta tal *holding* e tais argumentos do caso concreto, por meio de argumentação lógica e coerente:

- diferenciando o caso concreto dos casos anteriores, se essa for a razão da não aplicação. Nesse caso, refuta a *holding* e seus fundamentos para aquele caso concreto, explicando de forma coerente as razões da não aplicação.

- ou refutando os fundamentos e a própria *holding*, se essa for considerada não mais aplicável.

- e explicitando as razões do afastamento de tal linha hermenêutica.

(c) fundamenta o novo entendimento e justifica a sentença jurídica

- frente ao caso concreto

- frente ao ordenamento jurídico

(d) esclarece os efeitos da decisão e a extensão da reversão jurisprudencial.

A partir desse modelo e da pergunta desta pesquisa, estabelecemos as hipóteses de que o caso ideal apresenta as seguintes características:

Quanto à citação de precedentes: faz referência aos precedentes da Corte, naquela matéria, citando ao menos o *leading case*.¹⁷

Quanto ao entendimento anterior: refuta a *holding* e os argumentos essenciais ao reverter o entendimento firmado pela Corte.

Quanto ao caso concreto: analisa as particularidades do caso concreto, se essas forem razão da reversão jurisprudencial.

Quanto à clareza: A ementa sintetiza o conteúdo da decisão, trazendo a *holding* e, ao menos, o fundamento primordial; o voto do relator expõe todos os argumentos essenciais e a *holding* do novo posicionamento; a decisão fundamenta a nova tese em relação ao caso concreto e em relação ao ordenamento jurídico.

Quanto à inflexão de entendimento: O STF reconhece a superação ou o afastamento da tese anterior e esclarece o alcance da reversão como casuística ou, de fato, uma virada jurisprudencial.

Quanto à motivação: resta explícito no acórdão a razão da mutação jurisprudencial.

Quanto aos efeitos da decisão: O Tribunal esclarece quais serão os efeitos da decisão.

¹⁷ Entendemos que referir-se ao precedente de maior relevo é importante, pois estabelece um diálogo entre as decisões do Tribunal, criando unidade, e que o Ministro deve levar em conta a tese que refuta. Dessa forma, deve demonstrar conhecê-la por meio da citação coerente dos acórdãos em que essa fora firmada. Citar aleatoriamente acórdãos anteriores pode levar a uma visão deturpada do real teor do entendimento jurisprudencial na matéria, criando uma falsa noção da tese em debate.

3. Os Casos Selecionados

3.1 Crimes contra a Organização do Trabalho

Competência da Justiça Federal Comum para processar e julgar Crimes
contra a Organização do Trabalho

3.1.1 Tema

Todos os acórdãos sob análise – precedentes e Caso Paradigma – têm em comum o debate jurídico acerca da competência para processar e julgar delitos que atentam contra a Organização do Trabalho.

A controvérsia tem origem no fato de as Constituições de 1967 e 1988, em seus artigos 125, VI¹⁸ e 109, VI¹⁹, respectivamente, empregarem a expressão “Crimes contra a organização do Trabalho” e definirem ser competência da Justiça Federal Comum apreciá-los. Isso porque essa expressão também fora adotada pelo Título IV do Código Penal, já em 1940. Com a sua utilização pela Constituição, questionou-se a respeito da compatibilidade entre os textos.

Havendo exata correspondência entre os termos, incidiria a competência da Justiça Federal sobre todos os delitos previstos no Título IV, Parte Especial do Código Penal²⁰.

Em não havendo identidade conceitual, mas mera coincidência terminológica, seria possível argüir que a Constituição, em verdade,

¹⁸ Art. 125. Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: VI - os crimes contra a organização do trabalho ou decorrentes de greve;

¹⁹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

²⁰ TÍTULO IV - DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO: Atentado contra a liberdade de trabalho; Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta; Atentado contra a liberdade de associação; Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho; Aliciamento para o fim de emigração; Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional;

colocara sob os braços da Justiça Federal apenas alguns dos casos tipificados pelo CP/40.

Nesse contexto, a Jurisprudência do Supremo transitou entre ambas as interpretações e é sobre essa movimentação que lançaremos nosso olhar.

3.1.2 Seleção de precedentes

O caso paradigma foi selecionado a partir do Relatório de atividades anual do STF referente ao biênio 2006-2008. Trata-se do Recurso Extraordinário 398.041.

No caso, os ministros determinam que a competência para julgar o Crime de Trabalho Escravo, previsto no art. 149, do Código Penal, pertence à Justiça Federal e não à Justiça Comum, como afirmava a jurisprudência do Tribunal. Isso porque, segundo a Corte, tal crime constituiria “Crime contra a organização do trabalho”.

Inserindo a expressão “Crimes contra a organização do trabalho” na seção de pesquisa de jurisprudência do sítio do STF, encontramos 19 decisões. As primeiras datam da década de 70, e não serão analisadas. Isso porque, até 1979, o Tribunal entendia que a competência pertencia à Justiça Federal²¹.

Com o julgamento do RE 90.042, a Corte funda entendimento diverso. Assenta a tese de que compete à Justiça Federal apreciar ações referentes a delitos contra a organização do trabalho apenas quando estes atentem diretamente contra instituições, órgãos ou trabalhadores coletivamente considerados.

Essa é a posição reiterada pelos julgamentos ulteriores a respeito do tema entre 1979 e 2007, até ser afastada pelo caso paradigmático

²¹ São elas: RHC 48037, RHC 51326 e RE 78011. No RE 79184, a questão discutida guarda semelhanças com o tema aqui referido, não envolvendo, porém, dissídio criminal. Nesse caso, o Tribunal decidiu pela competência da Justiça do Trabalho, por entender que a lide podia ser decidida administrativamente. A decisão também não será analisada.

selecionado. Por isso, adotamos o RE 90.042 como o primeiro precedente sob análise – o *leading case* do entendimento anterior.

Assim, com relação ao resultado da pesquisa realizada no sítio do STF, analisaremos o caso em que o entendimento anterior foi firmado pela Corte – RE 90.042, os acórdãos em que esse foi aplicado, e o acórdão em que o entendimento foi modificado – Caso Paradigma.

Analisaremos ainda outros dois acórdãos - RHC 62896 e CJ 6163 – por terem sido citados pelo Ministro Célio Borja, no voto proferido no CJ 6.860 e pelo Ministro Celso de Mello, no RE 156.527, respectivamente.

Assim, observamos o seguinte quadro:

Precedentes Anteriores ao RE 90.042	RHC 48037, RHC 51326, RE 78011, CJ 6163
Fixação do Entendimento Anterior	RE 90.042
Aplicação do Entendimento Anterior	RHC 62896, CJ 6860, RE 156527, CJ 6163
Reversão Jurisprudencial	RE 398041
Precedentes selecionados	Em negrito

3.1.3 Análise dos precedentes

Precedentes: o entendimento anterior

RE 90.042 – *Leading Case*

- O Caso

No caso, um empregador, fraudulentamente, remunerava determinado empregado com ordenado inferior a que esse tinha direito, de acordo com a lei reguladora do salário mínimo. Foi aberto inquérito na delegacia de Altinópolis, para o qual o juiz declarou-se incompetente. Os autos subiram à Justiça Federal e o magistrado federal reconheceu como competente o juiz de Altinópolis. Com isso, o Ministério Público Federal suscitou conflito negativo de jurisdição e caso chegou ao STF. Assim, a questão foi posta de forma que à Corte cabia definir se a competência para dirimir conflitos a respeito de crimes contra a organização do trabalho pertencia à Justiça Estadual ou à Justiça Federal.

- Análise dos Votos

O relator, Ministro Moreira Alves não conheceu do recurso. Podemos organizar a *holding* e os fundamentos essenciais de seu voto nos seguintes termos:

A CF, em seu art. 125, VI, atribuiu à Justiça Federal competência **apenas** para processar e julgar ações penais relativas a “crimes contra a organização do trabalho” que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores, e não todos os previstos no Título IV do Código Penal (Conclusão).

Isso porque as expressões “Crimes contra a organização do Trabalho”, contidas na Constituição e no CP/40, tem conteúdo diverso (Conclusão Intermediária 1). Caso contrário, o emprego da expressão “ou decorrentes de greve” no art. 125, VI não faria sentido, pois esses crimes já se acham qualificados no CP como crimes contra a organização do trabalho (Razão básica de CI 1).

Além disso, há uma justiça federal especializada – a Justiça do Trabalho – competente, via de regra, para julgar litígios criminais em relações trabalhistas, ou a Justiça Comum, sob regime do CP E CPP (Rb de CI-2). O que justifica a atribuição de parte dessa competência para a Justiça Federal Comum, nessa matéria, é um interesse de ordem geral e, por isso mesmo, se atribui à União sua tutela, na manutenção dos princípios

básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o país, ou na defesa da ordem pública ou do trabalho coletivo (CI-2).

Exporemos aqui o procedimento empregado para elaborar o resumo a fim de elucidar o método aplicado. Feito isso, passaremos a adotar uma simplificação de forma a sintetizar a análise dos próximos votos.

(a) Qual a conclusão do Ministro?

A CF, em seu art. 125, VI, atribuiu à Justiça Federal competência para julgar apenas os crimes que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores.

(b) Qual o argumento dele para essa conclusão?

CI-1: as expressões "Crimes contra a organização do Trabalho", contidas na CF e no CP/40, tem conteúdo diverso.

CI-2: O que justifica a atribuição de parte dessa competência para Justiça Federal Comum, nessa matéria, é um interesse de ordem geral e, por isso mesmo, se atribui à União sua tutela, na manutenção dos princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o país, ou na defesa da ordem pública ou do trabalho coletivo.

(c) Que razões imediatas são apresentadas no texto para aceitar (b)?

Razão básica (Rb) para Conclusão Intermediária 1 (CI 1): O emprego da expressão "ou decorrentes de greve" no art. 125, VI, não faria sentido se as expressões fossem equivalentes, já que esses crimes se acham qualificados no CP como crimes contra a organização do trabalho.

Rb-1 para CI-2: Há uma justiça federal especializada – a Justiça do Trabalho – competente, via de regra, para julgar litígios criminais em relações trabalhistas, ou a Justiça Comum, sob regime do CP E CPP.

Rb-2 para CI-2: Por isso, há menção no dispositivo aos direitos decorrentes de greve – é evidência de que o legislador assim interpretava.

O Ministro Carlos Thompson Flores vota em mesmo sentido e o seu argumento tem a seguinte estrutura:

Somente quando o crime afeta a ordem econômica ou social, originando perturbação que não se compreenda em crimes contra a própria Segurança Nacional, da competência da Justiça Militar, é que cabe na jurisdição da Justiça Federal (C). Não há compatibilidade entre os termos (Rb). Alegá-la, concluindo, portanto, que todos os crimes intitulados “crimes contra a organização do trabalho” são de competência da justiça federal, importaria a própria denegação dessa justiça pela absoluta falta de meios para o seu mais amplo exercício (Rb-2 de CI). Outro, a limitação de competência a esta Justiça Federal frente à sua própria organização é necessária, afinando com o verdadeiro interesse político da distribuição da Justiça (Rb-1 de CI). Assim, tal distinção é a única forma de justificar o regular exercício da Justiça Federal aos crimes contra a organização do Trabalho (CI).²²

Já o Ministro Xavier de Albuquerque fica vencido no julgamento. Seu argumento pode ser sintetizado da seguinte forma:

A Constituição confere competência à Justiça Federal para processar e julgar os “Crimes contra a organização do trabalho”, estes entendidos como todos aqueles previstos pelo Título IV, Código Penal (C). O ordenamento jurídico não permite a distinção entre os termos empregados pela Constituição e pelo Código Penal (CI), já que essa nada traz além da própria expressão (Rb-1 de CI-1), empregada de forma consciente pelo constituinte (Rb-2 de CI-1). Além disso, não se pode distinguir onde o legislador não distinguiu, trata-se da prevalência do critério legal (Rb-3 de CI-1). Finalmente, não há qualquer relevância na menção aos crimes decorrentes de greve (CI-2), pois a inclusão dessa expressão resultou da intenção do legislador de lhe dar maior abrangência, o que em nada se relaciona com a questão (Rb-1 de CI-2).

Assim, por maioria de votos, o STF define que os “crimes contra a organização do trabalho”, dos quais trata a Constituição, são apenas

²² Ainda em mesmo sentido o Ministro Djaci Falcão afirma que o crime, no caso não é daqueles que põe em risco a Organização do Trabalho (Rb-1). O STF definiu que, nesse caso, não há Competência Federal (Rb-2). Logo, a competência é da Justiça Estadual (C).

aqueles que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores, e não todos os previstos no Título IV do Código Penal. E, portanto, somente nessa hipótese configura-se competência da Justiça Federal

RHC 62.896: Aplicação RE 90.042

- Caso

Um particular invadiu a fazenda de outro e lá permaneceu, causando diversos danos ao imóvel. Foi denunciado, então, com base no art. 202, Código Penal²³, por ter impedido o curso normal do trabalho agropecuário ali desenvolvido. O Habeas Corpus foi impetrado ante o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, cogitando: falta de justa causa, inépcia da denúncia e, finalmente, incompetência da Justiça Comum. Denegada a ordem, o recurso chegou ao STF. A Segunda turma do STF (Ministros Décio Miranda, Aldir Passarinho, Cordeiro Guerra e Francisco Rezek), sob presidência de Djaci Falcão, negou provimento ao recurso, nos termos do voto de 1 lauda do relator.

- Análise do Acórdão

O Ministro Francisco Rezek é relator para o acórdão. O STF nega provimento ao recurso pelas seguintes razões :

O STF definiu que “o que justifica a atribuição à Justiça Federal Comum (nos casos dos delitos do art. 125 da lei maior) é um interesse de ordem geral (...) na manutenção dos princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o país, ou na defesa da ordem pública ou do trabalho coletivo” (Rb de CI). Como se cuida de conduta que não afeta o sistema de órgãos e instituições destinados a preservar coletivamente os

²³ **Invasão de Estabelecimento Industrial, Comercial ou Agrícola. Sabotagem**

Art. 202 - Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

direitos e deveres dos trabalhadores (CI), cabe à Justiça Comum apreciar o caso (C).

A partir dessa análise, percebemos que o acórdão apenas reafirma o precedente do STF, estabelecido com o RE 90.042. Trata-se de uma subsunção do enunciado jurisprudencial ao caso concreto, sem explicar o motivo pelo qual essa interpretação é aplicável à hipótese dos autos ou ao art. 202, do Código Penal.

CJ 6860: Aplicação do RE 90.042

- O Caso

Trata-se de um conflito de jurisdição negativo para julgar crime decorrente de greve.²⁴

No caso, um dois homens morreram após enfrentarem-se fisicamente em meio a uma greve de motoristas de caminhões de cargas.

A Corte conheceu do recurso e, por unanimidade de votos, declarou a competência do juiz federal suscitante nos seguintes termos: Mesmo após o advento da Constituição de 1988 compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos decorrentes de greve, que são crimes contra a organização do trabalho, com reflexos na ordem pública (ementa).

- Análise do Acórdão

O voto Ministro Célio Borja, relator, declara a competência do magistrado federal para o julgamento da causa. Resume-se de seu voto que:

Mesmo após o advento da Constituição de 1988 compete à justiça federal de primeira instância processar e julgar os delitos decorrentes de greve (C), que, por definição, são crimes contra a organização do trabalho, com reflexos na ordem pública (Rb-1). Tal entendimento está em

²⁴ O caso chegou ao STF porque no ano de 1989 ainda não havia sido instalado o Superior Tribunal de Justiça.

consonância com os precedentes da Corte nessa matéria, notadamente, com a interpretação dada no RE 90.042 (Rb-2). Além disso, não há lógica ainda em entender o contrário uma vez que há outros delitos contra a organização do trabalho os quais se enquadram na hipótese de competência da justiça federal que guardam menor afronta aos direitos e deveres dos trabalhadores, coletivamente considerados (Rb-3).

RE 156.527: Aplicação RE 90.042

- O Caso

O Recurso Extraordinário foi impetrado pelo Ministério Público Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região em Habeas Corpus, alegando que seria competência da Justiça Federal julgar os delitos tipificados no art. 149²⁵ (redução à condição análoga a de escravo) e art. 207²⁶ (aliciamento de trabalhadores) do CP e, em face da conexão necessária, os demais referidos na denúncia, com fundamento no art. 102, III, a, e art. 109, da CF.

Relevante salientar que este caso, tal como o caso paradigma RE 398.041, também se referia ao crime de trabalho escravo.

O Recurso não foi deferido por acordar o STF, com fundamento na jurisprudência da Corte e nos termos do voto do relator, que tal competência pertencia à Justiça Comum.

Mais uma vez, repete-se o entendimento referido de que só compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes que ofendam o sistema de

²⁵ Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

²⁶ Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

§ 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

órgãos e institutos que preservam coletivamente os direitos e deveres dos trabalhadores, e não os que são cometidos contra determinados trabalhadores.

- Análise dos Votos

O Ministro Ilmar Galvão, relator, não conhece do recurso. Afirma, sinteticamente, que:

A competência no caso é da Justiça Comum por não conter a narrativa dos autos, tal como oferecida, notas caracterizadoras do crime contra a organização do trabalho (C). A jurisprudência do STF, no RE 90.042, definiu que “o que, em realidade, justifica a atribuição de competência, nessa matéria, à Justiça Federal é um interesse de ordem geral - e, por isso mesmo, se atribui à União a sua tutela...”. E ainda que “a ampliação da competência da Justiça Federal importaria sua denegação, pela absoluta falta de meios para o seu mais amplo exercício” (Rb-1). Este argumento pragmático demonstra a importância da interpretação dada pela Corte, a qual permanece válida frente ao novo texto Constitucional (Rb-3). Assim, já que se cuida de condutas individuais de empregador que não ofendem órgãos e instituições que preservam os direitos e deveres dos trabalhadores em coletividade (Rb-2), como força de trabalho, tal como definido pela Constituição de 1988 e entendido pela jurisprudência, a competência é da Justiça Comum (C).

O Ministro Celso de Mello também nega provimento, baseado na alegação de que “A jurisprudência do STF orienta-se nesse sentido.”²⁷

O PRECEDENTE FORMADO

Holding

O STF firma que: O art. 109 VI, da Constituição Federal, atribuiu competência à Justiça Federal apenas para processar e julgar ações penais

²⁷ STF, RE 156.527, Ministro Celso de Mello, p. 741

relativas a crimes que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores.

Argumentos essenciais

Fundamento 1

O conceito constitucional de "Crimes contra a organização do Trabalho" é diferente do conceito contido na expressão "Dos Crimes contra a Organização do Trabalho", Título IV, Código Penal.

Fundamento 2

O que justifica a atribuição de competência para Justiça Federal Comum, nessa matéria, é um interesse de ordem geral e, por isso mesmo, se atribui à União sua tutela, na manutenção dos princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o país, ou na defesa da ordem pública ou do trabalho coletivo.

Tratando-se de crimes praticados contra determinados trabalhadores, a competência penal, pertence, exclusivamente, a Justiça comum dos Estados-Membros.

Fundamento 3

A ampliação da competência da Justiça Federal importaria sua denegação, pela absoluta falta de meios para o seu mais amplo exercício.

Assim, a distinção feita entre os conceitos de crime contra a organização do trabalho presentes na Constituição e no Código Penal é a única forma de justificar o regular exercício da competência da Justiça Federal quanto aos crimes sobre a organização do Trabalho.

Fundamento 4

Essa interpretação permanece válida, em todos os seus aspectos face à Constituição de 1988:

“Trata-se de razões que não perderam sua validade frente ao novo texto constitucional que se limitou, no art. 109, VI, a suprimir a referência aos crimes decorrentes de greve, mantendo praticamente inalteradas as características da Justiça Federal de primeira instância, instituição que, contando com limitados quadros, não conseguiria responder pelo considerável aumento de encargos decorrentes de interpretações ampliativas do texto constitucional, como a que ora se defende” (STF, RE 156.527, Ministro Ilmar Galvão).

3.1.3.1 Observações

É interessante observar que em todos os julgamentos posteriores ao RE 90.042, referentes ao tema, a decisão é unânime e se dá nos termos do voto do relator. Entendemos tal fato como uma indicação de que o Supremo entendia como pacífico e claro o entendimento consolidado pela Corte, ainda quando confrontado em face à nova Constituição.

Além disso, notamos que pouco se fala sobre os casos concretos e não se esclarece ao certo quais delitos dentre os previstos no Título IV, CP, estariam incluídos como crimes contra a organização do Trabalho. Essa talvez seja uma das razões que contribuiriam para que diversos conflitos de competência nessa matéria chegassem aos Tribunais inferiores e, alguns, ao próprio STF.

3.1.4 Caso Paradigma

RE 398.041: O novo entendimento

- O Caso

No caso, o Ministério Público Federal denunciou Silvio Caetano de Almeida por manter cerca de 20 pessoas sob forte segurança de modo a realizarem tarefas forçadas e não empreenderem fuga, obrigados a contrair dívidas e constantemente sob tortura.

O réu foi condenado pelo Juiz Federal de Marabá-PA, a quem coube julgar o caso pelo crime de redução à condição análoga à de escravo, previsto no art. 149²⁸, do Código Penal.

Na apelação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região declarou a incompetência absoluta da justiça federal e anulou o processo. Na ementa (RE 398.041. STF, 2006), lê-se que “o tipo do art. 149 do CP (...) classificado como crime contra a liberdade individual, não é considerado como crime contra a organização do trabalho, coletivamente considerada, não configurando, portanto, a competência da Justiça Federal...”, em clara consonância com a jurisprudência do STF.

O Ministério Público Federal interpôs, então, recurso extraordinário alegando ser a competência da Justiça Federal.

- Informações Básicas

<u>Caso Paradigma</u>
Acórdão: Recurso Extraordinário 398.041-6
Data Julgamento: 30/11/2006
Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Supremo Tribunal Federal
Presidência: Ministra Ellen Gracie
Relator: Ministro Joaquim Barbosa
Composição da Corte:
Partes Litigantes: Ministério Público Federal x Sílvio Caetano de Almeida

²⁸ Redução a Condição Análoga à de Escravo.

Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

3.1.4.1 Análise do Acórdão

O acórdão traz, tal como demonstraremos, duas posições e três diferentes fundamentações.

O voto vencedor, proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, tem uma clara conclusão e um claro fundamento (argumento essencial).

O Ministro-relator afirma, primeiramente, que:

“... transcendendo em muito a questão de competência, creio que estamos diante de uma das mais dolorosas feridas da nossa sociedade: a incrível e inadmissível persistência de trabalho escravo em nosso país. Subjacente à análise do processo, portanto, teremos uma tomada de posição desta Corte em relação ao combate ao trabalho escravo, realidade social que se choca frontalmente com diversos princípios fundamentais da Constituição Federal, de que esta Corte é guardiã.” (STF, RE 398.041, Ministro Joaquim Barbosa, p. 2013)

Argumenta que a decisão do STF a respeito da competência significaria uma tomada de posição em relação ao combate do trabalho escravo no país. Interessante observar que esse argumento está colocado como algo fundamental a ser considerado ao resolver a questão da competência. Pode-se afirmar que o Ministro desloca o debate para sua dimensão política, no sentido de ser preciso refletir sobre os efeitos da decisão da Corte quanto à mensagem transmitida e às transformações da realidade.

Para sustentar tal afirmação, demonstra a importância dada pelo constituinte originário à valorização da pessoa humana e de seus direitos humanos fundamentais. Afirma que “... a Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e implementação dos direitos fundamentais, caracterizando-se pela preocupação com a dignidade da pessoa humana e com a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, democrática e igualitária.”²⁹ e cita o art. 1º, III e IV e o art. 3º, IV, da Constituição de 1988.

²⁹ STF, RE 398.041, Ministro Joaquim Barbosa, p. 2014

Em seguida, assenta que a existência de trabalho escravo afronta profundamente tais garantias. Como conseqüência, conclui que a Corte, sendo guardiã da Constituição, teria o dever de enfrentar essa realidade.

Não há dúvida de que o trabalho escravo é uma conduta condenável, inteiramente contrária aos mandamentos constitucionais. Neste ponto, o argumento do Ministro é razoável e lógico. Entretanto, o que não fica claro é a ligação, direta e necessária, que o combate ao trabalho escravo teria com a competência da Justiça Federal. Utilizando-nos da técnica de Alec Fisher, poderíamos dizer que o argumento essencial – o crime em questão afronta princípios constitucionais de valor central – não leva à conclusão estabelecida – a competência para processá-los e julgá-los é da Justiça Federal.

Assim, os raciocínios expostos não afastam a competência da Justiça Estadual. Ainda mais, segundo voto do Ministro Gilmar Mendes:

“Instigou-me o fato de que o Tribunal, até o momento deste julgamento tenha justificado a competência da Justiça Federal na necessidade de se dar uma pronta e rígida resposta ao problema do trabalho escravo em nosso país. Está-se a partir da premissa de que o combate ao trabalho escravo somente será eficaz se protagonizado pelas autoridades federais, criando para o Tribunal uma obrigação moral de decidir nesse sentido. Em suma, a idéia – a meu sentir, preconceituosa – é a de que a Justiça Estadual não funciona.” (STF, RE 398.041, Ministro Gilmar Mendes, p. 2054)

Posto o problema, o Ministro faz a primeira referência aos precedentes da Corte. Identifica que a jurisprudência do STF acerca do tema foi construída a partir da decisão prolatada nos autos do RE 90.042, com base no voto do relator, Ministro Moreira Alves.

Afirma, então que “... a análise minuciosa do voto do ministro Moreira Alves conduz a entendimento diverso do que vem até hoje prevalecendo”.³⁰

Àquele precedente, segundo ele, não poderia ter sido dada aplicação tão genérica, passando a entender que somente crimes que atinjam diretamente o sistema de órgãos e instituições do trabalho seriam crimes contra a organização do Trabalho. Isso porque o critério posto pelo acórdão

³⁰ STF, RE 398.041, Ministro Joaquim Barbosa, p. 2016

é a existência do interesse de ordem geral que justifique a atribuição da tutela à União.

Naquele caso concreto o direito de apenas um trabalhador fora ofendido – caso claro de não afetação da organização do trabalho. Contudo, em realidade, a expressão “crimes contra a organização do trabalho” comporta outras dimensões, que vão muito além dos aspectos puramente orgânicos até então levados em conta pela doutrina e pela jurisprudência.³¹

Em síntese, a leitura descuidada do acórdão teria levado a uma interpretação que não corresponde ao real entendimento por ele firmado, cujo verdadeiro alcance está claro no voto do relator.

A argumentação é extremamente interessante. Partindo dessa premissa, O Ministro reduz, em muito, o ônus argumentativo com relação aos precedentes. Em lugar de enfrentar todos os casos de aplicação do RE 90.042, e a força de uma jurisprudência consolidada da Corte, passa a observar apenas o próprio *leading case*, já que a jurisprudência se formou de forma distorcida.

Sabemos, porém, que a aplicação conforma o precedente, faz parte dele. A forma com que os fundamentos da tese sustentada se alteram no tempo passa a corresponder a sua nova essência.

De tal modo que o recurso afasta o entendimento e modifica a forma de decidir da Corte a respeito do tema, sem de fato rebater a *holding*.

Outro ponto instigante é a forma como a nova tese será introduzida. O Ministro afirma que a interpretação por ele proposta está contida naquela proferida pelo RE 90.042 e, ainda mais, que lhe é muito mais compatível do que a até então reproduzida pela Jurisprudência nacional. De forma que não vai de encontro ao que entendera a Corte, mas sim realiza a correta interpretação do que por ela ficou assentado em 1979, com o RE 90.042.

Inserire então a nova interpretação:

³¹ “Como se vê a ementa do acórdão que vem servindo de *leading case* na matéria ao longo de todos estes anos diz bem menos do que foi dito no voto condutor de meu ilustre antecessor. Em realidade, a expressão ‘crimes contra a organização do trabalho’ comporta outras dimensões, que vão muito além dos aspectos puramente orgânicos até hoje levados em conta pela doutrina e jurisprudências nacionais.” (STF, RE 398.041, Ministro Joaquim Barbosa, p. 2018)

"A meu sentir, a 'organização do trabalho' a que alude o dispositivo em discussão deve **necessariamente** englobar um outro elemento: o 'homem', compreendido na sua mais ampla acepção, abarcando aspectos atinentes à sua liberdade, autodeterminação e dignidade." (grifo nosso). E explica: "Com isso quero dizer que quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras **não somente do sistema de órgãos e instituições** com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, **mas também do homem trabalhador**, atingindo-o nas esferas que lhe são mais caras, em que a Constituição lhe confere proteção máxima, são, sim, enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto de relações de trabalho." (grifo nosso) (STF, RE 398.041, Ministro Joaquim Barbosa, p. 2018)

O Ministro afirma que essa interpretação decorre do precedente. Entretanto, sente a necessidade de explicitar a inclusão de um novo sentido por meio das expressões destacadas.

Nota-se que a interpretação por ele sugerida amplia o rol de crimes abarcados pela expressão constitucional presente no art. 109, VI, e, logo, amplia o sentido do precedente. Basta notar que o delito em questão resta tipificado no art. 149 do Código Penal, o qual não está inserido no Título IV, do referido Código. Ainda mais, insere o elemento "homem", ao qual não há qualquer referência, nesse sentido, nos casos anteriores.

A conclusão a que chega é fundamentada pelo argumento inicial de que é a Constituição quem oferece sólida sustentação a esse entendimento (Conclusão Intermediária). Essa afirmação é sustentada pela seguinte razão básica: a dignidade é intrínseca ao homem, é um valor essencial e a Constituição a coloca como núcleo básico informador de todo o ordenamento jurídico. E ainda: "... esse arcabouço principiológico-filosófico reveste-se de juridicidade e tem potencial para acarretar conseqüências práticas.", sendo uma dessas conseqüências a valorização do trabalho humano aparecer como princípio no art. 170 da CF.

Conclui então:

"Ora, diante de tão clara opção pelo homem enquanto tal, pela preservação da sua dignidade intrínseca, é inadmissível pensar que o respectivo sistema de organização do trabalho, atividade que dignifica o homem e em que ele se aperfeiçoa completamente, possa ser concebido unicamente à luz do que tradicionalmente se passou a caracterizar como "órgãos e instituições", excluindo-se dessa relação o ator principal de todo o sistema, isto é, o homem, esse ser dotado de dignidade intrínseca." (STF, RE 398.041, Ministro Joaquim Barbosa, p. 2022)

O raciocínio fica estruturado da seguinte forma: Em virtude da proteção elevada que a Constituição confere à dignidade humana (CI), o componente humano deve ser considerado indissociável da organização do trabalho (C).

Com a vitória dessa tese, germina uma nova interpretação, pautada na defesa dos Direitos Humanos e esta é apresentada como mera decorrência da posição anterior.

O Ministro se refere constantemente à “jurisprudência nacional”, mas não cita os acórdãos da própria Corte, proferidos até mesmo na presidência do Ministro Moreira Alves que decidiram da forma orgânica que ele ataca.

Em seguida, o Ministro afirma que seu voto apresenta o fundamento principal da nova tese, porém, vários outros argumentos adicionais, situados à margem de sua argumentação principal, vêm corroborar com a interpretação sugerida. O Ministro não expõe tais argumentos. Em lugar disso, cita longamente um artigo,³² no qual tais argumentos estariam contidos.

Essa citação cria, para nós, certo desconforto. Isso porque feita em um voto de Ministro Relator, que modifica jurisprudência consolidada não só pela Corte, mas pela jurisprudência nacional e o Ministro não traça qualquer análise ou comentário sobre o extenso texto incluído.

O silêncio a respeito do texto pode ser fator gerador de inúmeras dúvidas a respeito da função e do valor desse conteúdo para a formação da tese.

O fundamento 3 da *holding* anterior, por exemplo, não é mencionado pelo Ministro, porém é em parte refutado pela citação. No trecho, o juiz federal Flávio Dino Castro e Costa afirma, por meio de argumentos vários, que a competência da justiça federal foi ampliada pela própria Constituição.

Outros raciocínios significativos são também trazidos, como o argumento de que o Brasil estaria comprometido internacionalmente por

³² Artigo publicado na Revista CEJ, pelo juiz federal Flávio Dino de Castro e Costa.

meio das Convenções 29 e 105 da OIT a combater o trabalho escravo e de que isso atrairia a competência da Justiça Federal.

Tal conteúdo poderia vir a funcionar como argumento fundador de decisões futuras? Seria entendido como obter dictum, ou seja, como argumento de pouca relevância na cadeia de raciocínio e que, portanto, teria a mera função de reforçar a tese apresentada?

Nesse sentido, considerando que esse voto dá ensejo à formação de um novo *leading case* no STF, revertendo a jurisprudência da Corte, é adequada a utilização de uma citação sobre a qual o Ministro não se coloca, não fornecendo, portanto, quaisquer elementos norteadores para futura interpretação de seu conteúdo?

As dúvidas aqui postas são levantadas pelos próprios ministros, em momento posterior ao voto.

O Ministro Sepúlveda Pertence, por exemplo, pergunta ao Ministro-relator se as convenções da OIT seriam um dos fundamentos de sua decisão. Nesse momento, o relator afirma que não:

“Entendo que isso reforça o raciocínio, mas esse não seria o meu argumento fundamental, porque, ao levarmos esse raciocínio adiante, toda convenção internacional firmada pelo Brasil induziria à competência da justiça federal, e não penso assim. Adoto esse ponto de vista como reforço de argumento.” (STF, RE 398.041, Ministro Joaquim Barbosa, p. 2030)

Nota-se que um importante esclarecimento aparece apenas no debate entre os ministros e não no voto do relator. Além disso, não há nele qualquer ressalva, levando ao entendimento de que o Ministro concorda, plenamente, com os argumentos colocados.

Também nesse debate, o argumento da competência limitada é retomado, sem qualquer referência ao precedente. O Ministro Carlos Velloso coloca argumento de ordem pragmática, no sentido de que a decisão pela competência federal poderia levar à diminuição das demandas, em função da distância da Justiça Federal, e, conseqüentemente, à impunidade, relativamente a esses delitos.

Outro importante fundamento é trazido durante debate entre os ministros. O Ministro Sepúlveda Pertence alega que se a jurisprudência

consolidada aplicava uma interpretação redutora - observando que nem todos os delitos previstos no título IV, CP, constituíam crimes contra a organização do trabalho - o intérprete constitucional não se subordinava ao legislador ordinário. De forma que também seria possível ampliá-la, considerando crimes não previstos no referido título como crimes contra a organização do trabalho. Por meio desse argumento, dá-se maior legitimidade à tese firmada e à técnica empregada.

Com relação aos efeitos da decisão, o Ministro Cezar Peluso atenta para a possibilidade de se sustentar, com base na nova tese, que qualquer grave ofensa a bem jurídico ocorrida no contexto de relações de trabalho, como um homicídio, configura crime contra a organização do trabalho. Já o Ministro Joaquim Barbosa afirma, em resposta, que somente ofensa à dignidade do trabalho, princípio constitucional que rege tais relações, é que leva à classificação do delito como tal.

Assim, diversos esclarecimentos sobre o novo entendimento estão contidos nos debates acerca do voto, de maneira que seria preciso ler a íntegra do acórdão para compreender a nova posição do Supremo e a racionalidade da decisão, a qual não está contida em nenhum voto inteiramente.

Por outro lado, esses debates aumentam o diálogo entre as diferentes posições defendidas e esclarecem possíveis incertezas a respeito do novo posicionamento do Tribunal e de sua extensão, tais como a suscitada pelo Ministro Cezar Peluso.

Acompanham o voto do relator todos os demais ministros, exceto os ministros Cezar Peluso Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Entretanto, ao analisar o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, percebemos que apesar de haver coincidência quanto à conclusão dos votos, as fundamentações são distintas.

Primeiramente, discorda o Ministro quanto aos fundamentos essenciais do voto do relator. Afirma que a decisão de competência não alterará o quadro de combate ao trabalho escravo, pois o Poder Judiciário não é federal, nem estadual, mas um dever de âmbito nacional, e o

ordenamento jurídico já prescreve os mecanismos necessários ao combate desse delito.

Discorda ainda do fundamento relacionado à dignidade da pessoa humana, uma vez que a própria noção de bem jurídico penal já engloba essa idéia.

Nesse sentido, entende que a solução do conflito reside na definição dos bens jurídicos penais tutelados:

“A questão, portanto, está em identificar a teleologia da norma constitucional que define a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho. Para tanto não creio que seja necessária uma mudança de posição do Tribunal em relação ao entendimento que vem sendo construído desde o precedente do RE 90.042” (STF, RE 398.041, Ministro Gilmar Mendes, p. 2062)

Notamos que há, aqui, preocupação em respeitar o precedente. E, nesse sentido, o Ministro defende a tese de que o crime de redução à condução análoga à de escravo, apesar de ferir, em princípio, a liberdade individual, pode, em casos específicos, passar a constituir grave ofensa a vários bens e valores constitucionais que dizem respeito à organização do Trabalho. Somente em tais casos a competência seria da Justiça Federal.

De forma que a análise da competência deve ser feita casuisticamente, observando a forma como foi cometido o crime, a quantidade de sujeitos envolvidos e a repercussão social causada.

Assim, em síntese, a regra da competência fixada pelo art. 109, inciso VI, da Constituição, deve incidir apenas naqueles casos em que esteja patente a ofensa a princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo país.

Conclui-se que o entendimento do Ministro Gilmar Mendes também amplia o sentido da tese anterior, incluindo na classificação de “crimes contra a organização do trabalho” crimes praticados contra apenas um trabalhador, quando satisfeitas as demais exigências.

Entretanto, essa ampliação de sentido é bastante singela quando comparada ao proposto pelo relator e se funda em argumentos bastante diversos.

Nesse sentido, apesar de constar na ementa que a tese vencedora consta do voto do relator, vencidos apenas os ministros citados, podemos afirmar que há outra tese formulada no voto do Ministro Gilmar Mendes, e seguida pelo Ministro Eros Grau, também vencida.

Com isso, têm-se três posições defendidas no acórdão: pela competência da Justiça Estadual, os ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Carlos Velloso; pela competência da Justiça Federal, a tese defendida pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence e a apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, seguida pelo Ministro Eros Grau.

Quanto à tese vencida é interessante observar que ela se funda na jurisprudência consolidada da Corte, sendo o Ministro Marco Aurélio o único a citar diversos precedentes da Corte na matéria, além do RE 90.042.

3.1.5 Conclusões

A partir da análise dos casos, podemos concluir que ocorreram na Corte duas situações significativas.

Se no RE 90.042 restara firmado que havia competência da Justiça Federal apenas para processar e julgar ações penais relativas a crimes que ofendessem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores; com o julgamento do RE 398.041, passou-se a entender que também os crimes que atingem a esfera de direitos fundamentais, ainda que apenas de um trabalhador, são enquadráveis nessa categoria de crimes, cabendo, portanto, à Justiça Federal processá-los e julgá-los.

Assim, a *holding* anterior³³ foi ampliada, passando a permitir o enquadramento de outros crimes como sendo de competência da Justiça Federal.

³³ O art. 109 VI, da Constituição Federal, atribuiu competência à Justiça Federal apenas para processar e julgar ações penais relativas a crimes que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores.

	<i> Holding </i>	 Fundamento 1 	 Fundamento 2
 Tese refutada 	Crimes contra a organização do trabalho são aqueles que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores. Compete à Justiça Federal julgá-los.	O conceito constitucional de “Crimes contra a organização do Trabalho” é diferente daquele contido no Código Penal.	O que justifica a atribuição de competência para Justiça Federal Comum, nessa matéria, é um interesse de ordem geral. Por isso, se atribui à união sua tutela.
 Tese firmada 	Também são crimes contra a organização do trabalho são aqueles que atingem a esfera de direitos fundamentais do trabalhador, cabendo à Justiça Federal processá-los e julgá-los.	A regra da competência fixada pelo art. 109, inciso VI, da Constituição, deve incidir apenas naqueles casos em que esteja patente a ofensa a princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo país	A “organização do trabalho” deve necessariamente englobar o homem. Quando os crimes atingem tais direitos, a competência é da Justiça Federal, independentemente da previsão posta no Código Penal

Em conseqüência, com relação ao delito previsto no art. 149, do Código Penal, ocorreu verdadeira reversão jurisprudencial. O crime passou a ser de competência da Justiça Federal, quando relacionado ao Trabalho, ainda que cometido contra apenas um trabalhador.

Quanto ao enfrentamento dos precedentes, os ministros reconheceram a existência de “vetusta orientação predominante em nossos Tribunais” em sentido contrário ao que defenderam, assim como de diversos precedentes da própria Corte, declarando a competência da Justiça Estadual em casos análogos.

Utilizaram, entretanto, a estratégia de enfrentar apenas o *leading case* do entendimento anterior, RE 90.042, declarando que os casos ulteriores haviam-no aplicado de forma distorcida.

Tal estratégia evitou o debate a respeito do RE 159.527, por exemplo, o qual também versava sobre trabalho escravo e no qual o Supremo entendera que não havia competência da Justiça Federal.

Assim, esse recurso reduziu o ônus enfrentado pelo Tribunal, limitando tal carga a um caso, em lugar de jurisprudência nitidamente consolidada.

Quanto ao entendimento anterior, podemos dizer que o STF identificou a *holding*, expressamente. Já os seus fundamentos foram afastados por meio de novos argumentos, de forma indireta.

Ao fundamento 1 da *holding* anterior – disparidade entre os conceitos expresso pela Constituição e pelo Código Penal – não há qualquer menção.

Com relação ao fundamento 2 – quando há interesse de ordem geral se atribui a tutela à União – podemos afirmar que houve profundo debate e que o voto do Ministro relator busca inserir nesta racionalidade a tese apresentada. Diante de ofensa a princípios constitucionais tão caros, haveria claro interesse de ordem geral e, conseqüentemente, caberia à Justiça Federal apreciar tais delitos.

O terceiro fundamento, referente à limitação da competência da Justiça Federal, foi abordado ao longo dos debates e afastado pelos ministros sob a prerrogativa dada pela própria tese anterior, que reduzira a competência da Justiça Federal. Se fora possível reduzi-la, seria possível ampliá-la. Tal debate, entretanto, também não consta do voto do relator.

O último argumento – compatibilidade entre a tese outrora firmada e a Carta Constitucional de 1988 – também não foi diretamente enfrentado. Porém, é interessante perceber que os argumentos trazidos pelo voto do relator apresentam relação direta com o espírito da Constituição de 1988, os quais não encontravam similar magnitude na Carta de 1967. A evocação da dignidade humana, dos direitos fundamentais, da valorização do trabalho poderia ter sido utilizada como forma de demonstrar a inaplicabilidade da tese anterior frente ao novo texto constitucional.

Constatamos, ainda, que apesar de se afirmar que a nova tese estava em consonância com a anterior, adotou-se um novo posicionamento, cuja conseqüência última foi a alteração e ampliação da competência da Justiça Federal.

Além disso, se antes o debate focara na existência ou não de exata correspondência entre os termos empregados pela Constituição Federal e pelo Código Penal, o Supremo, neste caso, amplia o entendimento, ignorando tal questão e possibilitando que quaisquer outros crimes, ainda

que previstos em outros Títulos do Código Penal sejam considerados crimes contra a organização do Trabalho.

Podemos afirmar que o principal argumento para a nova Conclusão foi a importância dada pela Constituição de 1988 aos direitos fundamentais, notadamente, à dignidade da pessoa humana.

Em verdade, torna-se interessante perceber que tal argumento foi utilizado para fundamentar decisão a respeito de Conflito de Competência e, para nós, ainda permanece duvidoso em que medida competir à Justiça Estadual processar e julgar tais ações contrariaria tais princípios constitucionais.

Quanto à nova tese estabelecida, acreditamos que o voto do relator não contém todos os elementos (*holding* e argumentos fundamentais) da decisão, sendo necessária a leitura integral do acórdão para identificá-los.

Igualmente, não sabemos ao certo se, tal como exposto na ementa, todo e qualquer direito fundamental poderia servir de fundamento para configurar crime contra a organização do Trabalho, ou se apenas crimes contra a dignidade do trabalho seriam enquadráveis nessa definição.

Sob um aspecto geral, acreditamos que o Supremo, ao alterar este entendimento, teve aceitável preocupação com a uniformidade jurisprudencial, enfrentando, em parte, sua jurisprudência, afastando a *holding* anterior e, indiretamente, seus fundamentos e firmando em um acórdão razoavelmente claro as novas diretrizes interpretativas da Corte, nessa matéria.

3.2 Caso Depósito Prévio

Depósito prévio da importância em litígio como condição de admissibilidade de recurso administrativo

3.2.1 Tema

Em diferentes âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro – notadamente, na legislação trabalhista, tributária, previdenciária e ambiental – há previsão de depósito prévio como requisito para interposição de recurso administrativo contra sentença proferida em primeira instância.

Durante um longo período - 1954 a 2007, período em que os acórdãos analisados foram proferidos - o Supremo Tribunal Federal entendeu que tal exigência consistia em condição de admissibilidade e garantia recursais, sendo totalmente constitucional.

Entretanto, em 28/03/2007, no RE 388.359, o Tribunal declarou a contrariedade do instituto frente à Constituição Federal de 1988, com ofensa aos princípios da igualdade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, incisos XXXV, LI e LV, da Constituição Federal.³⁴

3.2.2 Seleção dos precedentes

Inserindo o termo “depósito prévio ‘e’ recurso administrativo” na seção de pesquisa de jurisprudência no sítio do Tribunal, encontramos 80 decisões. Foram acrescentadas a tal universo outras decisões citadas pelos acórdãos selecionados.

³⁴ Artigo 5º:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
LI – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Analisamos, então, o material, descartando aquelas cujo conteúdo não apresentava direta relação com o tema em debate.³⁵ Como resultado, restou um conjunto de 49 acórdãos³⁶, sobre os quais aplicamos o método de Alec Fisher e tecemos as considerações expostas a seguir.

3.2.3 Análise dos precedentes

Pela análise dos casos, percebemos que a tese anterior – segundo a qual o depósito prévio como condição de recorribilidade é constitucional – foi aplicada em diversos acórdãos, mas que dois deles, ADI 1049 e RE 210.246, são citados reiteradamente como *leading cases*, ou seja, como aqueles nos quais esse entendimento teria sido firmado.

De forma recorrente, a existência desses dois julgados aparece nos votos e nas ementas como a única fundamentação da decisão.

Por isso, além de analisar, como mencionado, todas as decisões selecionadas, exporemos detalhadamente a argumentação desenvolvida nos *leading cases*, visando a compreender a tese firmada e a sua aplicação pelo STF.

O primeiro caso analisado, RMS 2.704, data de 1954. Na ementa, lê-se:

“É imprescindível o depósito prévio da importância em litígio, para a propositura da ação anulatória de débito fiscal, não importando esteja pendente ainda, o procedimento administrativo fiscal” (STF, RMS 2.704, Ministro-relator Ribeiro da Costa, p. 47)

³⁵ RE 107698, o mérito não tem relação com a questão; AC 1566 MC-QO, não entra no mérito da constitucionalidade; Agravo de Instrumento nº 372.658 – refere-se a cópia de sentença que foi anexada posteriormente; RE 370518 AgR e AI 384104 AgR – tratam de questão formal (ausência de pré questionamento); RE 184069 e RE 245914 – tratam de questão distinta (imissão provisória e expropriação); ADI 2251 MC; RMS 1954 – trata de recurso interposto frente ao poder judiciário (...).

³⁶ REMS 12.761, ADI 1.049, RE 210.235, RE 210.246, RE 215.979, RE 169.077, RE 223.436, RE 231.320, RE 235.833, RE 210.244, RE 245.914, ADI 1922, ADI 1976, RE 253.085, RE 259.148, RE 263.378, RE 280.941, RE 282.243, RE 285.580, RE 287.785, RE 309.033, RE 356.131, RE 310.321, RE 312.020, RE 348.715, RE 344.702, RE 321.546, RE 372.658, RE 374.423, RE 371.984, RE 393.435, RE 342.890, RE 251.908, RE 390.708, RE 357.311, RE 359.801, RE 399.782, RE 401.808, RE 368.441, RE 371.778, RE 440.362, RE 384.144, RE 432.441, RE 534.180, RE 521.439, Ação Cautelar 636-8, ADI 1976, RE 389.383, RE 388.359

Trata-se da *holding* que será confirmada nos julgados posteriores com relação aos recursos administrativos, afirmada, porém, com relação à ação anulatória de débitos fiscais.

O argumento trazido para sustentá-la é o seguinte: o depósito prévio da importância em litígio não feriria o direito de defesa, posto que esse já fora satisfeito quando do julgamento em primeira instância.³⁷

Como demonstraremos, tal *holding* e tal argumento serão perpetuados pela jurisprudência da Corte, com relação ao recurso administrativo.

Em 1966, no RMS 12.761, o pleito é novamente analisado pelo STF, desta vez, com relação ao recurso administrativo. A decisão é compatível com o firmado no MS 2.704:

"O depósito prévio em dinheiro exigido por lei, não contraria a Constituição" (STF, RMS 12.761, p. 32)

Percebemos que já na égide da Constituição de 1946 o Tribunal entendera que o depósito prévio como condição para interpor recurso administrativo não apresentava qualquer inconstitucionalidade. De forma que, em caso de reversão, o STF teria que justificar frente à nova Carta Constitucional as razões pelas quais tal entendimento perdera sua legitimidade.

A partir da década de 90, o número de decisões, nessa matéria, aumenta exponencialmente. Três casos se mostram particularmente relevantes para a análise: ADI 1.049; RE 210.235 e RE 210.246.

Neles ocorre o embate entre as diferentes posições dos ministros e a convergência da Corte em um pensamento majoritário.

O Tribunal firma como constitucional a exigência de depósito prévio para interpor recurso administrativo, sem contrariedade aos incisos do art. 5º, CF. Primeiramente, por entender que não há garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição. Em segundo lugar, porque o direito de defesa é

³⁷ Nos termos da decisão: "À recorrente não assiste direito líquido e certo no sentido de obrigar a autoridade administrativa a manifestar-se sobre o fiador oferecido, uma vez que, recorrendo à via judiciária, teve aquela autoridade coactora por abandonado, ipso facto, o anterior procedimento." (STF, RMS 2.704, 1954, p. 2)

exercido amplamente em primeira instância. E finalmente, por ser legítima exigência da multa, uma vez que não constitui mera penalidade, mas sim garantia recursal, embasada em decisão fundamentada.

A partir de 1997 observamos o gradual fortalecimento da jurisprudência da Corte. As decisões passam a ser unânimes ou a ter uma única dissidência – o Ministro Marco Aurélio – o qual se mantém contrário à tese firmada.

Já em 1998, os acórdãos tornam-se mais concisos e a fundamentação mais sucinta. Percebemos que, em diversos julgados, a votação é unânime nos termos do voto do relator e a cadeia de raciocínio estabelecida consiste na Conclusão ou *holding*, que afirma a constitucionalidade do depósito prévio, fundada unicamente no fato de a jurisprudência do STF estar firmada nesse sentido. Também as ementas passam a trazer apenas o *leading case* (RE 210246 ou ADI 1049) e a Conclusão.³⁸

No RE 169.077, julgado ainda em 1997, o relator, Ministro Octavio Galloti entende que a exigência de depósito prévio da multa em recurso administrativo (C), utilizando como único fundamento a alegação de que a jurisprudência da Corte está firmada nesse sentido, citando como precedentes a ADI 1.049 e RE 210.246 (Rb).

No Agravo Regimental em recurso extraordinário nº 259.148, julgado em 2000, por exemplo, o voto do relator, Ministro Nelson Jobim, é extremamente sucinto, assemelhando-se a uma súmula. Diz apenas:

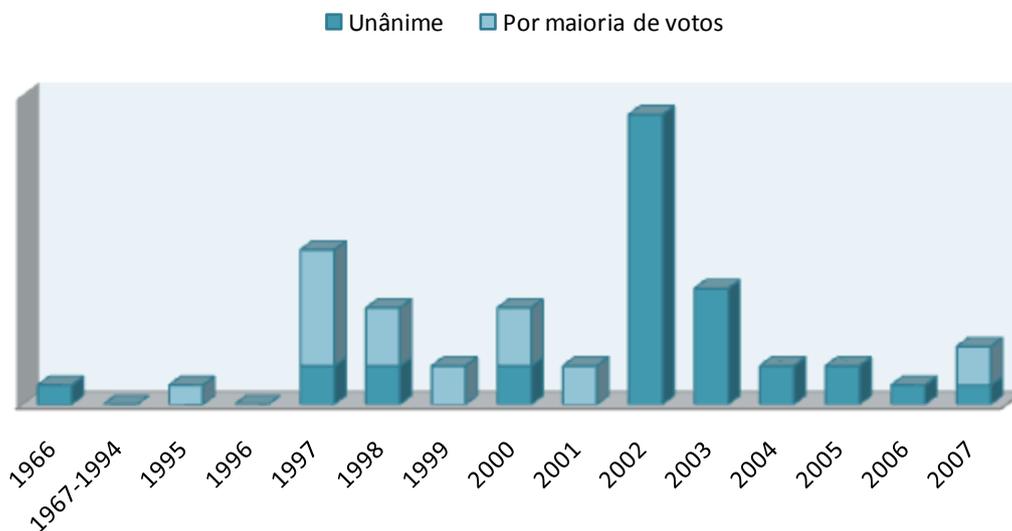
“Não contraria a CF a exigência do prévio recolhimento de multa para o recebimento do recurso administrativo. Essa é a orientação do STF conforme precedente referido no despacho gravado – ADI 1.049.” (STF, RE 259.148, Ministro Nelson Jobim, p. 817)

Outro efeito da solidificação jurisprudencial são decisões por unanimidade de votos. Na tabela abaixo, podemos observar que após o ano de 1998, apesar de ter se consolidado a posição da Corte, ainda há decisões por maioria de votos, fruto da participação do Ministro Marco Aurélio no julgamento. O Ministro manteve fielmente suas convicções pela

³⁸ RE 282.243, 2000, RE 348.715, 2002, e praticamente todos os que seguem, até a reversão jurisprudencial, em 2007.

inconstitucionalidade. Ainda assim, dentre 2002 e 2007, ausente o Ministro nos julgamentos, consolida-se inegavelmente a posição da Corte, havendo dissidências apenas em 2007, quando da reversão jurisprudencial.

Casos Julgados



Passemos à análise dos casos intitulados pelo STF como *leading cases*.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.049 – de 1995

- O Caso

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos contra o Presidente da República e o Congresso Nacional, propondo a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 446, de 1994, que alterara dispositivos da Lei 8.212 e da Lei 8.213, de 1991³⁹.

Entre os dispositivos impugnados por inconstitucionalidade, está o art. 93, da Lei 8.212, de 1991, com a redação da Lei 8.870, de 1994. Conforme o artigo, qualquer recurso contra decisão do INSS que aplicar

³⁹ Analisaremos os votos apenas quanto às questões relacionadas à tese revertida pelo caso paradigma.

multa por desrespeito à legislação previdenciária só terá seguimento com o depósito da multa.⁴⁰

Alega a recorrente⁴¹ que a redação é inconstitucional por ferir o direito de defesa amplo, assegurado pelos incisos XXXV, LIV e LV, art. 5º da Constituição Federal de forma que interessado apenas tem seu pleito analisado caso disponha do depósito em pecúnia.

No caso a Corte declara constitucional o dispositivo, por entender, vencido o Ministro Carlos Velloso e o Ministro Marco Aurélio, que a exigência de depósito prévio da multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo era compatível com a Constituição.

- Análise dos Votos

Tese Vencedora

Os dois votos contidos no acórdão são bastante sucintos.

O Ministro Néri da Silveira indefere a cautelar, considerando a exigência de depósito prévio constitucional (C). Como fundamento dessa constitucionalidade, afirma já ter sido decidida a mesma questão na ADI 1048, julgada apenas um mês antes (Rb).

Já o Ministro Sepúlveda Pertence afirma:

“Consideraria de mais alta relevância a arguição se se exigisse o depósito para a garantia da defesa prévia à decisão da autarquia. Não é o caso. O que se exige é o depósito para um recurso administrativo, já proferida a decisão da autarquia. Ora, como o devido processo legal não impõe sequer o direito à existência do recurso administrativo (Rb - 1), não vejo de que maneira o condicionamento do seu exercício ao depósito poderia afetar a garantia do devido processo legal (CI).” (STF, ADI 1.049, Ministro Sepúlveda Pertence, p. 221)

Assim, conclui também pela constitucionalidade da exigência de depósito presente no art. 93, da Lei 8.212/91. (C)

⁴⁰ Lei nº 8.870/94: Art. 93 – O recurso contra a decisão do INSS que aplicar multa por infração a dispositivo da legislação previdenciária só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa atualizada monetariamente, a partir da data da lavratura.

⁴¹ Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos.

Tese vencida

O Ministro Carlos Velloso, em seu voto, declara inconstitucional o art. 93, da Lei 8.212 (Conclusão) por acreditar que esse dispositivo conflita com o direito de defesa e com o devido processo legal, incisos LIV e LV, art. 5º, CF (Conclusão Intermediária). Isso por que:

“O devido processo legal, com as suas implicações – e a maior delas é o princípio da ampla defesa – aplica-se também ao processo administrativo: CF, art. 5º, LV. Ora, condicionar o seguimento do recurso administrativo ao depósito do quantum discutido, atualizado monetariamente, é estabelecer óbice ao direito de defesa, o que é repellido pelo duo process of Law consagrado na Constituição, assegurador do direito de defesa com os meios e recursos a ela inerentes.” (ADI 1.049 p. 211) (Razão básica de CI)

Ressalta, contudo, não haver inconstitucionalidade no que se refere ao inciso XXXI, art. 5º, CF, uma vez que o depósito em nada ofende o princípio da inafastabilidade do controle judicial.

O Ministro Marco Aurélio acompanha o relator.

Recurso Extraordinário 210.246 – 1997

- O Caso

O recurso foi proposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que desautorizou a exigência de depósito prévio como condição para que uma empresa punida com multa pelo Ministério do Trabalho tivesse conhecido recurso administrativo por ela interposto.

A União recorreu por entender que, ao contrário do que afirmara o Tribunal, tal exigência, contida no art. 636, §1º, CLT, não ofendia o princípio da ampla defesa.

Os ministros debatem no acórdão a constitucionalidade do referido dispositivo em face ao art. 5º, LV da Constituição e concluem que o dispositivo foi recebido pela Carta de 1988.

A decisão, entretanto, não é unânime. Defendem a tese vencedora: Ministros Nelson Jobim, Moreira Alves, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Octavio Galloti. Ficam vencidos: Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Néri da Silveira.

- Análise dos Acórdãos

Tese vencedora

O Ministro Nelson Jobim entende não haver qualquer lesão ao direito de defesa, em consonância com os julgados anteriores, a exemplo da ADI 1049.

Em mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence, afirma que o depósito é constitucional visto que na ausência deste a decisão ficaria susceptível a infinitos recursos, alargando demasiadamente o sentido do termo "recursos a ela inerente" trazido pelo dispositivo. Afirma:

"A levar às últimas conseqüências a tese de que, ao dar o recurso, tem-se que deixar de condicioná-lo a qualquer forma de execução, de logo eliminamos toda forma de execução provisória." (STF, ADI 1.049, Ministro Sepúlveda Pertence, p. 629) (Rb-2)

"... é vedar que se subordine o recurso administrativo a garantia da exeqüibilidade, quando – e isso é outro princípio basilar na ordem constitucional – a eventual dificuldade gerada ao recurso administrativo tem como único efeito precipitar a abertura da via constitucional." (STF, ADI 1.049, Ministro Sepúlveda Pertence, p. 640) (Rb-3)

Na mesma esteira, vota o Ministro Octavio Galloti. O Ministro afirma que o dispositivo e a exigência são constitucionais (C), pois:

"... a lei ao criar um recurso que poderia não instituir, pode submetê-lo à exigência do depósito, ficando a ampla defesa assegurada quanto à decisão de primeira instância." (STF, ADI 1.049, Ministro Octavio Galloti, p. 641) (CI-1)

Isso por que, segundo ele, não há direito ao duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro. (Rb-1)

Ainda a favor da tese vencedora, vota o Ministro Moreira Alves. Afirma que o dispositivo é constitucional e o argumento contrário é

inaceitável (C). Para fundamentar essa conclusão, utiliza três argumentos. O primeiro consiste:

“Se, mesmo em juízo, se pode exigir que se garanta a execução provisória, obviamente não se pode impedir que se submeta o recurso administrativo à exigência de depósito...”⁴²(STF, ADI 1.049, Ministro Moreira Alves, p.642) (Rb-1)

Além disso, afirma que a ampla defesa é amplamente respeitada na primeira instância administrativa (Rb-2) e que, a não ser assim, toda execução provisória seria inconstitucional (Rb-3)

Tese Vencida

Os Ministros Ilmar Galvão (relator), Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Marco Aurélio defendem a inconstitucionalidade do dispositivo por entenderem que a exigência do depósito na esfera administrativa não tem fundamento jurídico e pode acarretar óbice ao direito de defesa.

O Ministro-relator reconhece a existência de precedente da Corte em sentido contrário, citando a ADI 1049. Utiliza-se do voto vencido naquela ação para reforçar a sua posição, trazendo trecho do voto exposto pelo Ministro Joaquim Barbosa, quando daquele julgamento.

Podemos resumir a tese exposta nos seguintes termos: O art. 636, §1º, CLT não foi recebido pela carta de 1988 (C), pois que a exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade de recurso administrativo é inconstitucional (CI). Tal entendimento já fora exposto na Corte, na ADI 1049, pelo relator Ministro Moreira Alves, e os fundamentos nele assentados são irrefutáveis - “O devido processo legal, com as suas implicações – e a maior delas é o princípio da ampla defesa – aplica-se também ao processo administrativo: CF, art. 5, LV. Ora, condicionar o seguimento do recurso administrativo ao depósito do quantum discutido, atualizado monetariamente, é estabelecer óbice ao direito de defesa, o que repellido pelo *due process of Law* consagrado na Constituição, assegurador do direito de defesa com os meios e recursos a ela inerentes” (Rb-1) (p.631).

O Ministro Marco Aurélio se posiciona pela inconstitucionalidade do §6º, art. 636, CLT (C). E argumenta que em alguns casos a exigência de depósito prévio representa um óbice ao exercício do direito de defesa, inviabilizando que o interessado interponha recurso (Rb).

Essa posição será mantida e reiterada pelo Ministro em julgamentos ulteriores. O que observamos é que os demais ministros acabam por aceitar a posição majoritária da Corte, renunciando à alegação de inconstitucionalidade.

Já o Ministro Marco Aurélio segue pelo caminho contrário. Em cada julgamento aprofunda seu voto e traz novos elementos para fundamentar a inconstitucionalidade presente na matéria.

Na ADI 1.049 o Ministro afirmara que “à primeira vista”⁴³ a exigência de depósito prévio poderia se mostrar inconstitucional. Neste julgamento, observamos certo amadurecimento de sua posição, agora baseada em um princípio constitucional.

Já no RE 215.979, o Ministro afirma:

“... entendo que, se a legislação prevê o recurso, não pode, ao mesmo tempo, inviabilizar essa via de defesa compelindo, em si, o infrator ao depósito da totalidade da multa.” (STF, RE 215.979, Ministro Marco Aurélio, p. 1060)

Em 1999, no julgamento de Medida Cautelar das ADI 1976 E 1922 o Ministro, mais uma vez, pede vênia para discordar. E, dessa vez, faz um voto mais complexo, elencando diversos argumentos a favor da inconstitucionalidade dessa exigência de depósito.

Ao julgar o RE 253.085, já em 2000, o Ministro sintetiza os principais argumentos por ele defendidos para declarar a inconstitucionalidade: “... a exigibilidade do depósito da multa acaba, em certos casos, em face do montante e da situação econômico-financeira do infrator, por inviabilizar o direito de defesa.”⁴⁴; ofensa ao princípio do devido processo legal, pois o Estado não pode “dar com uma mão e retirar com a outra” (expressão por

⁴³ O Ministro Marco Aurélio: “... entendo que, pelo menos à primeira visão, mostra-se contrária ao mandamento constitucional alusivo ao devido processo administrativo a exigência do depósito de multa para que se possa recorrer.” (STF, ADI 1.049, 1995, p. 219).

⁴⁴ STF, RE 253.085, Ministro Marco Aurélio, p. 2239.

ele empregada em diversos votos, como neste, à página 2239), prevendo o recurso, de um lado, e colocando óbice para interpô-lo, de outro;

Além da ADI 1.049 e do RE 262.651, outros casos são esporadicamente citados como *leading cases*.

O RE 210.235, também julgado em 1997, é um desses julgados. No acórdão publicado, consta apenas o voto do relator, Ministro Maurício Corrêa, acompanhado pelos demais ministros.

Conclui que a exigência do depósito prévio da multa para posterior interposição do recurso administrativo não viola o princípio da ampla defesa (C), posto que:

Rb-1: em fase anterior, assegurou-se à recorrida o contraditório. Entende que nesta fase, **está ultrapassada a fase do contraditório**.

RB-2: a multa constitui garantia recursal e não apenas penalidade, visto que **aferida em decisão fundamentada**

Rb-3: Há um precedente da Corte neste sentido - **ADI 1049**.

Outro julgamento relevante se dá com o deferimento da medida cautelar nas ADI 1922 e ADI 1976, no qual o Ministro Moreira Alves, além de reafirmar o conteúdo dos *leading cases*, coloca um novo argumento, que passa a ser reafirmado nos julgamentos posteriores.

Trata-se da alegação de que na exigência de depósito não há qualquer ofensa à isonomia, pois o depósito é apresentado como valor percentual do débito, sendo igual perante todos os devedores.

Interessantíssimo é o voto do Ministro Carlos Velloso, que apesar de, outrora, ter votado pela inconstitucionalidade do dispositivo, reconhece que a Corte consolidou interpretação em sentido contrário. E, diante disso, opta por não mais insistir em divergir, votando pela constitucionalidade.

O Ministro manifesta, como se vê, deferência perante o decidido pela Corte em casos anteriores e faz a opção em decidir contra sua opinião sobre o caso. Essa conduta pode ser interpretada como preocupação do Ministro em conferir uniformidade à jurisprudência do STF naquela matéria.

O Precedente Formado

Holding

A exigência de depósito prévio para interpor recurso administrativo é constitucional.

Argumentos Essenciais

Fundamento 1

Não existe garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição.

Fundamento 2

Não há lesão ao inciso LV do art. 5º, pois direito de defesa e o contraditório são amplamente exercidos na primeira instância.

Fundamento 3

O depósito prévio não constitui mera penalidade, mas pressuposto de admissibilidade e garantia recursais, já que decorre de decisão fundamentada.

Fundamento 4

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada neste sentido.

Note-se que a jurisprudência é um dos argumentos que se torna essencial a *holding* e como salientamos, passa a ser o único fundamento empregado para motivar as decisões.

3.2.4 Caso Paradigma

- Informações Básicas

<u>Recurso Extraordinário 388.359</u>
Data Julgamento: 28/03/2009
Partes Litigantes: HTM Distribuidora de Melão LTDA x União
Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Supremo Tribunal Federal
Presidência: Ministro Maurício Corrêa
Relator: Ministro Marco Aurélio
Composição da Corte: Ministros Ellen Gracie, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Brabosa, Rizado Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Carmen Lúcia e Carlos Britto.
Decisão Unânime/Votos vencidos: Não. Ministro Sepúlveda Pertence

- O Caso

O Recurso foi interposto pela HTM Distribuidora de Melão LTDA contra decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa tem o seguinte teor:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO VOLUNTÁRIO. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO RECURSAL. CONDIÇÃO DE RECORRIBILIDADE. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO STF.

1. A exigência de depósito para a interposição de recurso administrativo não constitui violação ao art. 5º, LV, da CF/88, conforme entendimento do STF.

2. Apelação improvida.”

Desta decisão, foi interposto recurso sob alegação de inconstitucionalidade do depósito exigido, com base nos incisos XXXI, alínea “a” e LV, da Constituição Federal, interpôs o recurso extraordinário.

Em função da sólida jurisprudência da Corte por nós estudada, havia expectativa de que a decisão deste Recurso Extraordinário fosse proferida em consonância com a tese afirmada em numerosos precedentes.

Entretanto, o STF conheceu do recurso e declarou inconstitucional o depósito prévio como condição de recorribilidade, por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, da proporcionalidade e do devido processo legal.

Este recurso foi julgado conjuntamente com o RE 389.393 e na mesma sessão da ADI 1.976. Por essa razão, analisaremos o conteúdo dos três acórdãos para compor as considerações a respeito da reversão jurisprudencial.

- Análise do Acórdão

O Ministro Marco Aurélio é relator para o acórdão, como esperado. O Ministro inicia o voto citando julgamentos⁴⁵ em que defendera a inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para recorrer administrativamente, ficando vencido.

Nesse sentido, os argumentos que conduzirão o Tribunal a reverter sua jurisprudência coincidem com aqueles já manifestados diversas vezes pelo Ministro nos precedentes da Corte.

O Ministro Celso de Mello traz como subsídio a posição favorável da doutrina ao novo entendimento, citando Roque Antonio Carraza, Sacha Calmon Navarro Coelho, entre outros, assim como a jurisprudência de Tribunais inferiores, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça.

Exceto pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que vota pela constitucionalidade, os demais ministros utilizam argumentos bastante semelhantes para sustentarem suas posições:

⁴⁵ RE 210.246; RE 210.234; RE 210.369; RE 210.380; RE 218.752; todos julgados em 1997.

Argumentos	Utilizam	Não utilizam
Direito de petição	Todos	-
Direito de ampla defesa e contraditório	Todos	-
Princípio da Proporcionalidade	Joaquim Barbosa e Cezar Peluso	Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Carlos Britto, Celso de Mello, Gilmar Mendes
Isonomia	Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski	Marco Aurélio, Eros Grau, Carlos Brito, Celso de Mello, Gilmar Mendes
Devido Processo Legal	Todos	-

Percebemos que dois importantes fundamentos inéditos aparecem para conformar a nova jurisprudência a respeito do tema – ofensa ao princípio da isonomia e inobservância ao princípio da proporcionalidade. Entretanto, esses argumentos não são perfilhados em todos os votos e não estão no voto do relator, restando a possibilidade de confirmação ou esquecimento pelos acórdãos ulteriores.

Com relação à citação de jurisprudência, os Ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes não mencionam qualquer precedente⁴⁶. O Ministro Cezar Peluso profere voto vista, tendo ponderado longamente sobre o tema. Ainda assim, não traz precedentes da Corte; por outro lado, cita longamente a doutrina.

Já o Ministro Celso de Mello utiliza vários acórdãos de outros tribunais e do próprio Supremo para reforçar argumentos que traz. Quanto à jurisprudência da Corte na matéria, reconhece a necessidade de sua reversão, mas, não alude a tese anterior no tocante aos fundamentos ou à *holding*.

O Ministro Joaquim Barbosa, por outro lado, utiliza amplamente os precedentes da Corte.

Cita os seguintes precedentes: ADI 1.049-MC, RE 210.246, ADI 1.922-MC e 1.976-MC. E afirma que em todos esses julgados ficou

⁴⁶ Os Ministros Eros Grau e Cármen Lucia apenas acompanham o relator.

consagrado, embora sempre por maioria, que a exigência do depósito prévio era constitucional. Refere-se assim, à *holding* anterior.

Cita ainda trecho do voto do Ministro Moreira Alves nas cautelares das ADI 1.922-MC e 1.976-MC e utiliza ainda o voto vencido do Ministro Carlos Velloso, na ADI 1.049 para fundamentar o argumento de ofensa ao princípio do contraditório⁴⁷.

Já o Ministro Sepúlveda Pertence cita seu próprio posicionamento na ADI 1.922-MC e mantém a argumentação.

Em um determinado momento os ministros passam a utilizar como fundamentação trechos de votos que proferiram em outros julgamentos, por vezes referindo-se a esses casos como *leading cases*.

Por vezes, selecionam os julgados que mais se relacionam ao caso concreto sob análise, havendo um aspecto positivo: observam o precedente e extraem dele o que deve ser aplicado.

Contudo, é possível questionar se a citação de diferentes precedentes em uma matéria como "*leading cases*" não constituiria um problema de coerência, tornando obscuro o processo de formação da jurisprudência na Corte.

Quanto ao entendimento superado, podemos afirmar que os ministros não mencionam expressamente os fundamentos da tese anterior ao afastá-la, exceto o Ministro Joaquim Barbosa. Apenas a *holding* é trazida. Porém, os seus fundamentos são afastados indiretamente pela propositura de novos argumentos.

O Fundamento 1 da tese refutada - não existe garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição - é enfrentado sem qualquer referência aos precedentes, pelo voto do Ministro Joaquim Barbosa quando afirma que:

"As relações entre Estado e administrados devem desenvolver-se legitimamente não apenas no âmbito judicial, mas também no âmbito da própria administração. (...) A consecução da democracia, de último modo, depende da ação do Estado na promoção de um procedimento administrativo que seja: (i) sujeito ao controle dos órgãos democráticos, (ii) transparente e (iii) amplamente acessível aos administrados." (STF, RE 388.359, Ministro Joaquim Barbosa, p. 823)

⁴⁷ STF, RE 388.359, Ministro Joaquim Barbosa, p. 826.

O Ministro afirma que ao tornar o procedimento administrativo impossível ou inviável, por meios indiretos, constitui ofensa ao princípio da legalidade e que essa ofensa, por diversas vezes, leva à violação de direitos fundamentais.⁴⁸

Já o segundo fundamento da tese anterior - Não há lesão ao inciso LV, do art. 5º, CF/88, pois direito de defesa e o contraditório são amplamente exercidos na primeira instância - é amplamente afastado pelos ministros. Afirmam que a ofensa ocorre em função da ampla garantia constitucional de esgotar também o processo administrativo.

O Ministro Joaquim Barbosa declara que o direito ao recurso administrativo é um direito fundamental e um princípio geral do direito, havendo sim garantia constitucional a esse recurso. Nesse sentido, afirma que como direitos fundamentais, estão protegidos pelos princípios do direito de petição e do contraditório.

Já o terceiro fundamento - o depósito prévio não constitui mera penalidade, mas pressuposto de admissibilidade e garantia recursais, já que decorre a responsabilidade de decisão fundamentada - refere-se à natureza do depósito, que, diante de todas as demais inconstitucionalidades argüidas, se torna irrelevante afastar.

O Ministro afirma ainda que se fere o princípio da proporcionalidade, pois não está presente o requisito da adequação quando se impõe o depósito prévio como requisito sine qua non, e tampouco quanto à necessidade ou a proporcionalidade em sentido restrito.

Finamente, o quarto fundamento - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada nesse sentido - não é enfrentado.

Apenas os Ministro Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa afirmam que reviram suas posições, alegando que o entendimento anterior não se sustenta frente à nova égide constitucional:

“... uma reflexão mais acurada realmente me permitiu rever essa orientação, pelo menos no que diz respeito ao procedimento administrativo” (RE 388.359 Min. Gilmar Mendes p. 865)

⁴⁸ STF, RE 388.359, Ministro Joaquim Barbosa, p. 825.

Com relação à clareza, a ementa do caso, traz apenas o fundamento de ofensa ao princípio da ampla defesa. É extremamente sintética, não revelando o conteúdo do acórdão e os fundamentos da nova tese.

Não havia neste caso ônus quanto ao enfrentamento do caso concreto. Isso porque para solução da controvérsia, bastava a resolução da questão de direito.

3.2.5 Conclusões

No geral, o Plenário admite a existência de jurisprudência consolidada da Corte em sentido contrário. Entretanto, não exploram os precedentes ou os *leading cases* que eram trazidos para fundamentar a tese anterior. Não analisam o conteúdo dessas decisões. Diz o Ministro Celso de Mello:

“Novamente ponderando o tema suscitado na presente causa, e após refletida análise sobre ele, cheguei à conclusão, Senhor Presidente, de que se impõe a revisão da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em debate.” (STF, RE 388.359, Ministro Celso de Mello, p. 852.)

É possível afirmar que a partir da decisão proferida no RE 388.359, o STF firmou uma nova *holding*, qual seja: é inconstitucional a exigência de depósito prévio como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

Esse depósito seria inconstitucional:

- por ofender a garantia da ampla defesa e do contraditório – assegurados no inciso LV, art. 5º, da Constituição Federal.

- Por interpor obstáculo ao direito de petição, resguardado no art. 5º, XXXIV, CF/88.

- Por violar o princípio da proporcionalidade, os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso realizam um exame de proporcionalidade e declaram que falta à exigência de depósito prévio tanto adequação, quanto necessidade e, ainda, proporcionalidade em sentido estrito.

- Por constituir afronta clara ao princípio da isonomia, colocando os cidadãos em situação de desigualdade perante a Administração tendo em vista seus recursos materiais.

Diante da argumentação estabelecida, percebemos que os fundamentos da tese anterior não encontram o eco esperado no caso paradigma:

	<i> Holding </i>	 Fundamento 1 e 2
 Tese Refutada 	A exigência de depósito prévio para interpor recurso administrativo é constitucional.	Não existe garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição e não há lesão ao inciso LV do art. 5º, pois direito de defesa e o contraditório são amplamente exercidos na primeira instância
 Tese firmada 	A exigência de depósito prévio para interpor recurso administrativo é constitucional.	O direito ao recurso é um direito fundamental o qual deve ser garantido em todas as instâncias, sob pena de óbice aos princípios da ampla defesa e do contraditório
	 Fundamento 3 	 Fundamento 4
 Tese refutada 	O depósito prévio não constitui mera penalidade, mas pressuposto de admissibilidade e garantia recursais, já que decorre a responsabilidade de decisão fundamentada.	A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada nesse sentido.
 Tese firmada 	Não é enfrentado	Não é enfrentado

A ausência de análise dos precedentes quanto ao seu conteúdo para fundamentar essa nova tese gera incoerência na jurisprudência do Tribunal, principalmente ao considerarmos que a questão é meramente de direito, derivando o entendimento de interpretação das mesmas normas que outrora e parte dos ministros presente na Corte havia defendido a tese contrária. De forma que a justificação da mudança de entendimento era necessária. De fato, não seria exigível que fizessem referência aos votos que proferiram nos julgados anteriores ou ao menos aos fundamentos lá postos e os afastassem?

3.3 Caso Fidelidade Partidária

A infidelidade partidária como causa de perda de mandato no ordenamento jurídico brasileiro

3.3.1 Tema

O caso paradigma foi selecionado por meio do Relatório de atividades do STF referente ao Biênio 2006 – 2008, conforme mencionamos no capítulo metodológico.

Trata-se dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, julgados pelo Tribunal Pleno do STF em 04/10/2007.

O julgamento conjunto debatia a possibilidade, frente à Constituição de 1988, de perda de mandato por infidelidade partidária, propriamente, se os partidos políticos possuem um direito líquido e certo a manter as vagas obtidas em eleições regidas pelas regras do sistema proporcional, em caso de desfiliação dos parlamentares que a preenchem.⁴⁹

A mudança de filiação partidária estivera expressamente prevista na Constituição como hipótese de perda de mandato até 1985, quando, por força da Emenda Constitucional nº25, foi retirada do ordenamento.

O constituinte de 88 não incluiu entre os incisos I e VI do art. 55, o qual prevê as hipóteses de perda de mandato por Deputados e Senadores, tal possibilidade. Dessa forma, não há na Constituição a determinação expressa de perda de mandato por desfiliação de parlamentares.

Nisso assentava-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para vedar a aplicação dessa sanção. Porém, com o julgamento do Caso Paradigma o Tribunal declarou que a ruptura dos vínculos de caráter partidário dá aos partidos o direito de manter as vagas obtidas no processo eleitoral e enseja, portanto, a perda de mandato pelo parlamentar.

⁴⁹ STF, MS 26.603. Min. Gilmar Mendes, p. 596.

3.3.2 Seleção de precedentes

Inserindo a expressão “Fidelidade Partidária” na seção pesquisa de Jurisprudência do sítio do STF, encontramos 11 decisões.

Dentre os acórdãos, três correspondem ao Caso Paradigma – MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604. Os Mandados de Segurança foram julgados na mesma data e em conjunto, de forma que os votos têm conteúdo equiparável e quando há alguma disparidade ela se refere a especificidades do caso concreto que não alteram substancialmente a análise. Em função disso, adotaremos o MS 26.603 como representativo dos três casos, nos referindo a ele como Caso Paradigma.

Quanto aos demais julgados encontrados na pesquisa, o mais antigo – MS 20.476 – versa a respeito da liberdade de voto de parlamentares, sem estabelecer relação direta com o tema da mudança de partido. Por essa razão, não o analisaremos.

Outros dois são posteriores ao acórdão em que ocorre a reversão jurisprudencial - Caso Paradigma⁵⁰, e também não serão considerados.

Assim, o conjunto final de acórdãos sob exame reúne: MS 20.916, MS 20.927, MS 21.102, MS 23.405, ADI 1.465, ADI 1.351⁵¹, MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604.

3.3.3 Análise dos precedentes

MS 20.916

- O Caso

⁵⁰ Os Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 foram julgados pelo Tribunal Pleno do STF em 04/10/2007.

⁵¹ Este caso consiste no julgamento em que se declarou inconstitucional a dupla filiação. Algumas considerações são feitas a respeito da fidelidade partidária, entretanto, nenhuma delas se mostrou particularmente relevante e, por tal razão, apesar de ter sido objeto de análise, não mencionamos o caso ao longo do trabalho.

O mandado de segurança foi impetrado pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB (e outro), contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. O Presidente reconheceu o direito de um suplente, Aristides Cunha Filho, ao preenchimento de mandato eletivo de deputado.

Este fora eleito suplente pela coligação União Liberal Trabalhista, formada pelo PTB, PL e PSC. Entretanto, após as eleições, Aristides se desfilou voluntariamente para concorrer a cargo de prefeito. Em não se elegendo e com a vacância de cargo para deputado, retornou ao partido para assumir cargo a que teria direito na condição de suplente.

O STF, ao julgar o mandado de segurança, entendeu que, apesar do abandono ao partido, o suplente não perdera o direito ao cargo por não haver qualquer mandamento constitucional que sancionasse a infidelidade partidária com perda de mandato.

Contudo, a decisão não foi unânime. Parte dos ministros defendeu que a perda de mandato, apesar de ser inconstitucional quanto ao parlamentar, deveria ser aplicada para o suplente. E o Ministro Paulo Brossard argüiu ainda, formando uma terceira linha de pensamento, que a infidelidade acarretava perda do direito de posse tanto para o parlamentar quanto para o suplente.

- Análise do acórdão

Tese vencedora

O Ministro Aldir Passarinho expõe bem os fundamentos da decisão. Alega que a questão deve ser examinada sob o aspecto constitucional, ou seja, ante as regras constitucionais pertinentes (Rb-1 de CI). Como a EC nº 25, de 1995, retirou do texto constitucional a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária e a Constituição atual a omitiu (Rb-2 de CI), não há fundamento jurídico para aplicar tal sanção sobre Deputados ou Senadores (CI).

Em não havendo exigência para o titular do mandato, não há racionalidade em aplicá-la ao suplente(Rb).

Conclui, portanto, que o abandono do partido não configura causa de perda de mandato (C).

O voto vista proferido pelo Ministro Moreira Alves vai além, afirmando que a Constituição não prevê a hipótese intencionalmente, pois caso quisesse adotar a sanção jurídica da perda do mandato frente à infidelidade partidária, essa estaria expressa no artigo 55, da própria Carta.

Segundo o modelo de Alec Fisher podemos afirmar que para concluir pela inadmissibilidade da perda do direito de posse por desfiliação o Ministro estabelece a seguinte cadeia de raciocínio:

CI-1 Se a Constituição disciplina a fidelidade partidária e não prevê, em seus artigos, a sanção pretendida, não há como deduzi-la da omissão constitucional ou ainda do sistema de representação proporcional.

CI-2 O direito à posse decorre do diploma, de forma que os fatores supervenientes não lhe alteram.

“Seu direito – o direito à posse – decorre exclusivamente do diploma que lhes foi conferido, em virtude da eleição, pela Justiça Eleitoral, sem se levar em conta a persistência da vinculação ao Partido pelo qual – e muitas vezes graças ao voto de legenda – se elegeram” (STF, MS 20.916, Ministro Moreira Alves, p.426)

CI-3 Não se pode exigir do substituto a fidelidade que não se exige do substituído.

O Ministro Sepúlveda Pertence afirma que apesar do duplo significado do mandato proporcional – voto destina-se tanto ao candidato quanto à legenda - este não pertence aos partidos (Rb-1). E que se a Constituição não impôs a infidelidade partidária como causa de perda de mandato para o seu titular, não seria possível aplicá-la ao suplente, sem qualquer base legal (Rb-2).

O Ministro Francisco Rezek traz de forma sucinta o argumento principal da tese vencedora:

“Receio não haver em nosso direito positivo o que me autoriza a dizer que, pelo abandono do partido – e, abstraindo a questão do retorno – o suplente perde a qualidade que a eleição e o diploma lhe garantem.” (STF, MS 20.916, Ministro Francisco Rezek, p. 411)

Assim, a *holding* firmada pelo tribunal consiste na impossibilidade de sancionar com perda de mandato aquele que incorre em infidelidade partidária, ainda que suplente. E os argumentos que a sustentam são: a Constituição regula a fidelidade partidária e ainda assim não autoriza tal procedimento; além disso, não se pode exigir do suplente a fidelidade que não se exige do substituído; o direito à posse surge com a diplomação; e, finalmente: do sistema representativo proporcional não decorre a perda de mandato por infidelidade partidária.

Tese vencida

Deferem o Mandado de Segurança, concluindo pela ocorrência de perda do cargo de suplente em função de desligamento do partido (Conclusão).

O Ministro Celso de Mello aborda profundamente o tema da fidelidade partidária. Seu voto possui três cadeias de raciocínio.

A primeira delas relaciona-se à importância dada pelo Constituinte ao princípio da fidelidade partidária. Afirma o Ministro que, com o advento da Constituição de 1988, as candidaturas passaram a representar um monopólio dos partidos políticos, de forma que a filiação se tornou pressuposto de elegibilidade. (Rb-1)

Além disso, o mandato proporcional adquiriu um caráter duplo: tanto de representação popular - vota-se na pessoa do candidato - como de representação partidária - vota-se, simultaneamente, na legenda do partido. (Rb-2)

Com isso, os partidos assumiram papel de corpos intermediários, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política e se tornaram:

“... elementos indispensáveis na dinâmica do processo político e governamental...” (STF, MS 20.916, Ministro Celso de Mello, p. 368) (CI-1)

Percebemos ainda um esforço do Ministro em demonstrar a importância da fidelidade partidária como princípio constitucional, decorrente do próprio sistema político vigente (C-1)⁵².

⁵² Afirma: “... é fato inquestionável que a exigência de fidelidade partidária traduz, na concepção de seu alcance, um valor constitucional, revestido de elevada significação político-jurídica, a que se deve dar consequência, sob pena de inibição de seu conteúdo eficaz. (STF, MS 20.916, Ministro Celso de Mello, p. 369) (CI-2)”

Contudo, em seguida, o Ministro afirma que, apesar dessa importância, não é possível aceitar a decretação de perda de mandato por ofensa à fidelidade partidária. Trata-se da segunda cadeia de raciocínio desenvolvida.

Resumidamente, o art. 5º, da Constituição tem rol taxativo (Rb):

“... define em *numerus clausus* as hipóteses de perda de mandato, representa verdadeira cláusula de tutela constitucional destinada a preservar a própria integridade jurídica do mandato legislativo (Rb). Por isso mesmo, não há mais que aludir à perda do mandato representativo por ato de infidelidade partidária. Essa possibilidade (...) foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 25, 1985, deixando de ser renovada pela Constituição vigente, promulgada em 1988 (CI)” (STF, MS 20.916, Ministro Celso de Mello, p. 269)

Logo, em se tratando de parlamentares, a perda de mandato por desligamento do partido é inconstitucional. (C-2)

Entretanto, considera outra a situação do suplente e para prová-lo, desenvolve a terceira cadeia de raciocínio.

Para ele, a situação do suplente não está regulada na Constituição, mas deve estar disposta em lei. (Rb-1)

Declara ainda que os votos pertencem ao partido, e o suplente possui mera expectativa de direito (Rb-2), logo, com a ruptura do vínculo entre ele e o partido, perde a condição de suplente (C-3).⁵³

Refletindo sobre a estrutura deste voto, podemos afirmar que para solucionar o mérito, apenas a Conclusão 3 se fazia estritamente necessária.

Notadamente, os argumentos trazidos para fundar a Conclusão 1, que se refere à importância do princípio da fidelidade partidária, parecem consistir em ressalvas que o Ministro quis estabelecer no tocante ao tema.

Esse esforço argumentativo em firmá-la é sensível em todos os votos.

⁵³ Em mesmo sentido, vota o Ministro Carlos Madeira: “Na hipótese *sub examen*, não se trata de parlamentar, mas de suplente, que tinha mera expectativa de direito de exercício do mandato, e que se desligou do Partido pelo qual concorrera para candidatar-se a outro mandato por Partido diverso. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, a propósito que: ‘a renúncia ao vínculo partidário, acarreta a perda de condição de suplente de cargo eletivo’.” (STF, MS 20.916, Ministro Carlos Madeira, p. 364)

Já o Ministro Paulo Brossard afirma que a infidelidade partidária continua a gerar perda de mandato, tanto para suplente quanto para parlamentar, ainda que a Constituição de 1988 não o diga expressamente (C). Isso porque a Constituição, ao definir a filiação como condição de elegibilidade, deu aos partidos o monopólio sobre o mandato (Rb-1). Conseqüentemente, a perda de mandato não está atrelada a dispositivo constitucional expresso que a determine, se tratando de decorrência direta da natureza do partido político no sistema constitucional brasileiro (CI).

Quanto à posição minoritária, podemos resumi-la no seguinte enunciado: A mudança de filiação do suplente antes da vacância do cargo acarreta perda do direito de mandato em decorrência do próprio sistema constitucional vigente, o da representação proporcional, o qual pressupõe a filiação como condição de elegibilidade e de assunção de mandato.

MS 20.927

- O Caso

O caso é bastante semelhante ao MS 20.916 e ambos são julgados paralelamente, durante agosto de 1989. Em função disso, os votos proferidos pelos ministros não inovam significativamente em comparação aos proferidos no MS 20.916.⁵⁴

Percebemos que esse caso será tratado pelo Tribunal no Caso Paradigma como o *leading case* na matéria. O seu conteúdo pode ser entendido como o conjunto dos argumentos expostos neste tópico, somado às considerações relativas ao MS 20.916.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Luís Fabrício Alves de Oliveira, empossado como terceiro suplente nas eleições de 1986, contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. O ato dera posse a Marcos Cezar Formiga Ramos, que, apesar de ter sido empossado segundo suplente nas mesmas eleições, desligara-se do partido logo depois.

⁵⁴ Por tal motivo, não exporemos detalhadamente os votos a respeito do MS 20.927. Traremos apenas elementos que forneçam novos subsídios à análise.

No caso, debate-se a possibilidade de perda de mandato pela não observância ao princípio da fidelidade partidária por esse suplente. O STF, tal como no MS 2.916 afirma que

“... abolido o princípio da fidelidade partidária, não perderá a situação de suplente e o conseqüente direito à convocação aquele que, antes da vaga, trocara de partido pelo qual fora eleito por outra filiação partidária” (STF, MS 21.102, Ministro Carlos Velloso, p. 211)

- Análise dos Votos

O Ministro Paulo Brossard desenvolve traça um panorama da história dos partidos políticos no Brasil para demonstrar que a trajetória destes estimulou a proliferação de partidos e o enfraquecimento de ideologias por eles defendidas.

Alega ainda que a Constituição de 88 não enfrentou tal problema, tratando os partidos como entidades de secundária importância e permitindo sua multiplicação.

Por outro lado, a Constituição perpetuou o princípio da representação proporcional e ao fazê-lo manteve também, implicitamente, a fidelidade partidária. Isso porque permitir a redução injustificada da bancada, significaria transformar o processo eleitoral em um “grotesco simulacro”⁵⁵.

Esse argumento está sintetizado no seguinte trecho:

“Violada a representação proporcional de um partido, mutilada a sua bancada, com enriquecimento sem causa de outra, e tudo isso através do desrespeito a leis básicas, constitucionais, cabe restabelecer o equilíbrio” (STF, MS 20.927, Ministro Paulo Brossard, p. 161)

Além disso, o Ministro apresenta um acórdão julgado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul ao tempo da Constituição de 1946, quando nada explícito havia a respeito da fidelidade partidária e, ainda assim, o tribunal entendeu que a ofensa a esse princípio tinha como conseqüência jurídica a perda de

⁵⁵ STF, MS 20.927, Ministro Paulo Brossard, p. 160

mandato. Com isso, o Ministro tenta demonstrar que o silêncio da Constituição de 1988 não impede que essa interpretação seja firmada.

Já o Ministro Francisco Rezek, em oposição, retoma o argumento de que a omissão do Constituinte foi intencional. Afirma que o número de partidos políticos no Brasil reflete a zona cinzenta que se formou desde a dissolução dos partidos em 1964, resultando no abandono da vida pública.

Diante dessa realidade, na qual os vínculos partidários são bastante frágeis, não faria sentido sancionar tão severamente a infidelidade partidária. O Ministro faz uma interessante previsão:

“Tenho a certeza de que as coisas não permanecerão como hoje se encontram. Em breve ou a médio prazo, os partidos políticos no Brasil – de cujo exato número receio eu próprio ter perdido a conta – serão em número consentâneo com aquela divisão natural das facções políticas de que se compõem nossa sociedade. Nesse momento serão mais coesos, haverá maior homogeneidade entre seus filiados, e poder-se-á falar com mais firmeza a respeito da fidelidade a eles devida.”(STF, MS 20.927, Francisco Rezek, p. 174)

Ao final, o então Presidente, Ministro Néri da Silveira, tenta reunir em seu voto os pontos de consenso na Corte. Entretanto, ao tentar sintetizar a decisão, os ministros intervêm, discordando de um e outro aspecto e demonstrando que os votos apresentavam disparidades, ainda que somassem um resultado:

“No segundo ponto deste julgamento, tornou-se assente a compreensão da Corte, quanto ao caráter essencial dos partidos políticos para o funcionamento da democracia no país e à importância de os partidos políticos possuírem vitalidade e se consolidarem como instituição e em sua dinâmica. Tal significação dos partidos ressaltada em nossa ordem constitucional, que os fez entes da Constituição. Penso que não há, também, nenhuma dúvida acerca do entendimento de todos, no que concerne à importância do princípio da fidelidade e da disciplina partidárias. (...) Nessa linha, o que a maioria afirmou é que a regra posta na Emenda Constitucional nº 1, art. 152, parágrafo único, que previa a sanção de perda de mandato para o Deputado que deixasse o partido pelo qual se elegeu, não mais subsiste no atual. Foi em virtude disso que a maioria decidiu o mandato de segurança no sentido de indeferi-lo.

Se a sanção não existe mais no nosso sistema, relativamente aos titulares de mandato, também não há assento na Constituição para se impor restrição do direito ao exercício do mandato, à convocação, por parte do suplente que haja, eventualmente, deixado o Partido pelo qual se elegeu, quer tenha retornado, ou não, a essa agremiação partidária.” (STF, MS 20.916, Ministro Néri da Silveira, p. 184)

MS 21.102

- O Caso

Trata-se de mandado de segurança impetrado por um suplente, José Rubens Pillar, contra ato da mesa do Senado Federal que empossou como Senador o primeiro suplente, Alberto Hoffmann, face ao licenciamento do Senador Carlos Chiarelli. O impetrante sustenta que o primeiro suplente, em respeito ao princípio da fidelidade partidária, perdera o direito de posse ao assumir a função de Ministro do Tribunal de Contas da União, incompatível com a atividade político-partidária.

- Análise dos votos

Neste acórdão, são debatidos com maior afinco pontos controversos sem relação direta com a fidelidade partidária.

Os ministros admitem que na data em que o suplente abandonara o partido, 1983, vigorava o princípio da fidelidade partidária e que de fato ocorreria perda de legitimidade para mandato desde que tivesse havido decretação da infidelidade partidária.

É relevante notar que os ministros fazem menção ao MS 20.916⁵⁶ e ao MS 20.917⁵⁷ como sendo o caso em que firmaram suas convicções a respeito do tema.

De fato, o MS 20.917 será abordado pelo caso paradigma como o *leading case* da tese anterior.

MS 23.405-9

- O Caso

Envolve a questão da fidelidade partidária, com relação a dois suplentes que migraram de partido depois de empossados. Porém quando

⁵⁶ Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso.

⁵⁷ Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso.

do julgamento, ocorrera perda de objeto. O Ministro relator a reconhece, mas ainda assim expõe o que a Corte entenderia caso o mérito fosse analisado.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, salienta que não há no art. 55 qualquer previsão de perda de mandato infidelidade partidária (Rb-1). Afirma que nisso se baseou a decisão proferida no MS 20.927 (Rb -CI). Cita então trecho do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves naquele julgamento. Percebemos que o Ministro reconhece tal precedente como representativo da posição firmada pela Corte, nesta matéria (CI).

Segundo o Ministro, naquele julgamento a Corte entendeu que a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende aos respectivos suplentes e utiliza o trecho para ilustrar um dos fundamentos dessa *holding* - o fato de a constituição não inserir a hipótese no art. 55 revela a intenção do constituinte de não sancionar com a perda de mandato o parlamentar que troca de partido.

ADI 1351

- A ação

A ação discute a constitucionalidade da cláusula de barreira. Não se trata, portanto, do assunto estritamente analisado nesta pesquisa. Contudo, o Minar Gilmar Mendes faz em seu voto valiosas considerações acerca da fidelidade partidária.

Afirma haver uma crise ética e política no sistema eleitoral proporcional no Brasil e que essa crise torna "imperiosa a sua imediata revisão"⁵⁸. Disso depreende-se, segundo ele, a necessidade de reversão da jurisprudência da Corte.

O Ministro enuncia sua posição, claramente:

"... o abandono da legenda, a meu ver, deve dar ensejo à perda do mandato (C) (...) não parece fazer qualquer sentido, do prisma jurídico e político, que o eventual eleito possa, simplesmente

⁵⁸ STF, ADI 1.351, Ministro Gilmar Mendes, p. 601

desvincular-se dos vínculos partidários, originalmente estabelecidos (CI), carregando o mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária ao que estava filiado para outra legenda (Rb). Daí a necessidade imperiosa de revisão de Jurisprudência acima referida.” (STF, ADI 1.351, Ministro Gilmar Mendes, p. 603)

O Precedente Formado

Holding

No sistema eleitoral brasileiro, a troca de partido após a diplomação não enseja perda de mandato pelos candidatos eleitos.

Argumentos Essenciais

Fundamento 1

O direito à posse decorre da diplomação, de forma que os fatores supervenientes não lhe alteram.

Fundamento 2

Os casos de perda de mandato, expressos no art. 55, incisos I a VI são taxativos, não sendo possível incluir a hipótese de infidelidade partidária.

Fundamento 3

Se a Constituição disciplina a fidelidade partidária e não prevê, em seus artigos, a sanção pretendida, não há como deduzi-la da omissão constitucional ou ainda do sistema de representação proporcional.

Fundamento 4

Se a Constituição não impôs a infidelidade partidária como causa de perda de mandato para o seu titular, não seria possível aplicá-la ao suplente, sem qualquer base legal.

Fundamento 5

A valorização dada à representação parlamentar federal dos Partidos não é suficiente para declarar que o mandato pertence ao partido.

3.3.4 Caso Paradigma

- Informações Básicas

<u>MS 26.602, MS 26.603, MS 26.604</u>
Data Julgamento: 04/10/2007
Partes Litigantes: PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira x Presidente da Câmara dos Deputados (Litisconsortes Passivos: PSB – Partido Socialista Brasileiro, Atila Freitas Lira, Djalma Vando Berger, Antonio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Ferreira de Arruda Coelho, Leonardo Rosário de Alcântara, Vicente Alves de Oliveira, PR – Partido da República, Armando Abílio Vieira, PTB – Partido Trabalhista Brasileiro.
Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Supremo Tribunal Federal
Presidência: Ministra Ellen Gracie
Relator: Ministro Celso de Mello
Composição da Corte: Ministros Ellen Gracie, Celso de Mello, Gilmar Mendes Joaquim Brabosa, Rizado Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Carlos Britto e Menezes de Direito.
Decisão Unânime/Votos vencidos: Não. Com relação à infidelidade partidária como causa de perda de mandato, Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

- O Caso

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, interposto pelo PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Arlindo Chinaglia, que negou o pedido administrativo feito pelo PSDB no sentido de declarar a perda de mandato dos parlamentares que se desfilaram desse Partido durante o mandato, com fundamento no §1º, art. 239, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O pleito do impetrante teve como base uma Consulta feita ao Tribunal Superior Eleitoral, Consulta número 1.398, na qual o Tribunal reconheceu o direito líquido e certo do partido de manter as vagas, em face à infidelidade partidária dos mandatários. E ainda que os pressupostos do sistema representativo proporcional resultavam na necessidade de preservação das vagas obtidas em decorrência do quociente eleitoral pelo partido.

Postulava a declaração de vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por deputados Federais eleitos sob determinada legenda que houvessem mudado de filiação partidária.

O Presidente da Câmara dos Deputados consignou, então, a interpretação da Câmara no sentido de que:

“... é defeso à Presidência da Instituição acolher o pleito do impetrante, por inexistir amparo legal ou jurisprudencial, porquanto não há no direito positivo brasileiro norma constitucional que abrigue a pretensão manifestada...” (STF, MS 26.603, p.328)

Os litisconsortes passivos, assim como o impetrado, evocam a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentada no sentido de que a troca de legenda partidária não acarreta a perda de mandato político como forte argumento a seu favor. Demonstrando notada expectativa pela manutenção do entendimento firmado pelo Tribunal.

O Ministro Celso de Mello indefere a liminar nos seguintes termos:

“Não obstante todas essas considerações que venho dispor (...) não posso, contudo, deixar de ter presentes, ao menos neste juízo de sumária cognição, as decisões emanadas do plenário do Supremo Tribunal Federal (MS 20.916/DF), no sentido da inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados.

Sendo assim, em face das razões expostas, e sem prejuízo do reexame da controvérsia em questão, quando do julgamento final do presente mandado de segurança, indefiro o pedido de medida cautelar formulado pelo PSDB." (STF, MS 26.603, Ministro Celso de Mello, p. 332)

O Ministério Público Federal atenta para os efeitos da decisão. Apesar de manifestar-se pela denegação do "writ" mandamental, solicita que, na hipótese de sua concessão, se adiem tais efeitos em ordem a tornar aplicável o novo entendimento apenas à próxima legislatura em obséquio às exigências de segurança jurídica e de estabilidade do regime democrático. E isso por reconhecer a dimensão dos reflexos que a reversão dessa jurisprudência teria.

Os autos são remetidos ao Plenário para julgamento e essa reversão ocorre, de fato. O STF firma, ao final do caso, uma nova tese segundo qual a desfiliação partidária do candidato eleito, e a sua filiação a partido diverso daquele sub cuja legenda se elegeu, ocorrida sem justo motivo, permite ao partido político preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar.

- Análise do Acórdão

Os ministros iniciam o julgamento tratando de preliminares de mérito. Não as analisaremos, pois a nós interessa observar, substancialmente, a reversão do entendimento outrora firmado pela Corte, a qual ocorre na interpretação do mérito.

O Ministro Celso de Mello, relator do acórdão, ficara vencido nos MS 20.927 e MS 20.916, manifestando-se contrário ao que o STF solidificara nessa matéria. Reconhece, como esperado, a existência de julgados anteriores.

Neste voto, o Ministro afirma ter se mantido fiel ao que lá pronunciara e constrói um longo período argumentativo visando a demonstrar que:

"Os partidos políticos – ressalvadas determinadas situações excepcionais – têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, nos casos em que haja pedido cancelamento de filiação partidária ou de transferência, para legenda diversa, de candidato eleito por outro partido." (STF, MS 26.603, Ministro Celso de Mello, p. 410) (C)

Para chegar a essa conclusão o Ministro estabelece cinco premissas: a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder e na conformação do regime democrático, a importância do postulado da fidelidade partidária, o alto significado das relações entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência entre eleitor, partido político e representante eleito.

Em seguida explora cada uma delas, sempre com a finalidade de demonstrar que a interpretação proposta decorre do próprio sistema constitucional, notadamente, da adoção do sistema de representação proporcional pela Carta Magna brasileira.

Dentre os quatro fundamentos que elegemos fundadores da tese firmada pelo STF em seus precedentes, o Ministro enfrenta primordialmente aquele referente ao sistema representativo. Busca demonstrar, por meio de diversos argumentos, que os partidos têm função essencial na concretização da democracia e dos próprios princípios constitucionais e que essa função só é fielmente exercida por meio da representação proporcional⁵⁹.

Podemos considerar que o Ministro afasta ainda o fundamento 2 da *holding* anterior – impossibilidade de o STF reconhecer a perda de mandato por infidelidade partidária já que a Constituição não prevê expressamente tal hipótese. O faz ao discorrer sobre as competências do Supremo Tribunal Federal. O Ministro cita trecho de Freira Bastos com o seguinte teor:

“O Poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (STF, MS 26.603, Ministro Celso de Mello, p. 459)

⁵⁹ Alguns desses argumentos são: o direito do deputado não é absoluto (CI) porque o monopólio das candidaturas é dos partidos e porque se vota antes no partido do que no candidato; os partidos são essenciais, representam a voz do povo; direito de oposição política; dados de realidade: estado das coisas; vontade soberana do eleitor, lealdade aos compromissos programáticos e ofensa ao próprio; sistema de representação proporcional – desequilíbrio de forças no parlamento, asfixiando as minorias (oposição política); não se trata de punição, mas de reconhecimento de inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo; dupla infidelidade: infidelidade ao partido e infidelidade ao povo.

Os demais fundamentos da *holding* anterior seriam afastados de forma reflexa pela extrema relevância da fidelidade partidária para a concretização dos preceitos constitucionais relativos à concretização do sistema eleitoral proporcional, que, segundo o Ministro-relator, é o modelo mais adequado ao exercício democrático do poder.

A tese defendida pelo Ministro está sumarizada no seguinte trecho de seu voto:

“A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por ato de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudula, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.” (STF, MS 26.603, Ministro Celso de Mello, p. 446)

Em consonância com o voto acima registrado, está aquele proferido pelo Ministro Menezes de direito.

Como primeiro pressuposto o Ministro afirma que a Suprema Corte tem legitimidade para interpretar a Constituição não apenas por meio de seu conteúdo explícito, mas também visando a concretizar seus princípios na vida social. Ainda mais, essa postura ativa, de interferência no real, é inerente à jurisdição constitucional e inteiramente legítima, visto que decorre dos próprios princípios constitucionais.

Cita diversos doutrinadores, tais como Tércio Sampaio Ferraz, Ronald Dworkin e Peter Haberle para provar que:

“... a Suprema Corte quando interpreta a Constituição não fica subordinada ao argumento de direito constitucional estrito, sob pena de ofuscar a perspectiva contemporânea do sistema de valores e princípios que estão subjacentes na unidade representada pelo texto constitucional.” (STF, MS 26.603, Ministro Menezes Direito, p. 483)

Propõe que o STF corrija a realidade, por meio da interpretação conferida:

“Não se há de fazer crítica a essa prática – referindo-se à infidelidade partidária – mas, sim, há de corrigir-se com a

atualização da interpretação constitucional capaz de restabelecer aquele vínculo e com isso fortalecer a representação popular pela via do fortalecimento dos partidos políticos” (STF, MS 26.603, Ministro Menezes Direito, p. 483)

Dessa forma, busca legitimar a interpretação proposta, quer seja, que a fidelidade partidária não é permitida pelo sistema de representação popular, pois este não se viabiliza sem partidos políticos, e sem estes não é possível exercer a soberania popular:

“Ora, a obrigatoriedade da filiação partidária significa, pelo menos da minha avaliação, que a origem da representação popular como forma de exercício da soberania popular está indissolavelmente ligada à existência dos partidos políticos que são indispensáveis para que se dê consequência aos direitos políticos assegurados pelo Constituinte de 1988.” (STF, MS 26.603, Ministro Menezes Direito, p. 482)

Passa então a basear essa interpretação política nos mesmos argumentos trazidos pelo relator, todos eles decorrentes da alegação central de que a fidelidade partidária deve ser punida com a perda de mandato em função de ser essencial ao sistema eleitoral representativo.

A conclusão a que chega está sumarizada no seguinte trecho:

“Assim, para a interpretação constitucional, se a soberania é exercida por meio de sufrágio universal, se a representação popular é feita por meio de eleição, se para ser elegível é obrigatória a filiação partidária, os mandatos parlamentares necessariamente vinculam os eleitos aos partidos, não subsistindo a representação se houver o cancelamento da filiação ao partido pelo qual foi o parlamentar eleito.” (STF, MS 26.603, Ministro Menezes Direito, p. 485)

Com relação à citação ao entendimento jurisprudencial anterior, o Ministro traz não apenas a *holding* firmada pelo Tribunal, como também as fundamentações expostas pelos ministros relatores nos MS 20.927 e MS 20.916. Expõe, portanto, os argumentos contrários que serviram de base para o estabelecimento da *holding* anterior.⁶⁰ (474 – 476)

Em um esforço pela coerência na jurisprudência do Tribunal, ressalta que em todos os julgados anteriores, os ministros reconheciam a importância da fidelidade partidária para o sistema representativo brasileiro,

⁶⁰ Transcreve trechos dos votos proferidos pelos Ministros Moreira Alves, Celso de Mello e Paulo Brossard, nos MS 20.927 e MS 20.916.

rechaçando a tese da infidelidade como causa de perda de mandato apenas por se limitarem à interpretação gramatical do texto constitucional.

Assim, estabelece diálogo e relação de continuidade entre os precedentes, a despeito da reversão jurisprudencial, considerando que a interpretação proposta não é inteiramente contrária a anterior.

Afirma que a corte deve atuar politicamente. Que a interpretação constitucional não deve se restringir às formas gramatical, histórica e sistemática; deve ir além, considerando a realidade, uma racionalidade dos efeitos da de cisão e a realidade na qual a norma se insere. Além disso, defende a importância dos princípios constitucionais os quais podem se tornar completamente ineficazes se restringida a interpretação constitucional aos métodos tradicionais.

Em mesmo sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto afirma que:

“Interpretar e aplicar a Constituição, inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos poderes, não é usurpação, é isso que nos cabe fazer (...) cumprimos uma função política, porém com necessária fundamentação técnica ou jurídica.” (STF, MS 26.603, Ministro Carlos Ayres Britto, p. 540)

O Ministro Menezes Direito cita Dworkin para demonstrar que negar esse fato resulta na omissão das razões reais de revisão jurisprudencial:

“Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público” (STF, MS 26.603, Ministro Menezes Direito, p. 479)

De fato é o que observamos. É fundamental que reste explícito nos acórdãos o “animus” por trás das decisões, primordialmente, naquelas que revertem entendimento consolidado pela Corte, de forma que seja mantida a previsibilidade na atuação do Tribunal.

Quanto ao motivo da reversão, uma possível hipótese, apresentada pelo Ministro Menezes Direito, seria uma evolução interpretativa, um aperfeiçoamento da jurisprudência do Tribunal, em defesa dos princípios constitucionais. Essa colocação pode ser interpretada como indício de uma mudança de perspectiva do Tribunal sobre sua própria atuação, sobre os

limites de interpretação constitucional e esse seria então o motivo sensível da reversão jurisprudencial.

Notamos tal visão no seguinte trecho:

“No presente caso é bom que se diga e repita não se está criando norma artificial, nem se está ingressando em seara reservada ao poder de legislar. O que se está fazendo é dar uma interpretação coerente com o que se contém na Constituição para preservar-lhe os princípios estatuídos e assegurar a plenitude do exercício da soberania popular por meio da representação política”
61

Quanto à citação de precedentes, o Ministro Menezes Direito contrapõe os próprios votos vencidos e vencedores nos casos, considerando as decisões como um todo. Entretanto, ao defender a reversão jurisprudencial, não faz referência aos fundamentos ou trechos citados no início do voto.

Já o Ministro Gilmar Mendes revela profunda preocupação em fundamentar a reversão jurisprudencial.

Seu voto traz um tópico intitulado “II. A evolução jurisprudencial sobre o tema” (p.596) no qual o Ministro apresenta a tese anterior, na complexidade da *holding* e de seus fundamentos. Cita trechos das posições vencedoras e vencidas no julgamento do MS 20.927 e conclui que a tese anterior baseara-se no único fundamento da inexistência de dispositivo expresso na Constituição que autorizasse a perda de mandato por infidelidade partidária.

Ignora assim os argumentos expostos nos precedentes a respeito da impossibilidade de deduzir a infidelidade partidária do sistema eleitoral representativo.

O Ministro refere-se a outros julgados: afirma a fragilidade da utilização do MS 23.405 como precedente e alega ainda que a Corte já demonstrara sinais de revisão jurisprudencial quando do julgamento da ADI 1.351, no qual o próprio Ministro se pronunciara em tal sentido, ressaltando a crise do sistema eleitoral proporcional. Esta crise revelaria o contexto atual a ser considerados pelos Ministros ao interpretar a Constituição.

⁶¹ STF, MS 26.603, Ministro Menezes Direito, p. 485

Isso porque para o Ministro:

“Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública” (STF, MS 26.603, Ministro Gilmar Mendes, p.613)

Assim:

“Toda lei interpretada (...) é uma lei com duração temporal limitada (...) o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se **necessariamente** em outro” (STF, MS 26.603, Ministro Gilmar Mendes, p. 632)

Sob essa ótica, a reversão, denominada por ele como “mutação constitucional”, seria motivada pela mudança de contexto histórico com relação àquele em que se firmara a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Hoje, observamos uma crise no sistema representativo proporcional, ao qual o Ministro alude como “troca-troca” de parlamentares. e um prisma jurídico e político no qual prevalecem em importância os vínculos partidários. Afirma:

“A crise tornou, porém, evidente para todos, a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária. Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (STF, MS 26.603, Ministro Gilmar Mendes, p. 602)

Duas conclusões podem ser inferidas a partir do trecho exposto: o Ministro acredita que a atuação do STF pode adentrar esferas políticas diretamente, redesenhando um modelo de representatividade; o Ministro justifica a revisão jurisprudencial, a qual classifica como imperiosa, nesse dever do Tribunal de, por meio de sua jurisprudência, solucionar a crise do sistema eleitoral brasileiro.

Tal apelo à realidade do sistema representativo está presente em todos os votos vencedores. Os ministros atentam para a falta de ética, decoro e para a constante troca de partidos. O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, insere em seu voto um item intitulado “O valor da fidelidade partidária: a necessidade de uma nova leitura constitucional” e nele expõe um quadro demonstrativo do “troca-troca” partidário atual, o qual denomina “lamentável”.

Podemos afirmar, pelo que até aqui foi visto, que os ministros reconhecem a reversão jurisprudencial e constroem diversos argumentos de forma a legitimá-la, a justificar a nova interpretação.

Quanto aos efeitos da decisão, há profunda preocupação.

O Ministro Menezes Direito afirma:

“Na verdade penso que para manter coerência com o princípio maior da segurança jurídica, relevando que os precedentes da Suprema Corte até aqui não acolhiam a interpretação firmada, é razoável, sob pena de desqualificar-se indevidamente a jurisprudência então prevalecente, estabelecer um termo a partir do qual a mudança de legenda deve seguir a orientação fixada neste julgado.” (STF, MS 26.603, Ministro Menezes Direito, p. 486)

O Ministro Carlos Ayres Britto não cita a jurisprudência e não demonstra preocupação com os efeitos da reversão jurisprudencial.

O Ministro Cezar Peluso também não comenta a jurisprudência da Corte, mas refuta e ataca a posição contrária à sua como inadmissível e revolucionária, no sentido de proclamar o “regime das candidaturas avulsas”⁶²

Com relação à expectativa de continuidade interpretativa, o Ministro Celso de Mello coloca que essa expectativa já fora quebrada com o parecer do Tribunal Eleitoral. Entretanto, se assim fosse tornar-se-ia intangível defender a existência de qualquer forma de expectativa em diversas questões, ainda que o STF apresentasse incontestável consenso em sua jurisprudência. Isso porque, em diversas matérias, tal como o depósito prévio que acabamos de analisar, apesar de haver sólida jurisprudência da Corte, os tribunais inferiores posicionam-se diversamente. Esse fato não gera quebra de expectativa com relação ao STF, que nenhum compromisso tem com a posição adotada pelos Tribunais inferiores.

A decisão, entretanto, não é unânime. Os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski afirma que a segurança foi inserida no art. 60, § 4º, da Constituição como cláusula pétrea e que dentro desse conceito está abarcada também a segurança jurídica. E que essa segurança

⁶² STF, MS 26.603, Ministro Cezar Peluso, p. 592

jurídica se consubstancia na exigência de estabilidade, ou ao menos em certa previsibilidade da mudança das normas no ordenamento vigente.

Dentro desse raciocínio, o Ministro atenta para o fato de os parlamentares terem trocado de partido confiando no ordenamento vigente e “na interpretação que a mais alta Corte de Justiça do país lhe conferia”⁶³

Considera ainda o lapso temporal – de ao menos 20 anos – durante o qual se afirmou essa jurisprudência e que isso teria criado uma expectativa de direito, a qual ele considera tão sólida como um direito adquirido.

Esta razão influi no arazoamento do Ministro pela denegação do mandado de segurança.

Já o Ministro Eros discorda da tese vencedora no que toca a forma interpretativa proposta. O Ministro se opõe ao entendimento por acreditar que o texto constitucional não permite a inclusão da infidelidade partidária como causa de perda de mandato e por temer que tal método leve a Corte a ampliar de tal modo sua liberdade interpretativa que ameace garantias individuais asseguradas pela Constituição.

O Ministro Joaquim Barbosa, fundamenta seu voto de maneira diferente. Rejeita o argumento da supremacia partidária e afirma que o constituinte de fato omitiu intencionalmente a infidelidade como hipótese de perda de mandato e rejeita ainda a possibilidade de retroação da decisão com base na jurisprudência consolidada do STF. De forma que lhe atribui importância ímpar e afirma:

“... o que assegurou aos deputados a possibilidade de mudança de partido foi a jurisprudência do STF, jurisprudência essa que se encontra plenamente válida até esta data. Logo, não vejo como retroagir essa eventual decisão concessiva a março de 2007”. (STF, MS 26.603, Ministro Joaquim Barbosa, p.537)

3.3.5 Conclusões

O acórdão é profundamente mais complexo que os precedentes e aborda as questões de perspectiva mais ampla, acabando por afastar a tese

⁶³ STF, MS 26.603, Ministro Ricardo Lewandowski, p. 502

anterior em sua totalidade, ainda que a maioria dos ministros não enfrente todos seus fundamentos.

O Voto do relator é compatível com a decisão do Plenário, de forma que é possível compreender a racionalidade da decisão por meio da leitura exclusiva deste voto.

Entretanto, o acórdão é demasiadamente longo e complexo e os argumentos aparecem repetidamente nos diferentes votos, por vezes de maneira extremamente semelhante.

Além disso, a ementa, apesar de traduzir o conteúdo essencial do voto, é longa e complexa.

Ambos os fatores dificultam a compreensão da totalidade do julgamento. Dificultam ainda mais o entendimento daquilo que se firmou como essencial.

Além disso, percebemos neste julgado profunda ponderação a respeito dos efeitos da decisão. Os ministros debatem a reversão jurisprudencial e terminam por modelar seus efeitos em prol da segurança jurídica e daquilo que denominam proteção da confiança.

Neste, como em todos os casos analisados, os ministros citam os precedentes conforme conveniência. Além disso, não há consenso quanto ao *leading case* na matéria – alguns nomeiam o MS 20.927, outros o MS 20.926, outros fazem menção ao MS 23.045.

Pela análise deste e dos demais casos, podemos afirmar que os ministros atentam para a reversão jurisprudencial e procuram afastar a *holding* do entendimento anterior. Contudo, o mesmo não ocorre com relação aos seus fundamentos. Os ministros acabam por afastá-los devido à argumentação desenvolvida estar atrelada a mesma matéria, porém, não dialogam, na maioria das vezes, diretamente com o conteúdo dos precedentes. Quando muito, trazem trechos de julgados anteriores que corroboram com a argumentação desenvolvida.

	<i> Holding </i>	Fundamento 1	Fundamento 2
--	-------------------------	---------------------	---------------------

Tese refutada	A troca de partido após a diplomação não enseja perda de mandato pelos candidatos eleitos, ou seja, a infidelidade partidária não consiste resulta na vacância de mandato.	O direito à posse decorre da diplomação, de forma que os fatores supervenientes não lhe alteram.	Os casos de perda de mandato, expressos no art. 55, incisos I a VI são taxativos, não sendo possível incluir a hipótese de infidelidade partidária.
Tese firmada	A infidelidade partidária enseja a perda de mandato pelos candidatos eleitos e a retenção da vaga pelo Partido que o elegeu.	O direito à posse decorre da eleição que tem como condição <i>sine qua non</i> a filiação. Logo, não há direito subjetivo autônomo do candidato ao cargo.	A interpretação constitucional não se restringe aos métodos convencionais, podendo atuar politicamente + princípio do sistema representativo
	Fundamento 3	Fundamento 4	Fundamento 5
Tese refutada	Se a Constituição disciplina a fidelidade partidária e não prevê, em seus artigos, a sanção pretendida, não há como deduzi-la da omissão constitucional ou ainda do sistema de representação proporcional.	Se a Constituição não impôs a infidelidade partidária como causa de perda de mandato para o seu titular, não seria possível aplicá-la ao suplente, sem qualquer base legal.	Apesar da valorização dada pela Constituição à representação proporcional dos Partidos, não se exige qualquer modalidade de fidelidade partidária para os eleitos após a diplomação.
Tese firmada	A interpretação constitucional não se restringe aos métodos interpretativos clássicos (gramatical, histórico, sistemático). A Suprema Corte deve atuar politicamente.	A infidelidade partidária enseja perda de mandato para o titular e para o suplente.	A importância dada pela Constituição à representação proporcional confere aos partidos papel central, de forma que a eles pertence a titularidade do mandato.

Quanto à razão da reversão, podemos levantar a hipótese de que tenha ocorrido uma mudança na visão da Corte sobre os limites de sua atuação, tal como, longamente, destacamos.

3.4 Caso Responsabilidade Civil Objetiva de concessionárias de serviço público

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público perante terceiros não usuários do serviço

3.4.1 Tema

O Caso paradigma foi selecionado a partir do Relatório de Atividades Anual do STF referente ao ano de 2009.

No acórdão, RE 591.874, o STF define que há responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público perante terceiros não usuários do serviço.

O debate tem como plano de fundo a interpretação dada ao §6º, art. 37, da Constituição Federal de 1988, com o seguinte teor:

Art. 37. §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Esse dispositivo constitucional refere-se à responsabilidade objetiva do Estado.

O ponto controverso reside na interpretação conferida pelo Supremo ao termo "terceiros", a saber, se a locução alcança também pessoas que não utilizam diretamente o serviço público.

Em 2004, o Tribunal, formou um precedente, o Recurso Extraordinário 262.651, no qual afirmava que as empresas não responderiam pelos danos causados a não usuários do serviço por elas prestados.

Entretanto, em 2009, ao decidir a mesma matéria no julgamento do RE 591.874, ocorreu a inflexão desse entendimento e a fixação de uma nova tese, como veremos a seguir.

Os casos são bastante semelhantes. Referem-se à extensão da responsabilidade da pessoa jurídica privada perante os não usuários do serviço.

Em ambos, a lide tem início com a ocorrência de acidente envolvendo ônibus de concessionária de transporte coletivo e um particular, não usuário desse serviço.

3.4.2 Seleção de precedentes

A seleção dos precedentes foi feita por meio do sítio do STF durante o mês de outubro de 2010, por meio da utilização de diversos termos chave⁶⁴.

Embora tenhamos encontrado número significativo de casos em que foi impugnado o §6º, art. 37, da Constituição, na imensa maioria deles debatia-se aspectos do dispositivo sem relação direta com os não usuários, como, por exemplo, a responsabilidade em crimes cometidos por agentes do Estado fora de seu posto.

Analisando ementas e relatórios, e, quando necessário, a íntegra do acórdão, chegamos a um recorte material formado por três casos, únicos em que a questão discutida relacionava-se diretamente à tese revertida no caso paradigma.

Os dois primeiros – RE 262.651 e AI 209.782-Agr – referem-se ao mesmo caso concreto. E o terceiro consiste no caso paradigma.

A tese arrazoada foi encontrada ainda no RE 459.749. Esse acórdão não está publicado no sítio do Tribunal, pois o caso foi encerrado em razão de superveniência de acordo entre as partes. Porém, o voto do relator no caso paradigma alude à decisão, trazendo os seus fundamentos, os quais são idênticos aqueles expostos no RE 262.651, de tal modo que, se o julgamento tivesse sido concluído, teria ampliado a força do precedente.

Diante da singularidade do precedente, é possível alegar que a tese firmada no RE 262.651 não constituía interpretação consolidada pela

⁶⁴ “responsabilidade objetiva ‘e’ empresa privada”, “responsabilidade objetiva ‘e’ terceiros”, “responsabilidade objetiva ‘e’ concessionário”; “responsabilidade objetiva ‘e’ concessionária”, “responsabilidade objetiva ‘e’ permissionária”, “responsabilidade ‘e’ permissionário”.

jurisprudência da Corte e que, diante disso, o caso paradigma não teria revertido jurisprudência pacificada.

Poderia se questionar, nesse sentido, se o ônus argumentativo ainda sim estaria presente e, em consequência, se haveria relevância em analisar o caso neste trabalho.

No entanto, o estudo é importante por viabilizar a comparação entre este e os demais casos. Poderemos analisar os pontos de congruência e divergência na argumentação dos ministros ao enfrentarem ônus argumentativos distintos para a reversão jurisprudencial. E, ademais, como se dão as relações de coerência quando o embate ocorre entre apenas dois julgados.

3.4.3 Análise dos precedentes

RE 262.651: O entendimento anterior

O Recurso Extraordinário foi impetrado pela Auto Aviação Urubupungá LTDA, empresa privada prestadora de serviço público, contra a decisão do Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. O Tribunal entendeu configurada responsabilidade objetiva da concessionária de linhas de transporte coletivo, em acidente automobilístico envolvendo ônibus de propriedade da transportadora e um veículo particular.

Alegou a empresa que a responsabilidade objetiva constitucionalmente prevista recai apenas sobre prestação de serviço realizada perante o passageiro transportado, ou seja, perante usuário do serviço, de forma que não haveria responsabilidade desta perante o motorista do veículo.

O STF deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Carlos Velloso, validando a alegação da recorrente. O julgamento, contudo, não foi unânime.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello divergiram, primordialmente, quanto ao fundamento da responsabilidade objetiva das concessionárias ou permissionárias.

Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, a responsabilidade civil, no caso, estaria embasada na natureza da atividade do serviço prestado, o qual não se altera com a delegação, de forma que a concessionária está submetida ao regime de responsabilidade integral, tal como o Estado.

Já o Ministro Carlos Velloso entendeu que serviços públicos remunerados mediante tarifa não são serviços públicos na sua pureza, pois adquirem, com a delegação, uma afeição de serviços privados. Por tal razão, não se submetem à teoria da responsabilidade objetiva plena. Para ele a razão da responsabilidade da concessionária perante terceiros está fundada no direito subjetivo do usuário de receber um serviço público ideal, não se estendendo, portanto, ao não usuário.

Os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie acompanharam o voto do relator, aderindo aos seus fundamentos.

- Informações Básicas

<u>Recurso Extraordinário 262.651</u>
Data Julgamento: 16/11/2004
Partes Litigantes: Auto Aviação Urubupungá x Elias Farah
Órgão Julgador: Segunda Turma – Supremo Tribunal Federal
Presidência: Ministro Celso de Mello
Relator: Ministro Carlos Velloso
Turma: Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Joaquim Brabosa
Decisão Unânime/Votos vencidos: Não. Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa

- Análise do acórdão

O Ministro Carlos Velloso, representando a corrente majoritária, conhece do recurso e dá-lhe provimento. Podemos resumir a tese vencedora nos seguintes termos:

A responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviço público ocorre em relação ao usuário do serviço e não relativamente a pessoas não integrantes dessa relação (Conclusão). Esse entendimento já fora expresso na ocasião do julgamento do AI 209.782-AgR, pelo Ministro Joaquim Barbosa (Razão básica para C) e, parece consistir na melhor interpretação do dispositivo constitucional, no concernente às pessoas privadas prestadoras de serviço público (Conclusão Intermediária). Isso porque "é o usuário detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal". (Rb-1 de CI) Essa é a razão da responsabilidade objetiva, a *ratio* do dispositivo sob análise. Estender a não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva – CF, art, 37, §6º - seria ir além da *ratio legis*. (Rb-2 de CI)

Já o Ministro Joaquim Barbosa nega provimento ao recurso extraordinário. Em seu voto (voto vista), argumenta sumariamente que o preceito constitucional questionado tem como rationale que a responsabilidade do Estado se funda na idéia de as atividades serem levadas a efeito em benefício de todos. Se delas resultam danos a algumas pessoas, cabe à coletividade repará-los (Rb de CI). Por isso, qualquer distinção com relação à qualidade pessoal da vítima sofredora do dano é irrelevante na fixação da responsabilidade objetiva. (CI) Além disso, tal responsabilidade recai sobre a concessionária ou permissionária porque decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos. (Rb de C) Assim, no caso de danos sofridos por não usuários do serviço público, desde que configurado onexo causal, a responsabilidade objetiva recai sobre a concessionária ou permissionária que o prestou (C).

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 209.786

- Informações Básicas

<u>Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 209786</u>
Data Julgamento: 17/08/1998
Partes Litigantes: Auto Aviação Urubupungá x Elias Farah
Órgão Julgador: Segunda Turma – Supremo Tribunal Federal
Presidência: Ministro Néri da Silveira
Relator: Ministro Marco Aurélio
Turma: Ministros Marco Aurélio, Néri da Silveira, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.
Decisão Unânime/Votos vencidos: Sim, pelo provimento do recurso.

- O Caso

O agravo foi proposto pela empresa Auto Aviação Urubupungá e debate o caso do Recurso Extraordinário analisado acima. Trata-se do agravo que permitiu que os autos subissem à Turma para ser analisados.

- Análise do acórdão

O Ministro Marco Aurélio, quando do Agravo de Instrumento, manifestara-se pela responsabilidade objetiva nos seguintes termos:

“Iniludivelmente, o vocábulo ‘terceiros’ foi inserido – no §6º, art. 37, CF. – **sem qualquer restrição**, não cabendo pretender limitar a responsabilidade da concessionária do serviço público de transporte de passageiros a danos causados a esses últimos. Envolvida em acidente de trânsito, responde pelo ato preposto, exceto se ficar provada a culpa do terceiro envolvido...” (grifo nosso). (STF, Agravo de Instrumento RE 209.786, Marco Aurélio, p. 628)

Trata-se de um importante argumento a favor da tese contrária, o qual é retomado pelos ministros, quando da inflexão desse entendimento.

Os ministros determinam, neste Agravo, que subam à Corte os autos, pois reconhecem que a matéria é controvertida. Já nesse momento, os Ministros Marco Aurélio e Maurício Corrêa manifestam-se simpáticos à teoria

da responsabilidade objetiva estendida aos não usuários, em oposição aos Ministros Nelson Jobim e Carlos Velloso.

O PRECEDENTE FORMADO

Holding

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário.

Argumentos essenciais

Fundamento 1

A responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica prestadora de serviço público com relação a terceiros decorre do direito subjetivo que o usuário do serviço público detém de receber uma prestação ideal.

Fundamento 2

Essa responsabilidade não se estende ao não usuário, pois o serviço delegado, que é prestado mediante remuneração ou pagamento de tarifa, adquire certas feições de serviço privado, não estando submetido à teoria da responsabilidade objetiva liberal. Como esse serviço prestado não é propriamente um serviço público puro, a responsabilidade do prestador fica limitada aos danos decorrentes dos riscos assumidos ao prestar o serviço.

3.4.4 Caso Paradigma

RE 591.874: O novo entendimento

- Informações Básicas

<u>Recurso Extraordinário 591.874</u>
Data Julgamento: 26/08/2009
Partes Litigantes: Viação São Francisco LTDA x Justa Servin Franco e outro
Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Supremo Tribunal Federal
Presidência: Ministro Gilmar Mendes
Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
Composição da Corte: Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Camen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Ausentes: Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.
Decisão Unânime/Votos vencidos: Não/ Ministro Marco Aurélio.

- O Caso

Como afirmamos, o caso é extremamente semelhante ao precedente analisado. Trata-se de recurso extraordinário interposto por concessionária de serviço público, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado que declarara o direito do recorrido, Justa Servin Franco, de receber indenização pela morte de seu companheiro em acidente envolvendo ônibus da referida empresa.

Todavia, neste julgamento, o Supremo afirma que a responsabilidade de pessoas jurídicas prestadoras de serviço privado é objetiva também em relação aos não usuários do serviço e que isso decorre do próprio texto constitucional.

De tal modo, o Tribunal firma tese exatamente oposta àquela consolidada no RE 262.651.

- Análise do Acórdão

O Ministro-relator refere-se aos precedentes da Corte na matéria tão logo inicia a análise do mérito. Reconhece a existência de precedente julgado pela Corte – RE 262.651, e expõe a *holding* nele firmada.

“A matéria submetida ao exame do Plenário, convém recordar, não é nova nesta Suprema Corte. Em caso semelhante, nos autos do RE 262.651/SP, Rel. Min. Carlos Velloso (...) prevaleceu o entendimento de que a responsabilidade civil das

peças jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário.” (STF, RE 591.874, Ministro Ricardo Lewandowski, p. 1829).

Traz ainda os fundamentos da *holding*: teoria da responsabilidade objetiva entendida aos concessionários e irrelevância de qualidades da vítima para a configuração da responsabilidade (STF, RE 591.874, Ministro Ricardo Lewandowski, p. 1830).

Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski apresenta a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual, segundo ele, é oposta aquela firmada pela jurisprudência do Tribunal.

O argumento é colocado em claro enfrentamento ao ônus argumentativo gerado pelo precedente: se de um lado, há a carga originada pela jurisprudência, de outro, a posição de um dos doutrinadores mais respeitados e citados pela comunidade jurídica e pelo próprio Tribunal na matéria.

Dessa forma, com base na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁵, o Ministro conclui não ser possível restringir o alcance do dispositivo constitucional, §6º, art. 37, CF/88, e, portanto, que o termo “terceiros” se estende aos não usuários do serviço.

Em seguida o Ministro afasta o argumento fundador da *holding* anterior. Afirma:

“Não me impressiona, data vênua, o entendimento segundo o qual apenas os terceiros não usuários do serviço público gozam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, porquanto não têm o direito subjetivo de receber um serviço adequado. É que tal raciocínio contrapõe-se à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal” (STF, RE 591.874, Ministro Ricardo Lewandowski, p. 1832).

O raciocínio fica estruturado da seguinte maneira: a Constituição de 1988 tornou a responsabilidade civil, tanto do Estado, quanto da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, objetiva em relação a terceiros (C), o que se depreende da redação do próprio dispositivo constitucional - §6º, art. 37, CF (Rb).

⁶⁵ Alguns outros argumentos nesse sentido também são colocados anteriormente, tais como a evolução histórica da responsabilidade e das Constituições brasileiras e citação de doutrinadores clássicos.

Contudo, essa responsabilidade não é absoluta. Depende do nexo causal entre o fato ocorrido e a conduta da concessionária, podendo ser excluída por força maior ou culpa exclusiva da vítima (Ressalva).

A Ministra Carmen Lúcia acompanha o relator, afirmando não ser possível distinguir onde a Constituição não distinguiu (Rb), logo o prestador do serviço público, seja ele o Estado ou o terceiro, no caso a concessionária, quando presta serviço público e nesse desempenho causa dano, submete-se ao mesmo regime que o Estado. (CI) E esse regime é o da responsabilidade objetiva, estabelecido constitucionalmente (Rb de C). Logo, a responsabilidade da concessionária ou permissionária é objetiva com relação aos não usuários (C). O raciocínio é claramente contrário ao fundamento 2 da *holding* anterior, segundo o qual o serviço delegado tinha feições de direito privado, afastando-se do regime de responsabilidade objetiva integral.

O Ministro Carlos Ayres Britto, acompanhando o relator quanto à Conclusão, afirma que há um ônus social, que deve ser suportado pela coletividade, em troca do bônus trazido pelo serviço prestado (Rb-1). Trata-se do fundamento já exposto pelo Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento do RE 262.651. Não há, porém, qualquer referência ao caso.

Além disso, afirma que a Constituição intencionalmente empregou o termo “terceiros”, no §6º, do art. 37, para imprimir à prestação dos serviços públicos um cuidado ainda maior, impedindo que essa prestação lesionasse usuários ou terceiros em geral. Nesse sentido, a utilização do termo teria sido fruto de política legislativa (Rb-2).

O Ministro Marco Aurélio resta vencido neste julgamento, contudo afirma concordar com a tese exposta pelo relator, entendendo ser objetiva a responsabilidade, desde que haja nexo causal entre a ação da concessionária ou permissionária e o dano sofrido pela vítima. Logo, quanto à *holding* e aos fundamentos a votação é unânime.

Por outro lado, diverge quanto à existência de nexo causal no caso concreto e nesse sentido, julgando não haver relação de causa e efeito, nega provimento ao recurso.

No caso concreto, um ciclista, que conduzia sua bicicleta sem estar nela montado, caiu ao ser ultrapassado pelo ônibus da transportadora, que se deslocava a 18 km/h, velocidade bastante inferior à máxima permitida.

O Ministro analisa o laudo, que demonstra não ter sido constatada qualquer evidência de atropelamento e, diante disso, declara não haver nexos causal entre o dano sofrido pela vítima e a ação da transportadora.

Em resposta, o Ministro Gilmar Mendes afirma que os demais ministros reconhecem o nexo de causalidade e delimita ainda mais a tese, afirmando que em não tendo sido provada a culpa exclusiva da vítima, fica configurada a responsabilidade objetiva da concessionária.

E, em função disso, o Ministro Marco Aurélio:

“Creio que afirmamos todos que a responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva, dependendo da situação jurídica. Então, se é assim, o Estado fica como segurador universal.” (STF, RE 591.874, Ministro Marco Aurélio, p. 1860)

Assim, apesar de se tratar de decisão por maioria de votos, há uniformidade no acórdão com relação à razão de decidir. Outro ponto relevante do acórdão é o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. O Ministro reconhece ter defendido a *holding* anterior, quando do julgamento do RE 262.651, e a transcreve.

Contudo, afirma que seu entendimento mudou após reexaminar a questão. Passou a entender que o fundamento colocado pelo Ministro Carlos Velloso referente às diferenças de natureza entre o serviço público puro e o delegado (fundamento 2) não servia de sustento para a tese anterior. Em outras palavras, o Ministro passa a entender que a natureza do serviço não se altera em razão de o concessionário ser responsável pela execução da atividade e, portanto, que a tese anterior não pode ser mantida. Adere, assim, *holding* contrária, revertendo seu próprio posicionamento.

Interessante perceber que ao fazê-lo o Ministro se aproxima do tipo puro de coerência argumentativa por nós exposto: cita o precedente, a *holding* anterior, os seus fundamentos e os enfrenta por meio de

argumentação clara e lógica. O ônus argumentativo aqui parece ser inegável e o Ministro o enfrenta por completo.

Porém, as decisões proferidas pela Corte, ainda que formadas pela somatória de votos, correspondem ao entendimento colegiado e, nesse sentido, entendemos que o ônus argumentativo não é diferente e deve ser enfrentado plenamente.

Após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, os ministros encetam um debate sobre a necessidade de prévia manifestação do Procurador Geral da República para a admissão do recurso.

Convergem no sentido de ser necessária a manifestação do *Parquet*, por ser a matéria controvertida e por acreditarem que ali ocorreria reversão jurisprudencial. A Ministra Ellen Gracie afirma:

“É uma mudança de jurisprudência do Supremo, até o Ministro-relator, em uma conversa, dizia isso, vai ser uma mudança de jurisprudência.” (STF, RE 591.874, Ministra Ellen Gracie, p. 1838)

Carmem Lúcia em mesmo sentido:

“... seria uma mudança de jurisprudência, ou pelo menos, a fixação de uma jurisprudência nova” STF, re 591.874, Ministra Carmen Lúcia, p. 1839)

E o Ministro Gilmar Mendes complementa:

“Eu só lembrava que, na Turma, tivemos essa discussão no RE 262.651 (...) E a posição que prevaleceu, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, foi a de que, no caso específico, não havia responsabilidade civil objetiva para a concessionária em relação aos terceiros não usuários. Mas o tema sempre foi controvertido e aparentemente aquela decisão estava em confronto com a massiva doutrina de Direito Administrativo (...) portanto, eu estava a dizer (...) da importância de ter trazido esse tema ao Plenário para uma definição.” (STF, RE 591.874, Ministro Gilmar Mendes, p. 1838)

Note-se que, apesar de a posição do Supremo ter sido firmada em apenas um caso, RE 262.651, os ministros demonstram preocupação em definir tal matéria e afirmam que ocorrerá reversão jurisprudencial. Entendemos tal aspecto como positivo, uma vez que a preocupação parece

estar intimamente ligada com a defesa da segurança jurídica e da coerência jurisprudencial que buscamos demandar.

O Ministro Gilmar Mendes declara ainda que, com a repercussão geral, não se trata apenas de um recurso extraordinário, mas da definição de um tema em toda sua amplitude.⁶⁶

O Ministro Ricardo Lewandowski, por outro lado, não demonstra tal preocupação:

“... observo que, a partir desse *leading case* do Ministro Velloso, que foi um caso isolado num recurso extraordinário, houve uma intensa discussão aqui nesta Suprema Corte com posições já destoantes. Mas a própria doutrina tem evoluído, assim se puder proferir meu voto ainda hoje, o farei.” (STF, RE 591.874, Ministro Ricardo Lewandowski, p. 1839)

3.4.5 Conclusões

Os ministros identificam o precedente e o afastam inteiramente.

Interessante observar que, repetidamente, os ministros buscam enfraquecer o ônus gerado pelos precedentes por meio do respaldo doutrinário. Assim procede, neste caso, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Quanto à inflexão do entendimento, é possível falar não apenas em reversão jurisprudencial, mas em verdadeira virada jurisprudencial, em que o tema, pela interpretação de institutos jurídicos, teve uma completa reformulação e, segundo o Ministro Gilmar Mendes, em toda a sua amplitude.

O Supremo negou a *holding* anteriormente defendida, passando a afirmar a sua antítese. E o fez usando como fundamentos os argumentos exatamente opostos aos outrora firmados. De forma que observamos o seguinte quadro:

⁶⁶ STF, RE 591.874, Ministro Gilmar Mendes, p. 1866.

	<i> Holding </i>	 Fundamento 1 	 Fundamento 2
 Tese refutada 	Não há responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público perante não usuários do serviço ⁶⁷	A responsabilidade objetiva tem fundamento no direito subjetivo do usuário de receber um serviço ideal	O regime jurídico a que está submetida a concessionária é distinto do estatal
 Tese firmada 	Há responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público perante os não usuários.	A responsabilidade objetiva tem fundamento constitucional (ausentes quaisquer restrições no §6º, art. 7º, CF)	A concessionária se submete ao mesmo regime de responsabilidade objetiva que o Estado

Trata-se de um acórdão claro e coeso, em que se observa diálogo entre a argumentação fundada e aquela afastada. Os ministros expõem a tese anterior, citam o precedente, reconhecem a mudança jurisprudencial e ouvem o *Parquet*.

Além disso, a ementa traz não apenas a holding como também seu fundamento principal - fundamento 1.

Contudo, o que não explicitam é a razão da drástica reversão jurisprudencial. Questionamos: qual motivação levou a Corte a adotar a própria antítese da tese que defendera?

Como primeira hipótese, é possível indagar a respeito da composição do Tribunal. Percebemos que três Ministros – Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ellen Gracie – participaram de ambos os julgamentos e reverteram seu posicionamento por completo. Tal aspecto enfraquece este argumento. Por outro lado, o Ministro-Relator do segundo acórdão, o qual conduziu o julgamento, não votara no primeiro Recurso Extraordinário, de forma que seu posicionamento pode ter sido decisivo na revisão jurisprudencial.

Como segunda hipótese, temos a força da doutrina, a qual, segundo os ministros, está firmada no sentido para o qual foi revertida a posição do STF. Caso tal hipótese fosse verificada como verdadeira, notaríamos uma

⁶⁷ A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário.

importante influência da doutrina como fonte de direito imediata na conformação interpretativa da Corte.

4. Conclusões

Neste trabalho, foram analisados quatro casos de reversão jurisprudencial a partir da metodologia de análise argumentativa proposta por Alec Fischer. A finalidade ao analisar a argumentação em casos nos quais o STF alterou sua jurisprudência é verificar se há coerência argumentativa nos votos dos ministros ou se eles simplesmente ignoram o entendimento anterior.

No primeiro caso estudado – referente aos “crimes contra a organização do Trabalho” – observamos que a reversão jurisprudencial ocorreu de fato com relação à competência para julgar o tipo previsto no art. 149, do Código Penal, relativo aos crimes análogos à condição de escravo. E que, com relação à competência da Justiça Federal, houve apenas uma ampliação, em função do alargamento do conceito “crimes contra a organização do Trabalho” por meio da interpretação do STF.

Neste caso, o voto do relator trazia apenas parte dos elementos essenciais da decisão. Deixando de fora distinções referentes à extensão da tese firmada. Em função disso, seria necessária a leitura de todo o conteúdo do para compreendê-la.

Além disso, notamos que os ministros utilizaram a estratégia de enfrentar apenas o *leading case*, por meio da alegação de que os demais precedentes consistiam em uma aplicação equivocada da tese firmada naquele caso.

Assim, reduziram o ônus argumentativo, limitando tal carga a um caso, em lugar de vetusta jurisprudência.

No segundo caso analisado, observamos também a completa reversão jurisprudencial, os ministros que antes defendiam ser constitucional a exigência de depósito prévio como condição para interpor recurso administrativo, passaram a afirmar a completa constitucionalidade deste.

O Tribunal o fez sem analisar a fundo os precedentes da Corte. Não trouxeram os fundamentos explicitamente, mas o afastaram com os argumentos postos.

No terceiro caso analisado, referente à fidelidade partidária, constatamos a profunda preocupação da Corte em justificar as razões pelas quais sua jurisprudência deveria ser revertida.

Os ministros fizeram uso de doutrina, jurisprudência de outros tribunais, dados de realidade, buscando comprovar a necessidade de se firmar como constitucional a perda de mandato por desfiliação.

Observamos ainda que os ministros atentaram também para os efeitos da decisão, os quais foram modulados com a finalidade de preservar a segurança jurídica.

No último caso, no qual se debateu a responsabilidade objetiva das concessionárias perante os não usuários, observamos a total reversão da tese anterior por meio de uma decisão coerente e coesa, com nítido diálogo entre a tese firmada e a tese afastada.

Podemos afirma que:

Quanto à citação de precedentes: nos quatro casos paradigma analisados, houve referência aos precedentes da Corte, naquela matéria e identificação do *leading case*. Entretanto, isso ocorria em alguns dos votos e o chamamento desses precedentes acontecia conforme conveniência, freqüentemente. Percebemos, assim, falta de rigor com relação à citação e à utilização de jurisprudência como recurso argumentativo.

Interessante observar que no último caso estudado – Responsabilidade Objetiva – no qual o ônus era menor, já que a jurisprudência constava de apenas um acórdão em sentido contrário aquele defendido pelos ministros no caso paradigma, a preocupação em apresentar os fundamentos da tese em debate, trazendo sistematicamente o precedente, foi maior do que nos demais casos analisados.

Isso pode demonstrar uma dificuldade da própria Corte em lidar com sua jurisprudência e com a formação de precedentes envolvendo inúmeros

julgados em lapso temporal considerável, a qual seria então menor em havendo apenas um caso a ser enfrentado.

Assim, em todos os casos houve preocupação em aludir à jurisprudência consolidada da Corte. Porém, pouquíssimas vezes a tese anterior foi enfrentada por meio da análise dos precedentes, pela consideração não apenas da *holding*, mas de seus fundamentos.

Além disso, diversas vezes os ministros apresentaram apenas trechos de voto que corroboravam com a argumentação por eles defendida. Em outros casos, referiam-se apenas à *holding* do entendimento anterior, ignorando os argumentos essenciais que a sustentavam para formar aquela tese.

Quanto ao entendimento anterior: é possível afirmar que os ministros trazem, em todos os casos a *holding* da tese refutada. Entretanto, não demonstram preocupação semelhante em apresentar e enfrentar seus fundamentos.

Tal fato gera carência de diálogo entre as decisões. Por vezes, os fundamentos são rebatidos sem que haja qualquer menção às estruturas argumentativas postas nos precedentes e, por outro lado, com preocupação da Corte em rebater diretamente a doutrina da matéria em questão.

Quanto à clareza: Notamos que ementa, relatório e voto do relator não são suficientes para compreender a dimensão da decisão proferida pela Corte. Em face à ausência de unidade entre os votos, torna-se necessário recorrer a cada um deles para compreender a exata medida da tese firmada. O voto do relator parece conter a racionalidade da decisão, em suas linhas gerais. Contudo, os fundamentos da decisão e a sua correta extensão estão contidos em votos diversos ou até mesmo em debates ocorridos ao longo do julgamento.

Isso dificulta a identificação de clara linha hermenêutica do STF a qual julgamos essencial à segurança jurídica. Notadamente, quando da reversão jurisprudencial, torna-se basilar compreender a extensão da interpretação conferida pela Corte e a nova conformação do direito em debate.

Quanto à inflexão de entendimento: percebemos que a Corte reconhece – exceto pelo primeiro caso (crimes contra a organização do trabalho) – a revisão jurisprudencial e que tem preocupação em declará-la, o que fica explícito nos votos e nos próprios debates contidos nos acórdãos, tal como explicitamos ao longo do capítulo 3.

Quanto aos efeitos da decisão: há séria preocupação. Notamos que no caso de maior repercussão social – fidelidade partidária – a modulação de efeitos é seriamente defendida pelos ministros e que esses reconhecem os reflexos da revisão de seu entendimento, buscando amenizá-los.

Quanto à motivação da mutação jurisprudencial: o ponto de maior complexidade neste trabalho consistiu nesta tentativa de identificar nos casos paradigma a razão da rejeição de linhas hermenêuticas no STF.

Notamos que tal motivação não consta explícita nos acórdãos, declarada pelo Tribunal e entendida como elemento de legitimação da decisão.

Algumas hipóteses podem ser formuladas:

- composição da Corte

Percebemos que em todos os casos analisados a composição do Tribunal se alterara significativamente quando refutada a tese firmada em caso anterior. Indagamos: a mera transformação da composição da Corte justifica essa reversão em face ao princípio da segurança jurídica e à expectativa de direito gerada pela atividade interpretativa do Tribunal?

- influência do contexto histórico

No caso da fidelidade partidária, o Ministro Gilmar Mendes defende que a mutação jurisprudencial consistiria em necessidade imperiosa diante da significativa transformação do contexto histórico nacional, sendo legítima a atuação da Corte. Além disso, os ministros defendem que a lei só existe enquanto interpretada e que isso exigiria a sua colocação na realidade. Logo, a reversão seria inevitável diante de uma alteração significativa no universo de aplicação da norma.

Afirmou o Ministro Menezes Direito:

“Os juízes não estão submetidos ao Tribunal da opinião pública, mas não podem deixar de considerar a cultura do seu tempo para que a lei possa ser um instrumento de realização da justiça”⁶⁸

Outra razão apresentada pelos ministros consistia no lapso temporal decorrido desde a última aplicação de uma tese. Sabemos que o Direito é uma criação cultural e que a interpretação lançada sobre o Direito Positivo muda conforme a sociedade se transforma. Seria possível então admitir o lapso temporal como razão pertinente de reversão de jurisprudência em todos os casos? Indagamos: as interpretações judiciais estariam então datadas?

- alteração nos limites de atuação da corte

Os ministros, notadamente, o Ministro Menezes Direito, apresentaram como justificativa de reversão que o STF deve atuar politicamente e assumir essa função, que não constitui usurpação, sendo-lhe necessária.

Essa visão poderia também dar ensejo a mudança de jurisprudência, passando a Corte a decidir sobre regras que outrora não ousara definir.

Negar as reais razões da conformação interpretativa geraria a ocultação de suas reais razões:

“Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público”
(STF, MS 26.603, Ministro Menezes Direito, p. 479)

- evolução interpretativa

Em alguns casos, os próprios ministros que reverteram posicionamento defendido em julgados anteriores por entenderem que a interpretação ora proposta superava a anteriormente firmada. Diante de tal hipótese, não haveria, de fato, previsibilidade na atuação do Tribunal, posto que tal manobra ocorreria por revisão simples, fruto de detida reflexão, daquilo que anteriormente se firmara.

A emergência de uma nova Carta Constitucional também foi colcada, no primeiro caso estudado - como razão de reversão. Trata-se de uma razão sólida e fundada. Entretanto, o caso - trabalho escravo - já fora

⁶⁸ STF, MS 26.603, Ministro Menezes Direito, p. 481

julgado sobre a égide da nova Carta e nada fora levantado a respeito da tese defendida no Caso Paradigma. Desse modo, em trazendo a nova tese e sendo essa possível somente a partir do enraizamento dos princípios incrustados na Carta de 1988, deveriam os ministros se referir a tal decisão e explicitar a razão pela tomada de posicionamento.

Admitindo-se que uma tese possa ser revertida a qualquer momento, sem claros critérios que legitimem essa transformação, em se tratando de um Tribunal que decide conflitos de relevância social, jurídica e política de maneira definitiva⁶⁹, na medida em que, na maior parte das vezes, emite a “última palavra” sobre o assunto, como, então assegurar direitos e atuar com base em linhas hermenêuticas por ele definidas?

Não sabemos ao certo em que medida explicitar tais razões pode ser dispensável. Porém, podemos afirmar que a mera reversão e a falta de esclarecimento geram um vácuo argumentativo, uma lacuna na jurisprudência da Corte – o que afeta a proteção da confiança e a segurança jurídica.

No quarto caso analisado – responsabilidade objetiva - a tese foi revertida por completo, tendo sido rebatidos todos os seus fundamentos. Porém, diante da ausência de clara motivação desse posicionamento, exceto a mudança de composição da casa e da interpretação do Instituto, podemos afirmar que a previsibilidade foi respeitada e a segurança jurídica assegurada?

Acreditamos que o Supremo Tribunal Federal deva explicitar a causa de revisão jurisprudencial. Somente assim as decisões contarão com a previsibilidade esperada, em considerando a notoriedade de seu papel político e a repercussão de sua atuação.

Porém, como exigir do Supremo que esclareça tais razões? Onde se situa o limite da coerência e da razoabilidade na reversão jurisprudencial?

⁶⁹ Quer-se dizer com o termo *definitiva* que não existem formas de controle institucionais das decisões proferidas pela Corte.

5. Referências Bibliográficas

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2002.

FISHER, Alec. *The logic of real arguments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste, 1997.

MENDES, Conrado Hübner. "Estudo dirigido: Lendo uma decisão: "obiter dictum" "ratio decidendi". Racionalidade e retórica na decisão." Gulbenkian, 5ª edição. Lisboa: 1983.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia", *Revista Direito GV 8 – O futuro da Constituição de 1988: perspectivas para os próximos 20 anos*. 2008.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. "Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF." *Revista de Direito GV*, v. 9, pp. 21-44, 2009.

Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br

Anexo 1

Relatório biênio 2006-2008				
Julgamentos em Destaque (p.56-61)		Acórdão(s)	Adequação à Pesquisa	data
Pensão por morte	1	RE 415454 e RE 416827/4.845 REs em conjunto	Não	10/02/2007
Juros por mora	2	RE 453740	Não	28/02/2007
Depósito prévio	3	RE 388.359	Sim	28/03/2007
Mensalão	4	Inq. 2.245 e outros	Não	28/08/2007
Lei de biossegurança	5	ADI 3510	Não	-
Fidelidade partidária	6	MS 26.602; MS 26.603; MS 26.604	Sim	04/08/2007
Ações sobre questões indígenas	7	Vários instrumentos	Não	Várias
Verticalização para as eleições de 2006	8	ADI 3635	Não	
Nepotismo do Judiciário	9	ADC 12	Não	
CDC e serviços bancários	10	ADI 2591	Não	
Cláusula de barreira	11	ADI 1351 e ADI 1354	Não	
Conselho Nacional do Ministério Público	12	ADI 3831	Não	
Trabalho Escravo	13	RE 398041	Sim	30/11/2006
Lei de imprensa	14	ADPF	Não	

Relatório Ano 2009				
Julgamentos em Destaque (p. 29-38)		Acórdão(s)	Adequação à Pesquisa	Data
Lei de imprensa	15	ADPF 130	Não	30/04/2009
Raposa Serra do Sol	16	ADPF	Não	19/03/2009
Base de Cálculo do Confins	17	ADC 18	Não	16/09/2009
Diploma de jornalistas	18	RE 511961	Não	17/06/2009
Monopólio dos Correios	19	ADPF 46	Não	05/08/2009
Extradição Cesare Battisti	20	Ext 1085	Não	18/11/2009
Extradição Militar Condor	21	Ext 974	Não	06/08/2009
Extinção do crédito prêmio IPI	22	RE 561485 e RE 577348	Não	13/08/2009
PIS/CONFINS	23	RE 527602	Não	05/08/2009
Arquivada Denúncia contra Antonio Palocci	24	Pet 3898	Não	27/08/2009
Eleição Indireta para governo de Tocantins	25	ADI 4298 e ADI 4309	Não	07/10/2009
Conflitos entre Juizado Especial e Federal	26	RE 590409	Não	26/08/2009
Responsabilidade Objetiva De empresas com não usuários	27	RE 591874	Sim	26/08/2009
Adicional de um terço para férias não usufruídas	28	RE 570908	Não	16/09/2009
Cassação de mandatos pelo TSE	29	ADPF 167	Não	01/10/2009
Direito de recorrer em liberdade	30	HC 84078	Não	05/02/2009

Senador Expedito Junior	31	MS 27613	Não	28/10/2009
Mensalão Mineiro	32	Inq 2280	Não	03/12/2009
PEC dos Vereadores	33	ADI 4207 e ADI 4310	Não	11/11/2009
Fugitivos têm direito a recorrer	34	HC 90279 e HC 85369	Não	26/03/2009
IE de produtos nacionais e nacionalizados	35	R570680	Não	28/10/2009
Arma de fogo como agravante de pena	36	HC 96099	Não	19/02/2009
Estupro e atentado violento ao pudor	37	HC 86238	Não	18/06/2009
Documentos sobre Paulo Maluf	38	AP 483	Não	12/03/2009
Reclamações sobre pulsos telefônicos	39	RE 571572	Não	26/08/2009
Extradição de acusado de torturar crianças	40	Ext 1122	Não	21/05/2009
Lei de recuperação judicial	41	ADI 3934	Não	27/05/2009
Expropriação de terra de cultivo de droga	42	NÃO DIZ	Não	26/05/2009
Greve de policiais civis	43	RE 6568	Não	21/05/2009
Honorários de sucumbência	44	ADI 1194	Não	21/05/2009
Arquivada ação sobre caso Goldman	45	ADPF 176	Não	10/06/2009
Trinta dias para testemunhas	46	AP 421	Não	22/10/2009
Importação de pneus usados	47	ADPF 101	Não	24/06/2009
Concurso material em crime hediondo	48	HC 86238	Não	18/06/2009

Contrato de trabalho temporário e competência da Justiça comum	49	RE 7109	Não	02/04/2009
Gratificação: extensão dos inativos	50	RE 572052 RE 597154	Não	2009
IPTU e progressividade antes da EC n. 29/2000	51	AI 712743	Não	2009
Auxílio reclusão e renda bruta do segurado preso	52	RE 587365	Não	2009
Atenuantes genéricas e fixação da pena abaixo do mínimo legal	53	RE 597270	Não	2009
Apagão elétrico	54	RE 576189 e RE 541511	Não	10/2009
Pensão por morte	55	RE 597389	Não	2009
Poder de investigação do MP	56	HC 89837	Não	20/10/2009
Inelegibilidade de membro do Ministério Público Estadual (EC n. 45/2004)	57	RE 597994	Não	2009