



## SUMÁRIO

1. Inquérito para investigar “Fake News” e ameaças contra o STF: constitucionalidade.....	2
1.1. Situação FÁTICA.....	2
1.2. Análise ESTRATÉGICA.....	3
2. HC: execução provisória e art. 312 do CPP .....	8
2.1. Situação FÁTICA.....	8
2.2. Análise ESTRATÉGICA.....	8
3. Partidos políticos: apoio de eleitores não filiados e limites para criação, fusão e incorporação .....	9
3.1. Situação FÁTICA.....	9
3.2. Análise ESTRATÉGICA.....	9
4. Corrupção passiva e danos morais coletivos.....	12
4.1. Situação FÁTICA.....	12
4.2. Análise ESTRATÉGICA.....	13
5. ADI e “Reforma Constitucional da Previdência” .....	15
5.1. Situação FÁTICA.....	15
5.2. Análise ESTRATÉGICA.....	15
6. Procuradores estaduais: honorários de sucumbência, sistema de remuneração por subsídio e teto constitucional.....	16
6.1. Situação FÁTICA.....	16
6.2. Análise ESTRATÉGICA.....	16
7. Medida provisória e controle judicial .....	18
7.1. Situação FÁTICA.....	18



7.2.	Análise ESTRATÉGICA.....	18
<b>8.</b>	<b>Pessoa jurídica de direito privado e sanção de polícia .....</b>	<b>19</b>
8.1.	Situação FÁTICA.....	19
8.2.	Análise ESTRATÉGICA.....	19
<b>9.</b>	<b>Covid-19: saúde pública e competência concorrente .....</b>	<b>21</b>
9.3.	Situação FÁTICA.....	21
9.4.	Análise ESTRATÉGICA.....	22
<b>10.</b>	<b>Homofobia e omissão legislativa .....</b>	<b>24</b>
10.1.	Situação FÁTICA.....	25
10.2.	Análise ESTRATÉGICA.....	25



## 1. Inquérito para investigar “Fake News” e ameaças contra o STF: constitucionalidade

### **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

É constitucional a Portaria GP 69/2019, que instaurou o inquérito das fake news, e também o art. 43 do Regimento Interno do STF (RISTF), que lhe serviu de fundamento legal.

ADPF 572 MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 17 e 18.6.2020 (Info 982)

### 1.1. Situação FÁTICA.

Os Ministros do STF sustentam que existe um problema relativo às *fake news*, disseminadas especialmente pelas mídias sociais. Nesse contexto, não há mais propriamente sujeitos de direito, mas *algoritmos que espalham algum tipo de informação*. Portanto, mesmo com a preponderância que a liberdade de expressão (e de sua posição preferencial), seu uso em casos concretos pode se tornar abusivo.

Em vista disso, instauraram inquérito com o intuito de apurar a existência dessas supostas notícias fraudulentas, denúncias caluniosas,



ameaças e atos que podem configurar crimes contra a honra e atingir a honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros e familiares.

Acontece que a manobra deixou muita gente (com razão) de queixo caído! Como assim o STF investigar (sendo a própria vítima) e ainda depois vai julgar esses fatos??!!!

Pois é... não sem razão o procedimento foi questionado, pretendendo-se a declaração de inconstitucionalidade da portaria que determinou a instauração do procedimento investigatório, assim como declarar a constitucionalidade do art. 43 do RISTF.

## 1.2. Análise ESTRATÉGICA.

### 1.1.1. A investigação movida pelo STF é CONSTITUCIONAL?

**R:** SIM (por incrível que pareça).

Segundo entendeu o STF, o art. 43 do RISTF trata de hipótese de investigação, e deve ser lido sob o prisma do devido *processo legal*; da *dignidade da pessoa humana*; da *prevalência dos direitos humanos*; da *submissão à lei*; e da *impossibilidade de existir juiz ou tribunal de exceção*.

Além disso, deve ser observado o princípio da separação de Poderes, uma vez que, via de regra, **aquele que julga não deve investigar ou acusar**. Ao fazê-lo, como permite a norma regimental, esse exercício excepcional submete-se a um **elevado grau de justificação** e a condições de possibilidade sem as quais não se sustenta.

Foram enumerados diversos dispositivos constitucionais e de direito internacional (*BLÁ-BLÁ-BLÁ*) voltados à proteção da liberdade de expressão e concluiu que seu regime jurídico garante, por um lado, a impossibilidade de censura prévia, e, por outro, a possibilidade de **responsabilização civil e penal posterior**.

Reconheceu que, ordinariamente, **compete ao MP promover, privativamente, a ação penal pública**, na forma da lei. Dentro do sistema constitucional, a regra é: a **autoridade policial investiga, o MP acusa e o juiz julga**, e nesse ambiente interagem a advocacia e as defensorias como funções essenciais.

Só que o MP não tem exclusividade na investigação preliminar. Em regra, é a polícia judiciária quem conduz a investigação, acompanhada pelo MP, titular da acusação. Segundo a Lei 8.038/1990, o MP oferecerá denúncia ou pedirá arquivamento do inquérito ou das peças informativas.





**Não há ordem democrática sem respeito a decisões judiciais.** Não há direito que justifique o descumprimento de uma decisão da última instância do Poder Judiciário. Finalmente, é o Poder Judiciário o órgão responsável por afastar, mesmo contra maiorias, medidas que suprimam os direitos constitucionais. São inadmissíveis, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso ou do STF. Não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos.



Por essa razão, o equilíbrio e estabilidade entre os Poderes e a preservação da supremacia da Constituição **estão ameaçados**. Nesse contexto, ausente a atuação dos órgãos de controle com o fim de apurar o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Judiciário e o Estado de Direito, INCIDE o art. 43 do RISTF.

Esse dispositivo é REGRA EXCEPCIONAL que **confere ao Judiciário função atípica na seara da investigação**, de modo que seu emprego depende de rígido escrutínio. É um instrumento de defesa da própria Constituição, utilizado se houver **INÉRCIA ou OMISSÃO dos órgãos de controle**. Ainda que sentidos e práticas à luz desse artigo possam ser inconstitucionais, há uma interpretação constitucional.

### 1.2.1. Mas o artigo não fala em “nas DEPENDÊNCIAS” do STF?

O STF pode, diante da ciência da ocorrência em tese de um crime, **determinar a instauração de inquérito, mesmo que não envolva autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição.** Muito embora o dispositivo regimental exija que os fatos apurados ocorram na sede ou dependência do próprio STF, o CARÁTER DIFUSO dos crimes cometidos por meio da internet permite estender o conceito de “sede”, uma vez que o STF exerce jurisdição em todo o território nacional.

Logo, os crimes objeto do inquérito, contra a honra e, portanto, formais, **cometidos em ambiente virtual**, podem ser considerados como cometidos na sede ou **dependência do STF**.

### 1.2.2. Quem preside esse Inquérito?

**R:** Quem o STF diz que vai presidir.

Uma das razões para a instauração do inquérito é justamente evitar que matérias próprias do STF sejam submetidas a jurisdições incompetentes; e para



impedir que suas ordens, autoridade e honorabilidade sejam desobedecidas ou ignoradas (kkkk). Ou seja: para preservar (obrigar) a etapa de coleta de provas.

Assim sendo, é imprescindível a obediência ao “juiz natural”. De acordo com a regra regimental, o **ministro competente para presidir o inquérito é o presidente da Corte, ou seu delegatário**. Nesse caso, a delegação pode afastar a distribuição por sorteio, embora esta também seja uma via legítima.

### 1.2.3. Quem vai denunciar (o próprio STF)?

A apuração inaugurada com fundamento nesse dispositivo regimental destina-se a **reunir elementos que subsidiarão a representação ou encaminhamento ao MP**. Os elementos reunidos pelo STF **justificam a propositura da ação penal mediante o encaminhamento ao MP com os elementos NECESSÁRIOS** para essa propositura. As informações equivalem às que são coligidas em um inquérito. Como as ofensas são em massa e difusas, o inquérito se justifica para coligir esses elementos.



Segundo a Lei 8.038/1990, o Ministério Público:

- 1) oferecerá **denúncia**; ou
- 2) pedirá **arquivamento** do inquérito ou das peças informativas.

Portanto, ao MP competirá, derradeiramente, diante dos elementos colhidos, propor eventual ação penal ou promover o arquivamento respectivo.

### 1.2.4. Então o STF tem carta branca para ficar abrindo investigações e procedê-las (tocá-las) como bem entender?

**R:** O STF promete que NÃO.

Foram assentadas **CONDICIONANTES teóricas** no sentido de que o procedimento investigatório:

- a) seja acompanhado pelo Ministério Público;
- b) seja integralmente observado o Enunciado 14 da Súmula Vinculante;
- c) **limite-se o objeto do inquérito** a manifestações que, denotando **risco efetivo à independência do Poder Judiciário** (CF, art. 2º), pela via da ameaça aos



membros do STF e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a democracia; e

d) **observe-se a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo** do escopo do inquérito matérias **jornalísticas e postagens**, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, **DESDE QUE não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.**

Assim, em tese, o art. 43 do RISTF pode dar ensejo à abertura de inquérito, contudo, **NÃO é e nem pode ser uma espécie de salvo conduto genérico**, tornando-se necessário **delimitar seu significado.**



A referida regra regimental trata de hipótese de investigação, e deve ser lida sob o prisma do devido **processo legal; da dignidade da pessoa humana; da prevalência dos direitos humanos; da submissão à lei; e da impossibilidade de existir juiz ou tribunal de exceção.**

Desse modo, as investigações não têm como objeto qualquer ofensa ao agente público, mas devem se **limitar às manifestações que denotam risco efetivo à independência do Judiciário, pela via da ameaça a seus membros e, assim, risco aos Poderes instituídos, ao Estado de Direito e à democracia.**

Atos atentatórios contra o STF, que **incitem seu fechamento**, a morte e a prisão de seus membros, a desobediência a seus atos, o vazamento de informações sigilosas, **NÃO são manifestações protegidas pela liberdade de expressão.** O dissenso intolerável é aquele que visa a impor com violência o consenso.



A LIBERDADE DE EXPRESSÃO atua como **exercício de direitos políticos e de controle da coisa pública.** Isso porque **NÃO pode haver privilégios ou tratamentos desiguais** com o escopo de **beneficiar agentes públicos** que exercem o poder em nome do povo.



A proibição do dissenso equivale a IMPOR um **mandado de conformidade**, condicionando a sociedade à *informação oficial*, ou um efeito dissuasório, culminando com a **aniquilação do próprio ato individual de reflexão**.

Por outro lado, as exceções à liberdade de expressão são restritas, e seus **limites estão na alteridade e na democracia**. Nesse sentido, são *VEDADOS discursos racistas, de ódio, supressores de direitos e tendentes a excluir determinadas pessoas da sociedade*.

E sob esse aspecto, nenhuma disposição constitucional pode ser interpretada ou praticada no sentido de permitir a grupos ou pessoas suprimirem o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Assim, por exemplo, um partido político, cujos líderes incitam a **violência**, defendem políticas que não respeitam a democracia e tentam destruí-la, **NÃO pode invocar a proteção contra penalidades impostas** por atos praticados com essas finalidades.

### 1.1.1. Como fica a Súmula Vinculante nº 14?



Pois é... Como que fica o fato de que os advogados não estão tendo acesso à investigação para exercer a ampla defesa, nos expressos termos da Súmula Vinculante nº 14?

*“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.*

Segundo os Ministros, em um Estado de Direito, a total **transparência dos atos do poder público é a regra**. Porém, restrições pontuais à publicidade devem estar fundadas na defesa da intimidade e do interesse social. O referido verbete tem o objetivo de **EQUILIBRAR** esses valores.

### 1.1.1. Divergência.

Vencido o ministro **Marco Aurélio**, que julgou procedente o pedido formulado na ADPF para fulminar o inquérito.

Segundo o ministro, o inquérito resultou de ato individual do presidente do STF e não passou pelo crivo do colegiado. Além disso, **o relator do inquérito**





foi escolhido a dedo, sem a observância do sistema democrático de distribuição.

Como se não bastasse, a portaria foi editada com base no art. 43 do RISTF. Ocorre que a Constituição Federal de 1988, ao consagrar sistema acusatório, **NÃO recepcionou** o referido artigo do RISTF.

Pontuou que, em Direito, *o meio justifica o fim, jamais o fim justifica o meio utilizado.*

### 1.2.5. Resultado final.

O Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), em que se discutia a constitucionalidade da instauração de inquérito pelo Supremo Tribunal Federal (STF), realizada com o intuito de apurar a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e atos que podem configurar crimes contra a honra e atingir a honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros e familiares.

Por conseguinte, a Corte declarou a constitucionalidade da Portaria GP 69/2019, que instaurou o referido inquérito, e a constitucionalidade do art. 43 do Regimento Interno do STF (RISTF), que lhe serviu de fundamento legal.

## 2. HC: execução provisória e art. 312 do CPP

### HABEAS CORPUS

*A liberação de réu condenado em segunda instância não é automática, sendo for o caso cabendo reanálise dos requisitos da preventiva pelo Tribunal ad quo.*

*HC 175405/PR, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 17.12.2019*

### 2.1. Situação FÁTICA.

O STJ revogou a medida cautelar anteriormente deferida e concedeu a ordem, de ofício, para que o tribunal de origem verifique os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

### 2.2. Análise ESTRATÉGICA.

#### 2.2.1. É pra soltar ou reanalisar a prisão?

**R:** REANALISAR.



A Primeira Turma, por maioria, não conheceu de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática de ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Não é porque a jurisprudência do STF alterou para inadmitir a prisão em segunda instância que tem de sair liberando todo mundo. Se for o caso, o Tribunal ad quo deve reanalisar os requisitos da preventiva.

### 3. Partidos políticos: apoio de eleitores não filiados e limites para criação, fusão e incorporação

#### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

*É constitucional a imposição de restrições quanto à criação, fusão e incorporação de partidos políticos, exigindo-se que o apoio se dê apenas por cidadãos outra e simultânea filiação partidária e ainda o prazo mínimo de cinco anos de existência do partido antes da alteração por fusão ou incorporação.*

*ADI 5311/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4.3.2020. (info 968)*

#### 3.1. Situação FÁTICA.

O art. 2º da Lei 13.107/2015, alterou os arts. 7º e 29 da Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), estabelecendo restrições quanto à criação, fusão e incorporação de partidos políticos, com maiores exigências dos cidadãos que apoiam a criação das agremiações — **habilitados apenas aqueles sem outra e simultânea filiação partidária** —, bem como a previsão de **prazo mínimo de cinco anos de existência do partido antes da alteração por fusão ou incorporação a outro**.

Aqueles que pretendiam continuar na dança de formação de partidos piraram o cabeção e questionaram a constitucionalidade do dispositivo.

#### 3.2. Análise ESTRATÉGICA.

##### 3.2.1. As restrições podem ser mantidas?

**R:** PODEM.

A Constituição Federal optou pelo princípio democrático representativo, superando-se o caráter essencialmente intervencionista prevacente no regime autoritário anterior. Dessa forma, garantiu no ordenamento jurídico-constitucional a **liberdade dos partidos políticos de se formarem e se articularem**, sem serem desconsideradas as características básicas de sua conformação legítima, como a imperatividade do caráter



nacional das agremiações (controle quantitativo tido como cláusula de barreira *lato sensu*) e do cunho democrático de seus programas (controle qualitativo ou ideológico).

ESCLARECENDO!



O art. 17 da Constituição Federal, assegura aos partidos políticos a liberdade de criação, fusão, extinção e incorporação como expressão do princípio democrático e do pluripartidarismo.

A liberdade na formação dos partidos há de se conformar, CONTUDO, ao respeito aos princípios democráticos, competindo à Justiça Eleitoral a conferência dos pressupostos constitucionais legitimadores desse processo, sem os quais o partido político, embora tecnicamente criado, não se legitima. Em outras palavras, o direito à oposição partidária interna, a ser garantido aos filiados como corolário da plena cidadania, há que ser **exercido em benefício e segundo o ideário, o fortalecimento e o cumprimento do programa do partido**.

Nesse cenário, **as normas impugnadas se justificam pela multiplicação de legendas que não têm substrato de eleitores a legitimá-las e a inequívoca comprovação de formações sem partido com força para atuar em cenários decisórios**. As divulgadas "bancadas" são compostas por ideologias não representadas por partidos, mas com força decisória inegável.

Na prática, são formalizadas agremiações intituladas partidos políticos, e assim são objetivamente, mas sem substrato eleitoral consistente e efetivo, que atuam como subpartidos ou organismos de sustentação de outras pessoas partidárias, somando ou subtraindo votos para se chegar a resultados eleitorais pouco claros ou até mesmo fraudadores da vontade dos eleitores.

INDO MAIS  
FUNDO!



Tais legendas habilitam-se a receber parcela do fundo partidário, disputam tempo de televisão, mas **NÃO para difundir ideias e programas**. Restringem-se a atuar como nomes sob os quais atuam em deferência a outros interesses partidários. E, ainda mais grave, para obter vantagens particulares, em especial para os dirigentes. Ao assinarem fichas de apoio à criação desses partidos, não poucas vezes os eleitores sequer sabem da condição conivente,





porque não valorizam a assinatura cidadã com a mesma seriedade, compromisso e responsabilidade em que atuam como quando assinam documento financeiro.

A **proliferação partidária** que se tem atualmente no Brasil agrava-se com a mesma rapidez com que avançam mecanismos tecnológicos, servis ao acesso e à coleta massiva de assinaturas para apoio a criações de legendas, não se exigindo dos subscritores responsabilidade ou compromisso, **sequer a certeza de sua identidade**.

A imperatividade de urgente legitimação dos partidos também decorre do acesso ao fundo partidário, dinheiro público a que fazem jus as agremiações reconhecidas, porque registrados os estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Vale lembrar que o **sistema partidário é garantido por considerável soma de recursos públicos**, quando não de recursos obtidos de forma nada republicana.

Ao estabelecer novas condições para a criação, fusão e incorporação de partidos políticos, as normas eleitorais definiram **discrímens a serem analisados sob o parâmetro da legitimidade representativa**, fundamento do modelo partidário.

## APOIAMENTO

A limitação criada pela norma impugnada quanto ao apoio para a criação de novos partidos, restrito aos cidadãos sem filiação partidária conforma-se perfeitamente com o regramento constitucional relativo ao sistema representativo, garantindo-lhe maior coesão e coerência confere-se maior substância ao modelo representativo instrumentalizado pela atuação partidária.

Distinguem-se, assim, cidadãos filiados e não filiados para o exclusivo efeito de **conferência de legitimidade do apoio oferecido à criação de novos partidos políticos**. Trata-se, portanto, de cidadãos distintos no exercício cívico livre quanto às opções políticas. Constitucionalmente livres, não são civicamente irresponsáveis nem descomprometidos com as escolhas formalizadas.

## TEMPO: 5 ANOS

Também a exigência temporal para se levarem a efeito fusões e incorporações entre partidos, assegura o atendimento do compromisso do cidadão com o que afirma como sua opção partidária, evitando-se o *estelionato eleitoral* ou a reviravolta política contra o apoio dos eleitores então filiados.

O descompromisso com a atuação política cobra caro em termos de política legítima e de realização democrática e atinge todos na sociedade estatal. A disseminação de práticas antidemocráticas, como a compra e venda de votos, o **aluguel de cidadãos e de partidos inteiros** e os indesejáveis efeitos de **band-wagon** (saltar para a carruagem dos mais fortes) e de **under-dog**



(optar pelos marginais), pode e deve ser pronta e cuidadosamente combatida pelo legislador, sem prejuízo da autonomia partidária, a ser garantida em benefício da legitimação da representação democrática e não para a sua anulação.

**As normas impugnadas tendem a enfraquecer a lógica mercantilista e nada republicana de se adotar prática política.**

Em suma: a Constituição da República garante a liberdade para a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, a eles assegurando a autonomia. Mas não há liberdade absoluta. Também não se tem autonomia sem limitação.

As normas legais impugnadas não afetam, reduzem ou condicionam a autonomia partidária, porque o espaço de atuação livre dos partidos políticos conforma-se a normas jurídicas postas para a definição das condições pelas quais se pode dar a criação, ou recriação por fusão ou incorporação, de partido sem intervir no seu funcionamento interno.

### 3.2.2. Resultado final.

O Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada em face do art. 2º da Lei 13.107/2015, na parte em que alterou os arts. 7º e 29 da Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos).

## 4. Corrupção passiva e danos morais coletivos

### **AÇÃO PENAL**

*(1) O crime de corrupção passiva cometido pelo ex-deputado, o colegiado afirmou que o tipo exige a demonstração de que o favorecimento negociado pelo agente público se encontra no rol das atribuições previstas para a função que exerce. Mas no "presidencialismo de coalização", confere-se aos parlamentares um espectro de poder para além da mera deliberação de atos legislativos. Logo, configura o delito de corrupção passiva quando a vantagem indevida é solicitada, recebida ou aceita pelo agente público, em troca da manifestação da força política. (2) Há a possibilidade de se processar a condenação ao dano moral no próprio processo penal.*

**AP 1002/DF, 2ª Turma, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 9.6.2020(Info 981)**

### 4.1. Situação FÁTICA.



Segundo narra a denúncia, em 2008, um deputado federal prometeu vantagem indevida de R\$ 800.000,00 a funcionário público, então Diretor de Abastecimento da PETROBRAS, para determiná-lo a praticar e omitir atos de ofício, consistentes em promover, autorizar e não criar óbices ao avanço das tratativas referentes a uma demanda remuneratória perante a PETROBRAS das empresas de praticagem atuantes na Zona de Praticagem.

O deputado usava seu prestígio e empenhava seu apoio político para sua manutenção no cargo de Diretor de Abastecimento da PETROBRAS. Recebeu R\$ 3.000.000,00.

## 4.2. Análise ESTRATÉGICA.

### 4.2.1. Houve crime FUNCIONAL pelo deputado?

**R:** SIM

O crime de **corrupção passiva** cometido pelo ex-deputado, é tipo que exige a demonstração de que o favorecimento negociado pelo agente público se encontra no **rol das atribuições** previstas para a função que exerce.

Como assim?



No “**presidencialismo de coalização**”, confere-se aos parlamentares um **espectro de poder para ALÉM da mera deliberação de atos legislativos**, tanto que a **participação efetiva deles nas decisões de governo** se dá com a indicação de quadros para o preenchimento de cargos no Poder Executivo.

Entretanto, há evidente “**mercadejamento**” da função parlamentar quando o **poder de indicar alguém para determinado cargo ou de dar sustentação política para nele permanecer** é exercido de forma **desviada**, voltado à percepção de vantagens indevidas.

A singela assertiva de que **NÃO compete ao parlamentar nomear ou exonerar alguém de cargos públicos vinculados ao Poder Executivo** **desconsidera a organização do sistema presidencialista brasileiro**. Não fosse isso, deve-se ter em mente que a Constituição Federal, expressamente, atribui aos parlamentares **funções que vão além da tomada de decisões voltadas à produção de atos legislativos**.

Logo, é plenamente VIÁVEL a configuração do delito de corrupção passiva quando a vantagem indevida é solicitada, recebida ou aceita pelo



agente público, em troca da manifestação da **força política** que este detém para a condução ou sustentação de determinado agente em cargo que demanda tal apoio.

ESCLARECENDO!



O exercício do mandato eletivo se faz de forma **concomitante e indissociável à atividade partidária**. Esse contexto **NÃO encaminha à criminalização da atividade político-partidária**, apenas **responsabiliza os atos** de pessoas que, na condição de parlamentares, transbordam os limites do exercício legítimo da representação popular.

#### 4.2.2. Danos Morais coletivos.

O ordenamento jurídico também tutela, no âmbito da responsabilidade, o dano moral na esfera individual e na **forma coletiva**, conforme o inciso X do art. 5º da Constituição Federal; o art. 186 do Código Civil; e, destacadamente, o inciso VIII do art. 1º da Lei 7.347/1985.

Na tutela dos **direitos coletivos em SENTIDO AMPLO**, a doutrina admite, de longa data, a configuração da responsabilidade civil decorrente de dano moral coletivo com base na prática de ato ilícito. Considerou ser nessa direção que o Poder Constituinte originário se postou à luz dos objetivos fundamentais elencados no art. 3º e declarados no preâmbulo da CF.

FIQUE ATENTO!



A turma considerou legítima a condenação, especialmente ao se considerarem a natureza e a finalidade resultantes do reconhecimento de que se revestem os danos morais coletivos cuja metaindividualidade, caracterizada por sua índole difusa, atinge, de modo **subjettivamente indeterminado**, uma **gama extensa de pessoas, de grupos e de instituições**.





## 5. ADI e “Reforma Constitucional da Previdência”

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

É constitucional a previsão de que incidirá contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadorias e pensões que excederem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

ADI 3133/DF, ADI 3143/DF, ADI 3184/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24.6.2020. (Info 983)

#### 5.1. Situação FÁTICA.

O STF, finalmente, finalizou o julgamento conjunto das ações diretas em que são impugnados diversos dispositivos inseridos no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional 41/2003, denominada “Reforma Constitucional da Previdência”.

#### 5.2. Análise ESTRATÉGICA.

##### 5.2.1. A contribuição dos inativos incidirá nos proventos acima do teto do RGPS?

**R:** Exatamente.

O STF julgou improcedentes pedidos de declaração de inconstitucionalidade do art. 40, § 18, da CF e do art. 9º da EC.

*CF, art. 40, § 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.*

A discriminação determinada pela norma, segundo a qual incidirá contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadorias e pensões que *excederem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social*, configura **situação justificadamente favorável àqueles que já recebiam benefícios quando do advento da EC 41/2003**, incluídos no rol dos contribuintes.

A contribuição devida pelos servidores da ativa é calculada com base na TOTALIDADE dos vencimentos percebidos, por outro, inativos e pensionistas tem o valor de sua contribuição fixado sobre base de cálculo **inferior**, pois dela seria **extraído** valor equivalente ao teto dos benefícios pagos no regime geral.



ATIVOS	INATIVOS
Contribuição calculada com base na TOTALIDADE dos vencimentos percebidos.	Da base de cálculo é extraído o valor equivalente ao teto dos benefícios pagos no regime geral.
BASE SUPERIOR	BASE INFERIOR

Desse modo, há proporcionalidade, visto que os inativos, por não poderem fruir do sistema da mesma forma que os ativos, *NÃO são tributados com a mesma intensidade.*

### 5.2.2. Resultado final.

O Plenário, por maioria e em conclusão de julgamento conjunto, considerou improcedentes os pedidos formulados em três ações diretas de inconstitucionalidade no tocante: (i) ao art. 40, § 18, da Constituição Federal, na redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional 41/2003 (1); e (ii) ao art. 9º da EC 41/2003, deduzido apenas na ADI 3184 (Informativos 640 e 641).

## 6. Procuradores estaduais: honorários de sucumbência, sistema de remuneração por subsídio e teto constitucional

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
<i>É constitucional a percepção de honorários de sucumbência por procuradores de estados-membros, observado o teto previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal no somatório total às demais verbas remuneratórias recebidas mensalmente.</i>
<i>ADI 6135/GO, ADI 6160/AP, ADI 6161/AC, ADI 6169/MS, ADI 6177/PR, ADI 6182/RO, Plenário, rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 19.10.2020. (Info 995)</i>

### 6.1. Situação FÁTICA.

Trata-se de seis ações diretas de inconstitucionalidade apreciadas em conjunto, nas quais houve a impugnação de atos normativos estaduais, expressões e preceitos de leis dos estados-membros que dispunham, em suma, sobre o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência a procuradores dos respectivos entes públicos.

### 6.2. Análise ESTRATÉGICA.

#### 6.2.1. Ganha ou não ganha?



**R:** Dim-dim no bolso! \$\$\$

Aplicam-se ao problema jurídico-constitucional os precedentes formados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade acerca da **validade de textos legais que instituíram a percepção de honorários de sucumbência por advogados públicos**, cujos conteúdos normativos são semelhantes (ADI 6.053, ADI 6.165, ADI 6.178).]



A natureza constitucional dos serviços prestados pelos advogados públicos possibilita o recebimento da verba de honorários sucumbenciais, nos termos da lei, desde que **submetido ao teto remuneratório**. Restaram definidas CINCO razões de decidir:

1. Os honorários de sucumbência constituem vantagem de **natureza remuneratória, por serviços prestados com eficiência** no desempenho da função pública;
2. Os titulares dos honorários sucumbenciais são os **profissionais da advocacia, seja pública ou privada**;
3. O art. 135 da CF, ao estabelecer que a remuneração dos procuradores estaduais se dá mediante subsídio, é **compatível com o regramento constitucional referente à advocacia pública**;
4. A CF não institui incompatibilidade relevante que justifique vedação ao recebimento de honorários por advogados públicos, à exceção da magistratura e do Ministério Público; e
5. A percepção **cumulativa** de honorários sucumbenciais com outras parcelas remuneratórias impõe a **observância do teto remuneratório** estabelecido constitucionalmente no art. 37, XI.

### 6.2.2. Resultado final.



O Plenário, por maioria, declarou a constitucionalidade da percepção de honorários de sucumbência e julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nas ações para, conferindo às disposições questionadas interpretação conforme à CF, estabelecer a observância do teto constitucional. O ministro Roberto Barroso acompanhou as decisões da ministra Rosa Weber (relatora) com ressalvas.

## 7. Medida provisória e controle judicial

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

*Inexistindo comprovação da ausência de urgência, não há espaço para atuação do Poder Judiciário no controle dos requisitos de edição de medida provisória pelo chefe do Poder Executivo.*

*ADI 5599/DF, Plenário, rel. min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 23.10.2020.(Info 996)*

#### 7.1. Situação FÁTICA.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, em face da Medida Provisória 746/2016, alegando que não estão preenchidos os requisitos constitucionais para a edição de MP.

#### 7.2. Análise ESTRATÉGICA.

##### 7.2.1. Pode o STF analisar a relevância e urgência de MPs?

R: Apenas EXCEPCIONALMENTE.



Apesar de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ter se consolidado no sentido da possibilidade de controle judicial dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias, "o escrutínio a ser feito pelo Judiciário neste particular é de domínio ESTRITO, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência CABAL desses requisitos" (RE 592.377).]



A forma de se realizar esse controle deve depender da motivação apresentada pelo chefe do Poder Executivo. “A motivação, embora não seja requisito constitucional expreso, facilita o controle da legitimidade e dos requisitos constitucionais autorizadores, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário”. Existindo motivação, ainda que a parte não concorde com os motivos explicitados pelo Presidente da República para justificar a urgência da medida provisória, não se pode dizer que eles não foram apresentados e defendidos pelo órgão competente.

NÃO é o caso de se proceder a **juízo de mérito** quanto aos argumentos utilizados para justificar a urgência na edição da medida provisória, mas tão somente verificar a legitimidade de tais argumentos, para assim realizar ou não a intervenção judicial almejada pela parte.

### 7.2.2. Resultado final.

O Plenário, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade.

## 8. Pessoa jurídica de direito privado e sanção de polícia

### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

*É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.*

*RE 633782/MG, Plenário, rel. min. Luiz Fux, julgamento virtual finalizado em 23.10.2020(Info 996)*

### 8.1. Situação FÁTICA.

Cuida-se de recurso extraordinário contra acórdão do STJ o qual prestigiou a tese de que somente os atos relativos ao **consentimento e à fiscalização seriam delegáveis** a entidades (estatais) de com natureza jurídica de direito privado.

Diante disso, o Tribunal, por maioria, ao apreciar o Tema 532 da repercussão geral, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à empresa, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno.

### 8.2. Análise ESTRATÉGICA.

### 8.2.1. Pode haver delegação de POLICIAMENTO de trânsito a estatal de direito PRIVADO?

**R:** SIM.



O fato de a pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta destinatária da delegação da atividade de polícia administrativa ser constituída sob a roupagem do **regime privado** **NÃO** a impede de exercer a função pública de polícia administrativa.

O regime jurídico híbrido das estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio é plenamente compatível com a delegação, nos mesmos termos em que se admite a constitucionalidade do exercício delegado de atividade de polícia por entidades de regime jurídico de direito público. Isso porque a incidência de normas de direito público em relação àquelas entidades da Administração indireta tem o condão de as aproximar do regime de direito público, do regime fazendário e acabar por desempenhar atividade própria do Estado.



O Superior Tribunal de Justiça, ao desdobrar o ciclo de polícia, entende que *somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis*, pois aqueles referentes à **legislação** e à **sanção** derivam do poder de coerção do Poder Público. Segundo a **teoria do CICLO DE POLÍCIA**, o atributo da **coercibilidade** é identificado na fase de sanção de polícia e caracteriza-se pela aptidão que o ato de polícia possui de criar unilateralmente uma obrigação a ser adimplida pelo seu destinatário.

Apesar da substancialidade da tese, verifica-se que, em relação às estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime de **MONOPÓLIO**, não há razão para o afastamento do atributo da





coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, sob pena de *esvaziamento da finalidade* para a qual aquelas entidades foram criadas.

A Constituição da República, ao autorizar a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto exclusivo a prestação de serviços públicos de atuação típica do Estado, autoriza, conseqüentemente, a delegação dos meios necessários à realização do serviço público delegado, sob pena de restar inviabilizada a atuação dessas entidades na prestação de serviços públicos.

Por outro lado, cumpre ressaltar a única fase do ciclo de polícia que, por sua natureza, é **ABSOLUTAMENTE INDELEGÁVEL**: a **ordem de polícia, ou seja, a função legislativa**. A competência legislativa é restrita aos entes públicos previstos na Constituição da República, sendo vedada sua delegação, fora das hipóteses expressamente autorizadas no tecido constitucional, a pessoas jurídicas de direito privado.

Em suma, **os atos de consentimento, de fiscalização e de aplicação de sanções podem ser delegados a estatais** que possam ter um regime jurídico próximo daquele aplicável à Fazenda Pública.

### 8.2.2. Resultado final.

O Tribunal, por maioria, ao apreciar o Tema 532 da repercussão geral, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à empresa, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno.

## 9. Covid-19: saúde pública e competência concorrente

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

*O Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, considerando a necessidade de se tomar medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Contudo, como a competência para questões de saúde é concorrente, na forma do art. 23, inciso II, da CF, o poder da União, sobretudo em caso de omissão, não diminui a competência própria dos demais entes da Federação na realização dos serviços de saúde.*

*ADI 6341 MC-Ref/DF, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 15.4.2020. (Info 973)*

### 9.3. Situação FÁTICA.

Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, o Presidente da República editou a Provisória 926/2020, que alterou o art. 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos



8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal 13.979/2020, fixando quais medidas as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências.

Tratou das competências, visando o **isolamento**, a **quarentena**, a **restrição excepcional e temporária**, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por **rodovias, portos ou aeroportos** de entrada e saída do País, bem como locomoção interestadual e intermunicipal.

Ademais, trata da preservação do exercício e funcionamento dos serviços públicos e atividades **essenciais** e **atribui ao Presidente da República, mediante decreto, a definição dos serviços e atividades enquadráveis**. Veda restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

E aí vem a pergunta? Pode o Presidente dizer o que os governadores podem ou não podem fazer?

O relator (min. Marco Aurélio) deferiu, em parte, a medida acauteladora, para tornar explícita, no **campo pedagógico**, a **competência concorrente**.

#### 9.4. Análise ESTRATÉGICA.

##### 9.4.1. A MP é inconstitucional?

**R:** Não.

O STF concordou que, ante o quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, viável a edição de medida provisória com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil.

Não vislumbrou, na norma, transgressão a preceito da Constituição. Ressaltou que as providências adotadas **NÃO afastam atos a serem praticados por estados e municípios** **considerada a competência concorrente** na forma do art. 23, inciso II, da CF.

O Tribunal, no entanto, **conferiu interpretação conforme à Constituição** ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979/2020. A Corte enfatizou que a emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), **não implica, nem menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do estado de direito democrático**. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual e, sim, também, para o **exercício da racionalidade coletiva**, isto é, da **capacidade de coordenar as ações de forma eficiente**.

O estado de direito democrático garante também o *direito de examinar as razões governamentais e o direito da cidadania de criticá-las*. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante as emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. O exercício da competência constitucional para as ações



na área da saúde deve seguir parâmetros materiais a serem observados pelas autoridades políticas. Esses agentes públicos devem sempre justificar as suas ações, e é à luz dessas ações que o controle dessas próprias ações pode ser exercido pelos demais Poderes e, evidentemente, por toda sociedade.

#### 9.4.2. Então, quem é que manda?

**R:** Depende.

Segundo entendeu o STF, o pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo a OMISSÃO em relação às ações essenciais exigidas pelo art. 23 da CF. É grave do ponto de vista constitucional, quer sob o manto de competência exclusiva ou privativa, que sejam premiadas as inações do Governo Federal, impedindo que estados e municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os estados-membros e os municípios.

O Congresso Nacional pode regular, de forma harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública. No entanto, no seu silêncio, na ausência de manifestação legislativa, quer por iniciativa do Congresso Nacional, quer da chefia do Poder Executivo federal, **não se pode tolher o exercício da competência dos demais entes federativos na promoção dos direitos fundamentais.**



Logo, os estados e municípios também podem determinar o isolamento social, a quarentena, classificar os serviços essenciais e decretar a restrição excepcional e temporária de trânsito, desde que o façam dentro de suas competências constitucionais, sem embaraçar a organização nacional (ex: os serviços federais como os Correios e o abastecimento de bens considerados essenciais pela União)





O caminho mais seguro para identificação do fundamento constitucional, no exercício da competência dos entes federados, é o que se depreende da própria legislação. A Lei 8.080/1990, a chamada **Lei do SUS - Sistema Único de Saúde**, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e assegura esse direito por meio da municipalização dos serviços. A **diretriz constitucional da hierarquização**, que está no caput do art. 198 da CF, **NÃO** significou e nem significa hierarquia entre os entes federados, mas comando único dentro de cada uma dessas esferas respectivas de governo.

É necessário, portanto, ler as normas da Lei 13.979/2020 como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica. Nos termos da Lei do SUS, o exercício dessa competência da União **não diminui a competência própria dos demais entes da Federação na realização dos serviços de saúde; afinal de contas a diretriz constitucional é a municipalização desse serviço.**

Por outro lado, **não podem os estados e municípios se transformar em repúblicas**, ou seja, fechar suas fronteiras e rodovias interestaduais e intermunicipais ("ninguém entra e ninguém sai"), porque isso iria **contra o federalismo** e embaraçaria os serviços da união e o necessário enfrentamento NACIONAL da pandemia.

#### 9.4.3. Divergência.

O colegiado rejeitou a atribuição de interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, VI, "b", da Lei 13.979/2020, vencidos, no ponto, os ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Para eles, desde que a restrição excepcional e temporária de rodovia intermunicipal seja de interesse nacional, a competência é da autoridade **federal**. Porém, **isso não impede, eventualmente, que o governo estadual possa determinar restrição excepcional** entre rodovias estaduais e intermunicipais quando não afetar o interesse nacional, mas sim o interesse local.

#### 9.4.4. Resultado final.

O Plenário, por maioria, referendou medida cautelar em ação direta, deferida pelo ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979/2020, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição Federal (CF), o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

## 10. Homofobia e omissão legislativa





### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO e MANDADO DE INJUNÇÃO**

*Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine").*

*ADO 26/DF, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.6.2019 e MI 4733/DF, Plenário, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 13.6.2019.*

#### **10.1. Situação FÁTICA.**

O Plenário do STF realizou julgamento conjunto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção ajuizados em face de alegada omissão legislativa do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia.

O partido político autor da ação direta alega inércia legislativa do Congresso Nacional em apreciar proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e transfobia e, assim, garantir efetiva proteção jurídico-social aos integrantes da comunidade LGBT.

Já o impetrante do mandado de injunção aponta a mora do Congresso no sentido de proceder à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente das ofensas individuais e coletivas, bem como de homicídios, agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero.

#### **10.2. Análise ESTRATÉGICA.**

##### **10.2.1. Questão JURÍDICA.**



CF/1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;"

CF/1988: "Art. 5º (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;"

CF/1988: "Art. 5º (...) XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

## 10.2.2. Pode haver CRIME sem lei anterior?

**R:** Hummmm!

O gênero e a orientação sexual constituem elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana e integram uma das mais íntimas e profundas dimensões de sua personalidade.

No entanto, devido à ausência de adequada proteção estatal, especialmente em razão da controvérsia gerada pela denominada "ideologia de gênero", os integrantes da comunidade LGBT acham-se expostos a ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoco caráter homofóbico, que visam a limitar ou suprimir prerrogativas essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, entre outros.

De todo modo, o alegado DIREITO À LEGISLAÇÃO, só pode ser legitimamente invocado quando também existir a previsão do dever estatal de criar normas legais, imposta pelo texto constitucional.

ESCLARECENDO!



Na espécie, a Constituição claramente veicula, em bases IMPOSITIVAS, inquestionável mandado de incriminação: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (CF, art. 5º, XLI) e "a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei" (CF, art. 5º, XLII).

Nessa medida, é possível concluir que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT,





numa atitude de **inadimplemento** manifesto de indeclinável obrigação jurídica, traduz situação configuradora de ilicitude, em afronta ao texto da CF.

Na tipologia das SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS inclui-se aquela derivada do descumprimento, por **inércia estatal**, de norma impositiva de determinado comportamento atribuído ao poder público pela própria Constituição. A situação de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa – caracterizada diante do estado de **mora do legislador** pela superação excessiva de prazo razoável – e a imposição constitucional de legislar qualificam-se como requisitos condicionantes da declaração de inconstitucionalidade por omissão.



A ação direta por omissão deve ser vista como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do poder público, impedindo-se que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

**O princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, é o fundamento pelo qual o STF tem reconhecido que o direito penal pode ser um instrumento adequado para a proteção dos bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional.**

Uma vez reconhecida a existência de mora imputável ao Congresso Nacional e diante do contexto do presente caso, desenham-se, fundamentalmente, as seguintes possibilidades de solução da mora legislativa: a) a CIENTIFICAÇÃO do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei 9.868/1999, art. 12-H, caput); ou b) o RECONHECIMENTO imediato de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, **enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo** prevista na Lei 7.716/1989.

O mero APELO ao legislador *nem sempre tem sido solução eficaz*, em razão da indiferença do Poder Legislativo, que, em determinadas decisões





anteriormente emanadas do STF, tem persistido em permanecer em estado de inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover.



O STF, ao longo dos últimos trinta anos, EVOLUIU (?) no plano jurisprudencial em busca da construção de soluções que pudessem fazer cessar esse estado de inconstitucional omissão normativa. Isso se deu, por exemplo, na possibilidade de o Tribunal formular solução jurisdicional para viabilizar a aplicação da norma constitucional dotada de eficácia limitada, enquanto não sobrevier a legislação reclamada. Foi essa a solução adotada em relação ao exercício do direito de greve por servidores públicos civis (CF, art. 37, VII) no julgamento conjunto do MI 670, do MI 708 e do MI 712.

O procedimento hermenêutico realizado pelo Poder Judiciário objetiva extrair a necessária interpretação dos diversos diplomas legais vigentes para, em razão da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos pertinentes à exata aplicação do direito. Isso em nada se confunde com o processo de elaboração legislativa. Ou seja, para o STF, o processo de interpretação dos textos legais e da Constituição NÃO importa em usurpação das atribuições normativas dos demais poderes da República.

Na espécie, o conceito de "RAÇA", que compõe a estrutura normativa dos tipos penais incriminadores previstos na Lei 7.716/1989, tem merecido múltiplas interpretações, revestindo-se, por isso, de inegável conteúdo polissêmico.

Aliás, no julgamento do HC 82.424 (caso Ellwanger), o STF assentou que "a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social". Assim, a noção de RACISMO – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei 7.716/1989 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica. Projeta-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, a abranger até mesmo situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero.

A configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo objetiva preservar a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana. Busca inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar criminosamente o ódio público contra



outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

**Justifica-se a utilização, na espécie, do método da interpretação conforme, no que se refere ao conceito de "raça", para os fins a que se refere a Lei 7.716/1989.**

A solução propugnada NÃO sugere a aplicação analógica das normas penais previstas na Lei 7.716/1989 nem implica a formulação de tipos criminais ou cominação de sanções penais (eihn?!)

É certo que, considerado o princípio constitucional da reserva ABSOLUTA de lei formal, o tema pertinente à definição de TIPO PENAL e à cominação de sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de parlamento.

Na verdade, a solução ora proposta LIMITA-SE à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei 7.716/1989), pois os atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido em sua dimensão social, ou seja, o denominado racismo social.



Em suma, enquanto o Congresso Nacional não atuar, incide a Lei do Racismo, não por analogia ou interpretação extensiva, mas porque, no conceito de racismo firmado pelo STF, estão colhidas as situações tipificadas na lei. Ademais, a homofobia deve ser tratada como motivo fútil ou torpe nos outros tipos penais previstos no Código Penal.

### 10.2.3. Divergência.

Ficaram vencidos, em ambas as ações, os ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio.



Os dois primeiros conheceram em parte das ações e as julgaram parcialmente procedentes apenas para reconhecer a mora legislativa e dar ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias. Para eles, não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, somente o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal. Portanto, a extensão do tipo penal para abarcas situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora atenta contra o princípio da reserva legal.

O ministro Marco Aurélio inadmitiu o MI, diante dos limites impostos ao exercício, pelo STF, da jurisdição constitucional. Admitiu, em parte, a ADO, para julgar, nessa extensão, improcedente o pedido, por não assentar, peremptoriamente, que se tenha "CRIMINALIZAR" no vocábulo "punirá", contido no inciso XLI do art. 5º da CF.

Em decorrência disso, NÃO reconheceu a omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia. Concluiu que, respeitada a liberdade legiferante franqueada ao legislador ordinário, espera-se que a sinalização do STF quanto à necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis contribua para a formação de uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os limites da separação dos Poderes e da reserva legal em termos penais.

#### 10.2.4. Resultado final.

Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, julgou procedentes os pedidos formulados em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e em mandado de injunção (MI) para reconhecer a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia. Determinou, também, até que seja colmatada essa lacuna legislativa, a aplicação da Lei 7.716/1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) às condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com efeitos prospectivos e mediante subsunção.



# ATÉ A PRÓXIMA

*Informativos Estratégicos*

**Informativos STF**  
**Semanalmente às Quartas-Feiras**

**Informativos STJ**  
**Quinzenalmente às Terças-Feiras**

 **Estratégia**  
Carreira Jurídica

**Prof. Jean Vilbert**

[ESTRATEGIAONCURSOS.COM.BR](http://ESTRATEGIAONCURSOS.COM.BR)

