

inverbis 
Anos

47ª EDIÇÃO

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte
47ª EDIÇÃO

Reitor: José Daniel Diniz Melo

Vice-reitor: Henio Ferreira de Miranda

Diretora: Maria Lussieu Silva

Vice-Diretora: Pâmela de Medeiros Brandão

Coordenador do Curso de Direito: Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

Chefe do Departamento de Direito Público: Mariana de Siqueira

Chefe do Departamento de Direito Privado: Anderson Souza da Silva Lanzillo

Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica: José Orlando Ribeiro Rosário

Coordenador da Revista Jurídica In Verbis: Xisto Tiago de Medeiros Neto

Diagramação: Aline Raposo Pereira (aline_r_p@hotmail.com)

Revisor: Lucas José de Mello Lopes

Tiragem: 500 Exemplares

Presidência e Elaboração: Mariana Fernandes Martins de Lima

Solicita-se permuta.

Pódesse canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

Indexada à base Sumários.org

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos
Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte - Ano 25, n. 47 (Jan/Jun. 2020).**

Semestral

ISSN 1413-2605

15cm x 21cm

**1. Direito - Periódicos, I. Universidade Federal do Rio
Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas
- CCSA/UFRN.**

CDU-34

Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br / E-mail: contato.inverbis@gmail.com

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.

Ana Beatriz de Azevedo Gomes (UFRN)
Ana Luiza de Moraes Rodrigues (USP)
Ana Karolina Gameleira da Costa (UFRN)
Andressa de Figueiredo Farias (UFC)
Anne Felinto Ramos (UFRN)
Anny Karinine de Azevedo (UFRN)
Antônio Uemerson de Carvalho (UFRN)
Caroline Coelho Lima (UFRJ)
Cibelly Freire de Miranda (UFRN)
Érica Milena de Souza Lima (UFPE)
Francisco Gomes dos Passos Junior (UnB)
Fernanda Gomes Ferreira Teixeira (UFRN)
Louise Serrano Bezerra (UFRN)
Lucas José de Mello Lopes (UFRN)
Maria Eduarda de Melo Maia Madruga (UFRN)
Maria Eduarda Silveira Melo (UFRN)
Mariana Fernandes Martins de Lima (UFRN)
Mariana Hemilly Pereira Rosário (UFRN)

CONSELHO EDITORIAL

Ana Cláudia da Costa Aguiar
Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave
Anderson Souza da Silva Lanzillo
André de Souza Dantas Elali
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Carla de Moraes Coutinho
Carol Côelho Milito
Carlos Wagner Dias Ferreira
Claudio Bidino de Souza
Cleanto Fortunato da Silva
Daniel Monteiro da Silva
Diogo Pignataro de Oliveira
Eduardo Medeiros Cavalcanti
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
Fabiano de Souza Mendonça
Fabrizio Antônio de Araújo Feliciano
Fernando de Araújo Jales Costa
Francisco André Alves Moura
Gabriel Bulhões Nóbrega Dias
Heitor Eduardo Cabral Bezerra
Igor Alexandre Felipe de Macêdo
Janaína Lima Penalva da Silva (UnB)
Jerônimo Rosado Dix-Neuf dos Santos
José Evandro Lacerda Zaranza
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Luíza de Araújo Guimarães
Marcos Aurélio Santiago Braga
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Mariana de Siqueira
Marília Araújo Fontenele de Carvalho (IDP)
Marise Costa de Souza Duarte
Natália Galvão da Cunha Lima Freire
Paulo Maycon Costa da Silva
Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Renan Paes Félix
Robson Maia Lins (PUC-SP)
Rômulo Lima Silva de Gois
Sheila Sampaio Gonçalves Barreto
Úrsula Bezerra Silva e Lira
Walter Nunes da Silva Júnior

Abraão Luiz Filgueira Lopes
Adamo Perrucci
Aldemar Monteiro da Silva Neto (CE)
Américo Braga Júnior (MG)
Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave
Ana Cláudia da Costa Aguiar
Ana Luisa de Moraes Campos
Ana Mônica Medeiros Ferreira
Anderson Souza da Silva Lanzillo
André Alves Portella (BA)
André Carneiro Leão (PE)
André de Souza Dantas Elali
Andrea de Andrade Fernandes
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Ângelo José Menezes Silvino
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bento Herculano Duarte Neto
Caetano Dias Corrêa (SC)
Caio Vitor Ribeiro Barbosa
Camila Miranda de Moraes (CE)
Cândido Bittencourt de Albuquerque (UFC)
Carla de Moraes Coutinho
Carlos Martins Neto (UERJ)
Carlos Wagner Dias Ferreira
Carolina Pereira Lins Mesquita (UFRJ)
Chiavelli Fazenda Falavigno
Clarindo Epaminondas de Sá Neto (UFSC)
Claudia Vechi Torres
Cleanto Fortunato da Silva
Cristina Foroni Consani
Daniel Gaio (UFMG)
Daniel Leib Zugman (FGV/SP)
Daniel Monteiro da Silva
Denise Fonseca Félix de Sousa (UFG)
Dimas Macedo (UFC)
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Edinaldo Benício de Sá Júnior
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho (CE)
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

Everton da Silva Rocha
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Fabrício Germano Alves
Felipe Arady Miranda
Felipe Maciel Pinheiro Barros
Fernanda Priscilla Ferreira Dantas
Fernando Antonio de Vasconcelos (UFPB)
Filipe Azevedo Rodrigues
Francisco Barros Dias
Francisco de Assis Noberto Galdino de Araújo
Francisco De Sales Matos
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB)
Heitor Eduardo Cabral Bezerra
Helena Telino Neves (FDUL)
Henrique Batista de Araújo Neto
Humberto Lima de Lucena Filho
Igor Alexandre Felipe de Macêdo
Ingrid Zanella Andrade Campos
Ivan Lira de Carvalho
Izabela Walderez Dutra Patriota (UnB)
Jahyr-Philippe Bichara
Jeison Batista de Almeida (UNEMAT)
João Emílio Assis Reis (RJ)
João Paulo dos Santos Melo
Jorge Duarte Pinheiro (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
José Araújo da Silva
José Evandro Lacerda Zaranza
Jose Miqueias Antas De Gouveia
José Orlando Ribeiro Rosário
José Serafim da Costa Neto
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Karla Viviane de Sousa Rêgo
Karlos Alves Barbosa (UFU)
Karoline Lins Câmara Marinho
Keity Mara de Souza e Saboya
Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira
Leonardo Martins
Lídio Sânzio Gurgel Martiniano
Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo
Rodrigues

Lívio Coêlho Cavalcanti
Lorena Cordeiro de Oliveira (UFPB)
Lorena Neves Macedo
Lucas Duarte de Medeiros
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Luiz Felipe Pinheiro Neto
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo da Rocha Ribeiro Dantas (SP)
Marcelo de Barros Dantas
Marcelo Maurício da Silva
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marconi Antas Falcão de Melo
Marconi Neves Macedo
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Margarida de Oliveira Cantarelli (UFPE)
Maria Marconiete Fernandes Pereira (PB)
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Marise Costa de Souza Duarte
Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Meyre Elizabeth Carvalho
Morton Luiz Faria de Medeiros
Murilo Oliveira de Souza (UNEMAT)
Naide Maria Pinheiro
Nathânia de Medeiros Oliveira
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Otaclio dos Santos Silveira Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Patrícia Costa Anache (Universidade de Coimbra)
Paulo de Souza Coutinho Filho
Paulo Renato Guedes Bezerra
Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Pedro Barachisio Lisbôa (BA)
Rabah Belaidi (UFG)
Rafaella Mayana Alves Almeida Cardins
Rafhael Lima Ribeiro (CESG-MG)
Raoni Macedo Bielschowsky
Rasland Costa de Luna Freire
Ricardo César Ferreira Duarte Júnior
Ricardo Rocha Viola (UFU)
Ricardo Tinôco de Góes
Ricardo Wagner de Souza Alcantara

Roberta Eggert Poll (RS)
Robson Maia Lins (PUC-SP)
Rogério Araújo Lima
Rômulo Lima Silva de Góis
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Samuel Max Gabbay
Sandresson de Menezes Lopes
Sheila Sampaio Gonçalves Barreto
Thiago Oliveira Moreira
Úrsula Bezerra Silva e Lira
Valcir Gassen (UnB)
Victor Rafael Fernandes Alves (UFPB)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (USP)
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Walber Cunha Lima
Walter Nunes da Silva Júnior
William Paiva Marques Júnior (UFC)
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel
Yuri Marques de Melo Santiago
Zéu Palmeira Sobrinho

SUMÁRIO

- 11** **Editorial**
- 13** **Prefácio**
- 21** **Quanto custa o amor? Um olhar Sociojurídico sobre a indenização por abandono afetivo parental**
Débora Donida da Fonseca
- 39** **Alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada no processo civil brasileiro**
Anna Luiza Silva de Paula
Anderson Brito
- 61** **A ausência do contraditório no musterverfahren brasileiro**
Lucca Torquato Pinheiro
- 81** **Responsabilidade tributária na sucessão empresarial: a (im) possibilidade de transferência das multas punitivas para os sucessores**
Breno Fabrício da Silva Santos
Valéria Crystiny Fernandes Costa
Karoline Lins Câmara Marinho de Souza
- 99** **O expansionismo punitivo e o (des)controle da sociedade de consumo: inovações legislativas no crime de roubo**
Betina Heike Krause Saraiva
- 115** **Critérios limitadores para uma maior racionalização da decisão judicial na efetivação do direito à saúde em um estado de direito**
Anderson Barbosa Paz
Gabriel Félix Menelau

- 131 O voto distrital no Brasil: lições que devem ser aprendidas a partir da experiência norte-americana com o Gerrymandering**
José Narciso de Souza Neto
- 157 A crise fiscal e consecução dos objetivos constitucionais: a política de ajuste fiscal como ferramenta para o desenvolvimento**
Luiz Eduardo Rodrigues Fonseca
Otacílio dos Santos Silveira Neto
- 179 Medidas alternativas penais: a insuficiência histórica das penas alternativas ante a realidade brasileira**
Victor da Silva Moraes
- 199 Nulla executio sine titulo no processo penal: um estudo da relação entre culpa e prisão à luz do sistema jurídico brasileiro**
Luighi Ferrer Rocha Bezerra
- 223 Avaliação crítica da negação da análise do conteúdo material do tipo penal correspondente ao tráfico de drogas no Brasil**
Samara Sandra Tamanini
Airto Chaves Junior
- 245 O princípio constitucional do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas na recuperação judicial: a preservação da empresa e o projeto de lei 477/2018**
Franklin Sóstenes Soares Alcantara
Victor Rocha Costa
- 269 Processo penal e mídia: a imprensa frente à espetacularização do processo**
Maíra Costa Fernandes
- 297 Conformidade tributária: proposta de diálogo entre o constructivismo-lógico semântico e a teoria comunicacional do direito**
Robson Maia Lins

“25”

Impacientes, olham o relógio
Há meses, parecia sempre faltar cinco minutos para acontecer
Como um interlúdio para tudo o que um dia foi e que não voltará a ser

Esperam, esperam, esperam
- Nasceu!
Apreensivos, recebem a notícia:
É uma...
Revista?

Não demorou muito até que a pequena Vivi se fizesse papel e tinta
Seus pais, oito figuras extasiadas pelo milagre do parto,
prontamente despiram-se de ideias para cobrir suas primeiras palavras

O primeiro passo - inesquecível! - foi tímido, mas forte
O que aconteceria?
Era um prenúncio mimetizado de fidúcia: ela cresceria

Houve um tempo em que desatou a tagarelar
Caminhava por aí, emprestando páginas para aqueles que,
assim como ela,
despertavam para uma paixão profunda
- os estudos, óbvio!
Diziam seus oito pais, sem saber de metade do que a menina Vivi era
capaz

Depois de cinco verões, já estava um tanto disputada
Decidiu que seria dela a virada do século,
que era moça nova, com espírito aventureiro e,
portanto, iria conhecer pessoas do Brasil inteiro

Aprenderia com todas as universidades
levando consigo a sua casa inteira
que embora não coubesse em bolso algum - a UFRN é enorme!
Cabia em todos os outros lugares,
como cabeça, coração, boca, ouvidos e até olhares

Com a juventude ela se modernizou
criou seu site, e de seguidores ficou cheia
chamava atenção onde passava
E com ela carregava a singularidade de ser a pioneira
muitos queriam estar com ela
a cada ano quase 300 pretendentes

Decidiu que ser escritora e cientista seria sua vida,
mas que viraria de tudo um pouco
De tudo o que aprendeu e
viu e lhe foi ensinado,
queria o mundo,
queria viajar para fora,
queria ser professora,
juíza, diplomata,
ajudaria a todos que um dia lhe formaram
que escreveria junto a eles seus currículos e diplomas,
que lhes incentivaria a percorrer a academia

Ensinaria que conhecimento só é válido quando compartilhado,
pois o saber parado não passa de ideias vazias,
que o mundo não anda se as ideias permanecem paradas

Com 25 anos, decidi que os próximos 25 seriam de aplausos,
conquistas, inovações e paixão pela ciência
Sua mãe, e maior incentivadora.

PREFÁCIO

UMA REVISTA TRANSFORMADORA DE VIDAS

A Revista *In Verbis*, coordenada e produzida pelos alunos do curso de direito da UFRN, transcende os espaços da produção acadêmica e jurídica, como projeto de ensino, pesquisa e extensão.

Em 25 anos de sua existência, alcançando 47 edições ininterruptas, somando cerca de 300 artigos publicados e contando com um conselho científico de aproximadamente 60 professores, tem desenvolvido, na verdade, o dom de *transformar vidas*. Esse é o sentimento compartilhado pelos alunos que integraram, a cada lançamento, os conselhos editoriais do periódico, e também pelos milhares de alunos que apresentaram artigos para publicação.

Fácil de explicar: desde os passos iniciais para se planejar, organizar, escrever e executar os trabalhos de uma nova edição, todos aprendem muito sobre estratégia, convivência, paciência, superação, persistência, inovação, resiliência e respeito mútuo.

Essa experiência prática, bem além dos ensinamentos expostos nos manuais de direito, deixa lições marcantes e desafiadoras, a abrir o horizonte dos alunos para novas perspectivas da vida, pessoal e profissional.

A *In Verbis* é mesmo um fenômeno: humano, concreto, existencial e democrático. É razão, é entrega, é suor, é pluralidade, é esperança, é compromisso, é alegria. É, na essência, universidade.

Não à toa, ocupa o lugar da Revista jurídica mais antiga do país coordenada por alunos do curso de graduação, sendo hoje uma

referência para a comunidade acadêmica. Assim, é uma honra e um orgulho levantarmos esse título e enaltecermos a história de tantas vidas que a construíram e que com ela colaboraram, nestas duas décadas e meia.

E isso nos impõe ainda mais o objetivo de continuar a contribuir, como instrumento qualificado de estímulo, criação e difusão do saber jurídico, aqui e além daqui, para a transformação da realidade por um direito socialmente igualitário e justo.

A *In Verbis* é voz, é letra, é cultura, é ciência. A *In Verbis* é UFRN.

Xisto Tiago de Medeiros Neto
Professor Coordenador

ARTIGOS





QUANTO CUSTA O AMOR? UM OLHAR SOCIOJURÍDICO SOBRE A INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL

Débora Donida da Fonseca¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo averiguar, buscando fundamentação em conceitos da sociologia e na análise da jurisprudência e da doutrina brasileira, a viabilidade e a eficácia da aplicação das indenizações por abandono afetivo parental. Investiga-se a efetividade do sancionamento pecuniário como forma de remediar um problema estrutural, decorrente dos moldes patriarcais de família. A metodologia utilizada foi a hipotético-dedutiva, desfrutando da técnica de documentação indireta por meio de levantamento bibliográfico, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial. Por fim, objetiva-se demonstrar o atual entendimento dos tribunais, bem como da doutrina, acerca do

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

E-mail: deboradonidaa@gmail.com

tema, com vistas a compreender sua aplicação no direito brasileiro.

Palavras-chave: Abandono afetivo; Direito de Família; Direito da criança e do adolescente; Princípio da afetividade; Paternidade socioafetiva.

1. INTRODUÇÃO

A especial proteção normativa que o Estado brasileiro oferece à instituição familiar se traduz de forma nítida na redação da Constituição Federal, a qual apresenta a família como “base da sociedade”, além de deslocar o vínculo de filiação do âmbito biológico para o socioafetivo. Nesse prisma, através do fenômeno chamado de “constitucionalização do direito privado”, tem-se criado cada vez mais mecanismos de proteção ao núcleo familiar, seja no Código Civil, seja nas leis de proteção especial à criança, ao adolescente e à mulher. O ordenamento jurídico, atualmente, consagra o afeto como fundamento da constituição da família.

No entanto, para analisar a realidade fática das relações familiares em um país complexo como o Brasil, é preciso ir além do plano ideal disposto nas normativas legais. A partir da compreensão de que a família se estabelece na contemporaneidade como um dos pilares do sistema patriarcal, é possível vislumbrar com mais clareza as violências que perpassam as relações domésticas, uma das quais se concretiza pela simples ausência de um elo fundamental para o desenvolvimento social e psíquico da criança - o abandono afetivo parental.

O abandono parental, o qual, em maior parte, desenvolve-se do lado paterno, é uma realidade para 5,5 milhões de crianças brasileiras, segundo o último Censo Escolar, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e divulgado em 2013. Para além da fuga no dever de sustento, o qual decorre diretamente do exercício do poder familiar, esse

estudo pretende elucidar as consequências do abandono afetivo para a criança e questionar a eficácia das soluções legislativas trazidas, as quais se limitam a indenizações pecuniárias e propostas criminalizantes.

Para tanto, é realizada uma pesquisa teórica e qualitativa, com metodologia hipotético-dedutiva, desfrutando da técnica de documentação indireta por meio de levantamento bibliográfico (utilizando-se de livros, teses, dissertações e artigos), bem como de dados estatísticos. A escolha da metodologia ocorreu por tratar-se de um tema que não se esgota no olhar frio e técnico do Direito, tocando desde as íntimas relações humanas até sua reverberação na realidade social complexa, sendo necessária sua expansão para outros saberes. Assim, a partir de um estudo comparativo entre diferentes áreas do conhecimento, buscaram-se referenciais da filosofia e psicanálise, bebendo-se da noção de *habitus*, formulada por Pierre Bourdieu, de forma a traçar um paralelo com a jurisprudência brasileira e esclarecer a real relação entre esses conceitos interdisciplinares e sua culminância no distanciamento do Direito com a realidade material.

2. BREVE EXPLICAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

Inicialmente, é necessário realizar uma tentativa de definição do instituto do abandono afetivo parental. É sabido que o abandono parental pode se dar pela ausência física e moral de um dos genitores na vida do filho, de forma que excede o âmbito afetivo e atinge esferas materiais da negligência por ferir o princípio da proteção integral. No entanto, mesmo havendo coabitação, é possível que um dos pais não dispense afeto ao filho, configurando uma forma de abandono afetivo. Isso porque é inata à convivência familiar a presença moral, além da física, dos genitores.

Compreendendo a parentalidade como um valor socioafetivo, muito mais do que biológico, resta explícito que o abandono afetivo

é uma verdadeira quebra da filiação e uma infringência aos direitos de personalidade da criança. Considera-se que o vínculo familiar se estabelece não mais por ligações genéticas ou sequer garantias materiais, mas pela construção de laços subjetivos de carinho. Sobre o tema, cita Cláudia Maria da Silva:

é de fato simplória a defesa de que a convivência familiar se esgota na garantia da presença física, na coexistência, com ou sem coabitação. A exigência da presença paterna não é apenas física. Soa paradoxal, mas só há visita entre quem não convive, pois quem convive mantém uma relação de intimidade, uma relação verdadeiramente familiar. (SILVA, 2005)

Assim, é consumado o abandono afetivo quando há um comportamento omissivo, contraditório ou de ausência de quem deveria exercer a função afetiva na vida da criança ou do adolescente. A ausência do convívio pode gerar severas sequelas psicológicas e o comprometimento do desenvolvimento saudável. O reconhecimento da existência de dano psicológico, nesse sentido, é fundamental para aferir a omissão do genitor e sua possível responsabilização.

2.1 Consequências psicossociais do abandono e suas implicações na especial proteção legislativa à criança e ao adolescente

É evidente que tem o núcleo familiar importância ímpar no processo de socialização, sendo por esse motivo que ele recebe especial proteção legislativa. Sem prejuízo de cair no esvaziamento de significados, é seguro dizer que a negação do direito ao convívio familiar qualifica verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana, podendo prejudicar diretamente o desenvolvimento dos sujeitos aos quais é negado o afeto nos primeiros estágios da vida. A experiência familiar é determinante porque significa que as aprendizagens futuras não decorrerão apenas

de sua vivência pessoal, mas serão profundamente influenciadas pela vivência infantil no ambiente doméstico.

O tema da socialização na infância encontra fundamentação sociológica no conceito de “socialização primária”, trazido por Bourdieu (1977 apud MANGI, 2012). Para ele, a socialização primária é fundamentalmente familiar, ocorrendo, por essa razão, de forma muito mais intensa. A criança vê os pais como “o mundo, o único mundo existente e conceptível, o mundo tal qual”, ao passo que, na socialização secundária, outros fatores, como escola e grupos de pares, são inseridos.

Da noção de socialização primária é desenvolvido o conceito de *habitus*, por meio do qual os sujeitos compreendem o seu lugar no mundo. O *habitus* é formulado na infância como uma espécie de ‘inconsciente coletivo’ que une os membros de uma mesma classe ou grupo social por intermédio de uma distinção do que é possível ou impossível para aquele grupo de sujeitos unidos por características semelhantes. Cita o autor:

O *habitus* emerge através da socialização primária a partir de uma... avaliação prática da probabilidade de sucesso de uma determinada ação, numa determinada situação, [que] põe em jogo todo um corpo de sabedoria, provérbios, lugares comuns, preceitos éticos (“isso não é para gente como nós”). (BOURDIEU, 1977, apud MANGI, 2012, p.7)

À luz do conceito de *habitus*, é possível extrair que a ausência de afeto na infância pode reverberar durante todo o desenvolvimento pessoal dos sujeitos. No patamar psicológico, os conceitos trazidos se relacionam aos ensinamentos de Bourdieu na medida em que ambos demonstram o potencial permanente que os danos acarretados pelo abandono na infância são capazes de trazer. Nesse sentido, é importante a lição de Giselda Hironaka:

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta

não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. (HIRONAKA, 2002 apud MACHADO, 2013)

Reconhecidas as nuances que permeiam a preservação da dignidade das crianças e adolescentes no seio familiar, resta esclarecido o tratamento diferenciado dado pelo legislador a eles. Justifica-se a doutrina da proteção integral tendo em vista que esse grupo se encontra em “peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento”, ou seja, em situação especial de vulnerabilidade, motivo pelo qual se torna autorizável o regime especial de proteção que permita um desenvolvimento adequado enquanto pessoa humana, para que consigam, no futuro, autogovernar-se.

Por essa razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz, no artigo 21, norma expressa de que o poder familiar será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, vedando qualquer possibilidade de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão contra a criança e adolescente, tendo inclusive substituído o termo “pátrio poder”, o qual se refere apenas à figura paterna, pelo termo “poder familiar”.

2.2 Um recorte de gênero acerca da afetividade familiar

Ainda que haja avanços legislativos, a equidade de gênero nas relações privadas reflete a realidade social e continua sendo um reflexo do patriarcalismo, reverberando também nas manifestações de afeto dentro do núcleo familiar. O perigo da romantização do tema do abandono afetivo precisa ser enfrentado para que o estudo não seja contaminado pela ilusão da neutralidade, a qual, inevitavelmente, ignora antagonismos e desigualdades socialmente postas.

Nesse ponto, é necessário reiterar que a socialização, ainda que seja indiscutivelmente uma tarefa familiar, revela, na história evolutiva

das famílias, que se trata primordialmente de uma tarefa feminina. Com o engajamento crescente das mulheres no mercado de trabalho formal - já que sempre foram as protagonistas do trabalho doméstico não remunerado - coube aos homens a incumbência de se inserir mais fortemente no dever de educar e conviver em família. No entanto, é inegável que a figura masculina permanece fortemente associada ao ideal de “provedor do sustento do lar”, de forma que as mulheres são sobrecarregadas em jornadas duplas e triplas e os homens continuam se ausentando do ambiente doméstico.

A socióloga Silvia Federici nos ensina sobre as divisões de tarefas no âmbito familiar: “eles dizem que é amor. Nós dizemos que é trabalho não remunerado” (FEDERICI, 2019). Na perspectiva materialista de Federici, o trabalho doméstico - bem como seus tentáculos, entre eles, a maternidade - foi concebido como uma atividade natural, inevitável, um atributo feminino inato, como uma estratégia do sistema capitalista para que fosse socialmente aceito trabalhar sem remuneração.

A obrigação silenciosa imposta às mulheres de educar e criar traz consequências lógicas ao panorama do abandono: o polo passivo das ações de responsabilização civil por abandono afetivo é predominantemente composto por homens. Nesse ponto, o plano jurídico ideal vai de encontro com a realidade material historicamente imposta, que escancara a disparidade de gênero e deixa pairar no ar o questionamento: é eficaz impor punições, na forma de multas pecuniárias, na tentativa de reverter uma realidade historicamente desigual, sem empreender esforços para corrigir, na origem, a disparidade do afeto nas relações privadas?

3. TRATAMENTO JURÍDICO DO AFETO: VISÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Adentrando o plano jurídico e normativo de análise, cumpre esclarecer o funcionamento da responsabilização civil por abandono

afetivo, reconhecendo as mudanças recentes ocorridas no tratamento jurídico do tema, bem como relacionando-o a institutos do Direito de Família, como a proteção integral, a paternidade socioafetiva e o direito fundamental à convivência familiar.

Assim, é mister destacar que a aplicação de indenização por danos decorrentes de abandono afetivo continua sendo questão dissidente nos tribunais, ainda que a doutrina se posicione, em sua maior parte, favoravelmente ao tema. Embora haja no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da imunidade da responsabilidade civil nas relações familiares, não se pode deixar de notar que o Judiciário está rompendo com esse princípio, colocando-se de forma favorável à reparação pecuniária em situações de dano moral.

Cabe exemplificar à luz do ensinamento de Maria Berenice Dias: “comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado” (DIAS, 2009 apud MACHADO, 2013). Por esse ponto de vista, a conduta omissiva do genitor atenta contra a dignidade da criança, podendo acarretar a ela danos psíquicos irreversíveis, fato que gera ao primeiro o dever de indenização.

Para a corrente que defende a inaplicabilidade do instituto, por outro lado, ressalta-se a visão de que a reparação pecuniária estaria colocando um “preço no amor”, sendo defendido, por alguns, que a filiação não gera a obrigação de amar. É defendido, portanto, que a reparação pode ganhar um contorno predominantemente punitivo e reforçar o quadro de mercantilização das relações familiares, não surtindo o efeito pretendido, o qual deveria ser pedagógico. Dessa forma, acredita-se que a sanção cabível deveria ser encontrada dentro dos institutos de Direito de Família, por meio da destituição do poder familiar, sem adentrar a seara cível.

Nesse ponto, convém ressaltar que a reparação advém do descumprimento do dever jurídico de conviver, o qual prescinde do

direito fundamental à convivência familiar, e não propriamente do afeto. Conforme ensina Wladimir Paes de Lira:

o dever dos pais em conviver com os filhos não está relacionado, apenas, com as questões afetivas, embora estas sejam extremamente importantes nas definições acerca da convivência. Tal dever está também relacionado com a paternidade/maternidade responsáveis, previstas no art. 226 da CF, assim como, está por que não acrescentar, ao direito fundamental da criança e do adolescente. (LIRA, 2010).

Outrossim, é importante pontuar que os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil devem estar comprovados de forma acurada, de forma a garantir o nexo de causalidade existente entre o abrandamento do convívio familiar e os danos ocorridos à personalidade do filho. Faz-se imprescindível, para tal, a realização de laudos psicossociais e perícias técnicas que atentem para a interdisciplinaridade da resolução da demanda. Esse cuidado é necessário para que o instituto não seja instrumentalizado como forma de vingança ou enriquecimento impróprio.

Destarte, é necessário demonstrar a existência de efetiva culpa daquele que praticou o abandono. Nesse sentido, Cavalieri Filho observa que: “a vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que se conformar com sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo.” (FILHO, 1996).

No que tange à análise jurisprudencial, cumpre reconhecer que é cada vez maior a quantidade de demandas recebidas pelos tribunais pátrios cujo objeto é a reparação civil do dano moral decorrente do descumprimento do dever de convivência familiar. Em demandas recentes, os tribunais têm reiterado o entendimento de que os deveres decorrentes da filiação não se esgotam no cumprimento das obrigações

alimentícias, cabendo reparação quando comprovado dano decorrente da não convivência familiar.

Nesse sentido, cumpre citar o caso que julgou procedente uma indenização de R\$ 60 mil no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo relatoria do desembargador Evandro Lopes. No presente caso, os dois filhos ajuizaram a ação representados por sua mãe, a qual alegou que, mesmo não fugindo de seus deveres constantes ao sustento dos filhos, o abandono abrupto trouxe diversas sequelas emocionais às crianças, tendo impactos em seu desempenho escolar e danos psíquicos comprovados em tratamento psicológico. Ainda, de acordo com a mãe, em uma ocasião em que uma das crianças foi hospitalizada, o pai, informado por mensagem, ignorou o comunicado. Isso teria ocorrido após o pai ter suspenso o plano de saúde das crianças.

Em sua fundamentação, o desembargador lembrou que o dever de indenizar, segundo a legislação, surge do dano ou prejuízo injustamente causado ao outro – na esfera material ou extrapatrimonial. Afirmou ainda que, em razão de o afeto não ser objeto, mas sentimento que percorre a subjetividade, as prestações alimentícias são incompatíveis e distintas do dever de convivência. Citou o relator: “Seu dever de pai vai além disso (da prestação alimentícia) e o descumprimento desse dever causa dano, e dano, que pode ser moral, deve ser reparado, por meio da indenização respectiva.”

No mesmo sentido, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, em ação do ano de 2017 que condenou o réu a pagar R\$ 35 mil de danos morais, acrescidos de obrigações materiais de dar, que o abandono material de um pai em relação ao seu filho garante dano moral à criança ou ao adolescente porque é responsabilidade de seus genitores garantir o desenvolvimento da criança. A condenação tomou como base o artigo 186 do Código Civil, que define como ilícito a prática daquele que, “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”.

O relator do caso, Herman Benjamin, destacou ainda que a condenação se deu por haver afronta ao direito da criança, e que não se

tratava de uma “monetarização das relações afetivas”, ou sequer de uma modalidade de punição. O ministro Benjamin considerou que a esquiva voluntária do dever de auxiliar a criança materialmente gerou danos à sua integridade física e moral, sendo justa a compensação imposta sobretudo pelo descumprimento dos deveres decorrentes do exercício do poder familiar e do dever de prestar assistência material ao filho.

4. MULTA PELO DESAMOR?

A problemática de quantificar a reparação devida por danos ocorridos na seara moral é tema recorrente no Direito Civil. Tratando-se do Direito das Famílias, o tema adquire uma dose maior de sensibilidade por se tratar de relações humanas íntimas que percorrem toda a vida. Assim, a partir da constatação da viabilidade jurídica do instituto ora em análise, possível de ser aferida pela sua crescente admissão pelos tribunais brasileiros, faz-se necessário investigar a sua efetividade enquanto mecanismo destinado a reparar os danos sofridos pela ausência afetiva.

O fundamento do dever de indenizar é alvo de divergências doutrinárias. Parte da doutrina acredita que a indenização consuma sua efetividade com a simples punição do genitor ausente, não dependendo do valor que agregará à parte indenizada. Por outro lado, alguns doutrinadores veem o instituto de forma desassociada do punitivismo, defendendo que a reparação deve servir para “pagar o tratamento psicológico daquele que sofreu o dano até a sua recuperação”, como assevera Maria Isabel Costa (2004).

Acerca das consequências advindas da imposição de multa pecuniária, alguns doutrinadores apresentam a preocupação de que a propositura de ação de reparação civil prejudicaria ainda mais o vínculo entre pai e filho, já deteriorado, comprometendo ainda mais a convivência familiar. Sobre o tema, discorre Bernardo Castello Branco:

[...] a particularidade que cerca a relação paterno-filial, eis que fundada essencialmente na afetividade entre os sujeitos que dela participam, não permite a aplicação integral dos princípios que regem a responsabilidade civil. Logo, mesmo no campo específico do dano moral, cabe aferir em que medida o comportamento adotado foi capaz de romper os eventuais laços de afeto entre pais e filhos, uma vez que a admissibilidade da reparação não pode servir de estopim a provocar a desagregação da família ou o desfazimento dos vínculos que devem existir entre os sujeitos daquela relação. (BRANCO, 2006)

Dessa forma, torna-se alvo de preocupação em torno do tema que o desgaste em torno da judicialização e a possível cobrança de sanção pecuniária, motivada por problemas que se desenrolaram no campo moral e intersubjetivo, possa ser prejudicial e servir ao agravamento desses problemas, em vez de promover a sua efetiva satisfação. No entanto, é fato que, em muitos casos, a falta de afeto já percorreu toda a fase infantil e a adolescência de quem demanda a ação, tendo-se consumado o dano. A demanda vem, nesses casos, para suprir os danos decorrentes dessa ausência, não havendo mais sequer interesse em restaurar os vínculos, depois de tantas tentativas unilaterais que só confirmaram a rejeição por parte do genitor.

É emblemático, nesse sentido, o caso de Luciane Souza, apreciado pelo STJ em 2012, o qual condenou um pai ao pagamento de R\$ 200 mil e teve grande repercussão nacional, além de ter criado precedente judicial em favor da responsabilização por abandono afetivo, por ter sido a primeira vez em que uma turma do órgão condenou alguém por esse motivo. O alto valor da indenização foi proporcional ao poder aquisitivo do pai de Luciane, que é um empresário bem sucedido e mora com a família em condomínio de alto padrão.

A autora do caso supracitado afirmou em relato que quase chegou a passar a infância em um orfanato em decorrência do abandono paterno e que foram inúmeras as tentativas de aproximação com o pai, o qual, segundo ela, nunca lhe deu sequer um abraço. Segundo a

demandante, o sentimento de desigualdade de tratamento com os outros três filhos que o pai possui, os quais sempre tiveram convívio com ele, foi uma das motivações para procurar reparação na justiça. O pai da autora, que sempre contribuiu com suas obrigações alimentícias, quando condenado pelo TJ-SP, recorreu ao STJ alegando que, mesmo que o abandono tivesse ocorrido, “não haveria ilícito indenizável”, e que a punição deveria se dar na seara do Direito de Família, por intermédio da perda do poder familiar, posição que é compartilhada por parte da doutrina.

Dessa forma, constata-se que, ainda que o impulso inicial para o ajuizamento de processos em torno do abandono afetivo decorra de valores sentimentais, da falta de atenção e carinho e de uma situação de desamparo emocional, é inegável que a constatação de dano decorrente diretamente do abandono é essencial para a aplicação de multa. Na opinião de Eliana Alves, a reparação monetária é a forma de restituição para uma criança que não foi valorizada. De forma complementar, Cristina Werner acredita que o pleito por reparação na forma material vem, na verdade, porque foi o único meio que restou diante de tantas tentativas negadas de aproximação.

Por fim, tem-se que a reparação deve vir acompanhada de análise minuciosa das circunstâncias que permeiam o abandono, em vistas de aferir a existência de dano diretamente relacionado à falta de afeto. Conforme enuncia Maria Berenice Dias, “não se trata de atribuir um valor para o amor, mas de reconhecer que o afeto é um bem que tem valor” (DIAS, 2017). Cabe analisar cada caso concretamente, com o rigor devido, reconhecendo se tratar de tema recente nos tribunais brasileiros.

5. CONCLUSÃO

Isso posto, tem-se que a responsabilização civil por abandono afetivo em relações de parentalidade é cada vez mais aceita pelos

tribunais brasileiros, ainda que a tendência de aprovação do instituto seja recente e ainda exista resistência quanto à sua aplicabilidade. Tendo isso em vista, é possível afirmar que a viabilidade da responsabilização civil por abandono afetivo decorre da comprovação de existência de dano ocasionado pela ausência de afeto, o qual deve ser apurado com o devido rigor mediante a realização de perícias técnicas e laudos psicossociais.

No que tange à eficácia do instituto, esta é posta em questionamento na medida em que a realidade social de abandono parental no Brasil advém de uma estrutura de desigualdade nas relações conjugais, a qual reflete os moldes patriarcais de família. Assim, quando analisadas sob a ótica macroestrutural, as violências que perpassam a vida doméstica não podem ser visualizadas desassociadas da realidade social que as condicionam, de modo que as políticas públicas que visam combater as situações de violência e negligência precisam, necessariamente, levar a realidade material em consideração.

Além disso, quando enfrentado o clássico questionamento que permeia a temática em análise, qual seja, “é possível quantificar o amor?”, constatou-se que o ensejo de reparação material decorre da constatação de dano psíquico ou moral e não passa, necessariamente, por um desejo de restaurar vínculos de afetividade. Ademais, é possível concluir que não se trata de converter a quantidade do “amor não dado” em valores pecuniários, mas de impor responsabilização pelo não cumprimento das obrigações concernentes ao dever fundamental à convivência familiar, bem como aos deveres de educar e cuidar que constam no art. 1634 do Código Civil.

Por fim, é certo que a partir do reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro da paternidade socioafetiva, não mais conectada a razões biológicas, tem-se o afeto como um valor intrínseco às relações familiares, bem como à dignidade humana das crianças e adolescentes que compõem essas relações. Desse reconhecimento é que se extrai a necessidade de que o Estado garanta que o convívio familiar não seja satisfeito somente no plano da existência, mas que seja

realizado de forma harmônica e saudável de forma a garantir o pleno desenvolvimento dos filhos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor:** a indenização por abandono afetivo parental. Disponível em: <http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/588>. Acesso em: 21 nov. 2019.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo:** considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Disponível em: http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Cleber_Affonso_Angeluci/Abandono.pdf. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família.** São Paulo: Método, 2006, p. 117-118.

COSTA, Maria Isabel Pereira da Costa. **Família: do autoritarismo ao afeto.** Como e a quem indenizar? Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.1, ago. 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FEDERICI, Silvia. **O ponto zero da revolução.** São Paulo: Elefante, 2019.

GRILLO, Brenno. **STJ condena pai a indenizar filho em danos morais por abandono afetivo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-26/stj-condena-pai-indenizar-filho-danos-morais-abandono>. Acesso em: 02 nov. 2019.

GOMES, Jerusa Vieira. **Socialização primária: tarefa familiar.** Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6208920.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

LIMA, Tássia. **‘Nunca tive nada’, diz mulher que processou pai por abandono afetivo.** Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2012/05/nunca-tive-nada-diz-mulher-que-processou-pai-por-abandono-afetivo.html>. Acesso em: 02 dez. 2019.

LIRA, Wlademir Paes de. **Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito brasileiro.** In: *Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 550.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação.** 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/861/An%C3%A1lise+doutrin%C3%A1ria+e+>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MANGI, Luis Claudio Miranda. **Durável e/ou Modificável? Reflexões Acerca da Noção de Habitus em Pierre Bourdieu.** 2012. Disponível em: http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2012_EOR1020.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. **Abandono Afetivo: Afeto e Paternidade em Instâncias Jurídicas.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v35n4/1982-3703-pcp-35-4-1257.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

SANTOS, Alanna Carneiro; CHAGAS, Marcos Caldas Martins. **Responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em:

<https://www.jornaleletronicofvj.com.br/jefvj/article/view/383/363>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 8, n.35, p.71-78, maio. 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, p. 122-147, ago. /set. 2005.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Pai é condenado por abandono afetivo de filhos**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/pai-e-condenado-por-abandono-afetivo-de-filhos-1.htm#.XeSEmehKjIV>. Acesso em: 02 dez. 2019.

HOW MUCH DOES LOVE COST? A SOCIO-LEGAL VIEW ON PARENTAL AFFECTIVE COMPENSATION

ABSTRACT

The present work aims to investigate, searching substantiation in concepts of sociology and in the analysis of Brazilian jurisprudence and doctrine, the viability and effectiveness of the application of indemnity for parental abandonment. The effectiveness of pecuniary sanctions is questioned as a way to remedy a structural problem, which arises from patriarchal family patterns. The methodology used was the hypothetical-deductive, utilizing

the technique of indirect documentation through bibliographic survey, by means of doctrinal and jurisprudential analysis. Finally, it aims to demonstrate the current understanding of the Brazilian courts, as well as the doctrine, on the subject studied, in order to understand its application in national law.

Keywords: Family law; Principle of the affectivity; Children's rights; Emotional Abandonment; Socio-affective paternity.

ALCANCE DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Anna Luiza Silva de Paula¹
Anderson Brito²

RESUMO

A coisa julgada é um dos institutos constitucionais mais significativos do direito, na medida em que inviabiliza a rediscussão acerca do objeto litigioso após o trânsito em julgado da decisão judicial de mérito, primando, por conseguinte, pela concretização do princípio da segurança jurídica. Nesse contexto, o artigo 508 do CPC aborda a eficácia preclusiva da coisa julgada como a perda da possibilidade de rediscussão de todos os argumentos que poderiam ter sido suscitados, entretanto não o foram, tornando preclusa a possibilidade de rediscutir o deduzido, sendo irrelevante suscitar o dedutível. Diante desse cenário, a doutrina diverge no tocante à eficácia preclusiva do instituto: há os que a defendem quanto ao julgamento implícito das causas de pedir não suscitadas e, por outro lado, os que defendem

1 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN)

E-mail: luizadepaaula1@gmail.com

² Professor do curso de Direito do UNI-RN.

a referida eficácia preclusiva apenas quanto aos argumentos que sirvam para embasar as causas de pedir deduzidas no processo. O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicar ao ordenamento jurídico pátrio a corrente que está associada à exequibilidade do julgamento implícito das causas de pedir não mencionadas na demanda.

Palavras-chave: Coisa julgada. Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada. Teorias da Causa de Pedir.

1. INTRODUÇÃO

A coisa julgada é um fenômeno típico e exclusivo da efetiva atividade jurisdicional. Apenas essa função é que pode conduzir a uma declaração que se torne concretamente imutável e indiscutível, sobrevivendo inclusive à sucessão de leis. Configura-se como um dos institutos constitucionais mais relevantes do direito brasileiro, ao inviabilizar a rediscussão acerca do objeto litigioso após o trânsito em julgado da decisão judicial de mérito.

A compreensão proveniente da tradição romana acerca de que a coisa julgada é essencial à estabilidade das relações intersubjetivas persiste até a prestação jurisdicional hodierna, conforme consagrou a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVI. Nesse interregno, com a constitucionalização do processo civil, a *res judicata* deve ser aludida como a consagração da garantia ao princípio da segurança jurídica, bem como a concretização do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional.

Nesse contexto, o art. 508 do Código de Processo Civil traz à tona a eficácia preclusiva da coisa julgada, conceituada pela perda da

possibilidade da rediscussão de todos os argumentos, alegações e defesas que poderiam ter sido suscitadas pela parte, no entanto não o foram, tornando preclusa a possibilidade de rediscutir o deduzido, sendo, portanto, irrelevante suscitar o dedutível.

Diante desse cenário, a doutrina processualista diverge no tocante ao alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada: há os que a defendem quanto ao julgamento implícito das causas de pedir não suscitadas e, por outro lado, os que defendem a referida eficácia preclusiva apenas quanto aos argumentos e às provas que sirvam para embasar as causas de pedir deduzidas no processo.

A problemática reside em analisar a possibilidade de aplicar perante o ordenamento jurídico pátrio o julgamento implícito das causas de pedir não mencionadas.

Para isso, o trabalho apresenta brevemente alguns conceitos e teorias sobre a causa de pedir, haja vista que são essenciais para delimitar a extensão a ser atribuída à coisa julgada. Além disso, determinará as consequências que a adoção de uma teoria ou outra tem em relação ao alcance da eficácia preclusiva do já mencionado instituto jurídico em questão.

Por fim, trata-se de uma pesquisa aplicada de cunho descritivo, com objetivo exploratório e documental. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, ao partir da hipótese de que é possível aplicar a teoria ampliativa da eficácia preclusiva no processo Civil brasileiro. Ao decorrer do artigo, será esclarecido se tal premissa merece ou não prosperar em face do direito processual brasileiro.

2. A COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada originou-se sob a égide do direito romano primitivo, em que o trâmite processual era subdividido em duas etapas: a primeira, intitulada de *in iuri*, em que o magistrado figurava como personalidade principal ao ser o único responsável por conceder

ou não a ação formulada e, logo em seguida, apresentar a fórmula escrita para o caso debatido em questão; *a posteriori*, inaugurava-se a segunda fase do pleito, nomeada de *in iudicio*, em que havia o período instrutório, com as devidas produções probatórias e, por fim, a pronúncia da sentença.

O direito originado em Roma classificava o processo como efetivo instrumento de aplicação da legislação em vigor aos casos concretos postos em juízo (*res in iudicium deducta*), resultando na prolação da sentença – ato de vontade exclusivamente do Estado – em que, à época, tinha por objetivo findar em definitivo o trâmite processual. Em consequência disso, formava-se a coisa julgada (*res iudicata*), que tornava indiscutível a decisão que analisou o mérito da demanda disputada pelos litigantes, no sentido da condenação ou da absolvição.

Nesse contexto, é válido mencionar que o entendimento romano sobre o fenômeno da coisa julgada atrelava o supracitado instituto à descoberta definitiva da verdade. Sob uma análise crítica, verifica-se que se trata meramente de uma opção do legislador em privilegiar a estabilidade das relações sociais e, em consequência, das decisões judiciais.

O ordenamento jurídico pátrio vinculou-se ao entendimento romano no que tange ao substrato da inviabilidade da rediscussão da matéria relativamente à coisa julgada. Pode-se observar que a Constituição Federal mencionou esse instituto como um dos direitos e garantias fundamentais, em consonância com o art. 5º XXXVI. Essa garantia decorre da necessidade de fazer prevalecer a estabilidade, ao colocar em determinado momento um fim ao debate e à prestação jurisdicional, estabelecendo que a resposta ofertada nessa ocasião processual representa a solução definitiva do litígio.

Se contrário fosse, o Poder Judiciário estaria se eximindo de uma das suas precípuas funções: solucionar os conflitos de interesse, por meio da busca incessante da pacificação social. Ora, caso as decisões judiciais pudessem *ad eterno* contar com o instrumento de infundas rediscussões acerca da matéria decidida, a estabilidade jurídica e coletiva estaria fortemente prejudicada. Por fim, afirma Marinoni (2017, p.

509) “é razoável considerar que o instituto da coisa julgada representa critério de justiça. Eternizar-se a solução do conflito na busca de uma verdade que, em sua aversão absoluta, jamais será atingida, constitui algo inaceitável.”

2.1 A coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro

Sobre a matéria, Barbosa Moreira (1977, p. 88) ensina que “essa nova situação, a que a sentença tem acesso mediante a preclusão dos recursos, é que se denominara coisa julgada.” Como consequência, entende-se que a decisão judicial de mérito reveste-se, também, de um novo atributo que consiste na imunidade a contestações relevantes no universo jurídico: a autoridade da coisa julgada.

O ora mencionado autor preleciona que *a res judicata* configura-se como um estado, uma situação jurídica. É nesse exato momento em que a sentença se envolve de estabilidade e tal característica é o que define a “autoridade da coisa julgada”.

Em sequência, importante mencionar que, Liebman, apud Pinto (2013) afirma que “a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença.” Em verdade, a ampla maioria da doutrina processualista brasileira encontra-se em plena consonância com o posicionamento defendido pelo autor ora citado, ao primar pelo entendimento de que a coisa julgada não deve ser compreendida como um *efeito da sentença*, mas como uma qualidade que pode, inclusive, agregar-se ao efeito declaratório da decisão de mérito que transitou em julgado.

Feitas as considerações iniciais acerca da temática, é válido salientar que o instituto jurídico em voga pode ser visto sob o viés de duas amplas modalidades: a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A primeira diz respeito aos processos extintos sem a resolução do mérito e, por outro lado, a segunda aplica-se às questões em que

houve julgamento do mérito ou a lei empresta a mesma força por haver reflexo da sentença extinguindo o direito material posto.

No que tange à coisa julgada formal, Moacyr Amaral Santos (1985, p. 43) compreende o instituto como “não mais suscetível de reforma por meio de recursos, a sentença transita em julgado, tornando-se imutável.” A sentença, ao ter a natureza de ato processual, adquire a imutabilidade e, portanto, tem-se a coisa julgada formal.

Em síntese, essa modalidade de *res judicata* extingue o processo, inclusive com o esgotamento de prazos e a utilização dos recursos cabíveis, sem a análise do direito material em questão. Entretanto, é crucial abordar que qualquer dos litigantes pode buscar o poder judiciário, por intermédio de um novo processo, com o objetivo de rediscutir a controvérsia de mérito. Sobre a temática, aduz Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 506) “a indiscutibilidade da decisão judicial é verificada dentro do processo, assim, é endoprocessual e vincula-se exclusivamente à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro do processo em que a sentença foi prolatada.”

Por outro lado, sob ótica diametralmente oposta da lógica que atinge a coisa julgada formal, na coisa julgada material, o mérito é analisado em cognição exauriente e, portanto, a sentença judicial se torna indiscutível na seara extraprocessual. Logo, seus efeitos projetam-se para fora do processo, o que torna impossível a rediscussão da mesma questão, já decidida de modo definitivo, em um novo processo.

De mais a mais, faz-se mister notabilizar o parecer de parte da doutrina que corrobora com a tese de que a coisa julgada formal deve ser aludida como uma espécie de preclusão, uma vez que a inviabilidade de rediscutir, a partir de um certo lapso temporal, a matéria já decidida dentro do mesmo processo conduz infalivelmente à noção de preclusão – consubstancia-se na consumação de uma proposição jurídica pleiteada no curso processual. Nas lições de Marinoni (2018, p. 510): “a coisa julgada formal não se confunde com a verdadeira coisa julgada (coisa julgada material). É, isso sim, uma modalidade de preclusão, que torna

insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença.” Por fim, a coisa julgada constituiria nada além do trânsito em julgado da decisão.

2.2 Limites da coisa julgada

A coisa julgada se expressa e exerce seus limites em quatro esferas: territorial, temporal, subjetivo e objetivo. Este capítulo limita-se a analisar, portanto, o último limite ora indicado.

Os artigos 503 e 504 do CPC objetivam delinear o que exatamente é abrangido pela coisa julgada, ou seja, quais são as questões que não poderão mais ser objeto de discussões e debate entre as partes. Conforme aduz Arenhart (2018, p. 519), esses parâmetros são definidos, em parte, pelos limites objetivos da coisa julgada, mas também pela eficácia preclusiva da *res judicata*.

Ao partir da premissa de que o único conteúdo da decisão jurisdicional que se tornará indiscutível será o que decidir em relação à pretensão formulada, conclui-se que a coisa julgada atingirá tão somente a parte dispositiva da sentença. Acerca do tema, o artigo 504 do CPC aduz que os motivos, muito embora sejam relevantes para delimitar o alcance do dispositivo do julgamento, bem como a verdade dos fatos expressas na fundamentação da sentença, ambos não fazem coisa julgada.

Acentue-se, porém, uma relevante inovação do Código de Processo Civil a respeito da temática: a possibilidade das questões prejudiciais serem decididas com força de coisa julgada material, desde que preenchidos os requisitos legais. Observemos a seguir:

A questão está em saber o que pode ser objeto da parte dispositiva da sentença. Em um sistema que concebe a coisa julgada a partir de um contexto argumentativo dinâmico e cooperativo, pode ser objeto do dispositivo da sentença não só os pedidos das partes, mas também a resolução de questão prejudicial evidenciada no curso do processo,

inclusive identificada de ofício pelo juiz (art. 503, §§ 1.º e 2.º). (MITIDIEIRO, 2018, p. 516)

De volta ao debate sobre qual conteúdo é efetivamente abarcado pelos limites objetivos da coisa julgada, é preciso analisar quais questões poderão ser objeto do dispositivo da sentença, e têm-se que as questões devidamente alegadas pelas partes em manifestações de ação, defesa ou até mesmo em reconvenção, podem vir a se tornar, caso forem decididas, objeto da parte dispositiva. Portanto, acobertadas ficarão pelo dito limite objetivo, conforme expresso no *caput* do artigo 508.

Nessa linha de raciocínio, todas as alegações que poderiam ter sido formuladas em um determinado lapso temporal, porém não o foram, não entram nos domínios dos limites objetivos da *res judicata*, mas são acobertados plenamente pela eficácia preclusiva da coisa julgada, em consonância com o artigo 508 do CPC.

Por fim, é oportuno citar também os limites subjetivos da coisa julgada. O art. 506 do Código de Processo Civil cuida em delinear quais sujeitos estão submetidos ao instituto debatido em tela. Com isso, tem-se que a coisa julgada pode incidir com o efeito *inter partes, ultra partes ou erga omnes*.

Extraí-se do supracitado artigo o entendimento de que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros. Observe-se o entendimento de Marinoni (2018. 513): “tomando-se a regra geral, tem-se que somente as partes ficam acobertadas pela coisa julgada (...) Também se submetem à coisa julgada o substituto processo, o sucessor a título universal e o sucessor na coisa litigiosa.”

Nesse contexto, importante rememorar que o novo CPC, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, não excluiu os efeitos benéficos da *res judicata* a terceiros. Assim, preleciona Marinoni (2018. 513): “o novo Código não veda que terceiros se beneficiem da

coisa julgada. Isso quer dizer que o art. 506 acolheu a possibilidade de formação da coisa julgada *secundum tenorem rationis*.”

Conclui-se, portanto, que o instituto em tela faz coisa julgada entre as partes, podendo, porém, beneficiar terceiros, mas jamais poderá incidir para prejudicá-los.

3. TEORIAS QUE CIRCUNDAM A CAUSA DE PEDIR

A *priori*, = faz-se necessário uma sucinta análise acerca da causa de pedir, ao passo que esse instituto é indicado pelo Código como elemento essencial e determinante para a caracterização da litispendência e da coisa julgada.

O Novo Código de Processo nada elucida no que tange à natureza da *causa petendi*, o que gera contundentes divergências doutrinárias em relação ao tema. O estudo deste capítulo, nas palavras de Ricardo Alexandre da Silva (2019, p. 171) “é imprescindível para o estabelecimento dos limites objetivos da coisa julgada e para a delimitação do alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada.”

Há duas teorias que circundam a causa de pedir: a teoria da substanciação e a teoria da individuação. A adoção por uma corrente ou outra impacta diretamente na delimitação do alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada, bem como dos seus limites objetivos.

A teoria da substanciação, nas palavras de Mariacarla Giorgetti (2008, p. 60, tradução nossa) assinala que a causa de pedir corresponde aos fatos constitutivos. A matéria fática não mencionada não pode ser apreciada no processo já instaurado. Esta corrente preleciona que o apontamento de outro fato constitutivo caracteriza alteração da demanda e a coisa julgada atinge todos os fundamentos jurídicos relacionados aos fatos constitutivos invocados pelo autor. Meritório destacar, nesse interregno, que, embora a teoria da substanciação exija tão somente a delimitação do fato constitutivo, por imposição do Código de Processo Civil é necessário que o autor apresente, também, os fundamentos

jurídicos. Nesse sentido, pondera o jurista Andrés da Oliva Santos (2005, p. 53, tradução nossa) que o juízo, todavia, não se encontra adstrito à qualificação jurídica efetivada pelo demandante, mas tão somente aos fatos por ele narrados.

Por outro lado, a teoria da individuação aponta que a coisa julgada recai sobre todas as causas de pedir, inclusive sobre as não suscitadas. Portanto, admite a alteração dos fatos constitutivos no curso do processo, não ocorrendo, com essa modificação fática, mudança na demanda.

Caso essa vertente seja empregada, a indicação de outro título aquisitivo não altera a demanda, logo, a *res judicata* atinge todos os fundamentos de aquisição possíveis, não importando se foram suscitados ou não. Para Fábio Peixinho Gomes Correia (2009, p. 61), a consequência primordial nos contornos práticos da teoria, *in casu*, consiste na possibilidade de se modificar fatos constitutivos do processo sem que isso implique na alteração da demanda, o que vai fortemente de encontro ao proposto pela vertente da substanciação.

Na prática, conforme exemplos trazidos por Fredie Didier Júnior, os seguidores da teoria da substanciação defenderão que a causa de pedir em ação reivindicatória é a aquisição da propriedade, acrescido ao direito de propriedade. Ou seja, constitui-se na compra e venda – caracterizado por ser o fato gerador do direito – bem como o direito de propriedade – direito respectivo.

Já os adeptos da teoria da individuação, eles sustentarão que a causa de pedir de uma ação reivindicatória é o direito de propriedade. Isso porque, para os defensores dessa proposição, a causa de pedir se sustenta no direito que se alega ter. Isso pela razão de o fato jurídico não ter relevância prática e teórica, visto que a *causa petendi* se baseia exclusivamente no direito que se afirma ter.

Para clarificar e exemplificar de modo exaustivo essa abordagem, Didier Júnior, em aula proferida no Curso LFG, traz o seguinte caso hipotético: alguém ajuizou com uma ação para anular um contrato baseado no argumento de que houve erro. A mesma pessoa ajuíza outra

ação para anular exatamente o mesmo contrato, porém, sob a alegação de que houve dolo.

Percebe-se, *in casu*, que o mesmo sujeito propôs duas demandas para anular o mesmo objeto contratual e, frente a isso, indaga-se: as propostas têm a mesma causa de pedir? Ou elas são distintas? As respostas para tais questionamentos variam de modo considerável a depender da teoria adotada, visto que a preferência por uma vertente ou outra acarretará efeitos práticos distintos. Vejamos: caso seja defendida a teoria da substanciação, considerar-se-á que as demandas possuem causas de pedir distintas pelo fato de as causas de pedir remotas – constituídas pelos fatos – serem diferentes: uma pautada no dolo e outra pautada no erro. Portanto, forçoso concluir que não haveria litispendência, muito menos conexão entre as demandas. Já para a teoria da individuação, as causas de pedir seriam as mesmas, haja vista tratar-se de uma mesma relação jurídica. Dessa forma, há de se concluir que haveria litispendência e conexão.

Por fim, imperioso destacar que a teoria da substanciação reforça, conforme Gian Franco Ricci (1995, tradução nossa), os contornos práticos da vertente; em contrapartida, ela acarreta perda da economia processual, na medida em que o mesmo direito pode ser postulado à luz de outro fato constitutivo. Já com a tese ampliativa, são privilegiados os princípios da celeridade, eficiência e economia processual.

4. O ALCANCE DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

O artigo 508 do Código de Processo Civil de 2015 perpetua o debate outrora existente no art. 474 do CPC de 1973 quanto ao alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada. Isso pelo fato de ter replicado fielmente a proposição de que, com o trânsito em julgado da decisão de mérito, consideram-se deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas

que poderiam ter sido opostos tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Dessarte, o Novo Código careceu de diligência e prudência ao não afastar por completo as ambiguidades, dúvidas e discussões quanto ao alcance do instituto.

A extensão da disposição contida no art. 508 do CPC é um dos debates de maiores relevâncias teóricas e práticas, ao instituir sua eficácia preclusiva com o objetivo de ampliar os limites objetivos da coisa julgada, na medida em que considera decidida a matéria não expressada e não debatida pela sentença, desde que relativa a uma mesma causa de pedir - em consonância com o entendimento majoritário.

Debate controverso que é, não é unísono o entendimento da doutrina sobre o tema. Há os que defendam a prolação dos efeitos da referida eficácia preclusiva ao julgamento implícito das causas de pedir não suscitadas e, por outro lado, os que a defendam apenas aos argumentos e às provas que sirvam para embasar as causas de pedir deduzidas no processo.

A título introdutório sobre a divergência da questão, há a corrente restritiva quanto à eficácia preclusiva da coisa julgada, cuja defesa se pauta em restringir o efeito preclusivo tão somente às causas de pedir que embasaram o pedido formulado pelo autor, bem como às alegações, inclusive as que poderiam ter sido feitas e não o foram, desde que guardem total relação com as *causas petendi* ora suscitadas. Observa-se que a doutrina majoritária se inclina à adoção desta tese, cite-se: Pontes de Miranda (1974. p. 211), Luís Carlos Barbosa Moreira (1997. p. 102), Luiz Guilherme Marinoni (2019. p. 506 – 510), Daniel Amorim Neves (2017, p. 877-910), dentre outros. Observemos as Lições de Pontes de Miranda ao abordar sobre a questão em comento:

a decisão tem a eficácia de não mais poder pensar em alegações que poderiam ter sido feitas e não o foram, ou que obscura ou erradamente foram feitas, em benefício da parte que foi omitente, ou erro no concebê-las ou dar-lhes a devida exposição, não importando se a parte er

interessada na rejeição ou no acolhimento do pedido.
(MIRANDA, 1974, p. 211)

Os defensores dessa corrente aduzem que as alegações e as defesas que ficam acobertadas pela coisa julgada, a que se referem o art. 508 do CPC, são as que existem unicamente no objeto do processo, logo, no pedido do autor qualificado pela causa de pedir. Portanto, tudo o que for alheio à causa de pedir pleiteada escapa do alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada. Acrescente-se a isso, há a preocupação com o efeito da imutabilidade sem que tenha recaído a sentença sobre a alegação ou a defesa, o que iria em um sentido diametralmente oposto à garantia do contraditório, da ampla defesa e da possibilidade efetiva de acesso à justiça.

Se assim não o fosse, implicaria significativo óbice ao interessado submeter ao Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, sendo Direitos Fundamentais expressos no art. 5 da Constituição Federal.

Nesse sentido caminha também Barbosa Moreira ao prelecionar que:

(...) A preclusão das questões logicamente subordinantes apenas prevalece em feitos onde a lide seja a mesma decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida. Fora dessas raias, ficam abertas à livre discussão e apreciação das mencionadas questões, independente da circunstância de havê-las de fato examinado ou não, o primeiro juiz, ao assentar as premissas de sua conclusão. (MOREIRA, 1997, p. 102)

Acertadamente, portanto, a corrente restritiva da eficácia preclusiva da coisa julgada professa que a mencionada eficácia atua no confronto exclusivamente com a lide julgada (causa de pedir) no processo em debate, mas não com outra, objeto de uma nova demanda judicial. Dessa forma, nenhum impedimento há ao interessado para a propositura de alegação ou defesa omitida em um novo processo, desde

que a causa de pedir seja divergente, ou seja, desde que se pautar perante outra lide.

Por fim, é oportuno destacar que para delimitar a extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada, deve-se, em primeiro plano, analisar a matéria relativamente à identificação de demandas. Incontroverso, portanto, o paralelo lógico entre a adoção da teoria restritiva da eficácia preclusiva da coisa julgada e a admissão necessária da teoria da substanciação quanto à causa de pedir. Isso porque a última somente admite a existência da coisa julgada se houver a presença da tríplice identidade: as mesmas partes, os mesmos pedidos e a mesma causa de pedir.

Por outro lado, a corrente ampliativa defende a extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada inclusive às causas de pedir alheias à ação material suscitada em juízo. Tal inteligência se baseia no conceito de “lide” proferida pelo jurista Francesco Carnelutti (2000, p. 222-223), com dimensão pré-processual e não coincidente com o conteúdo processual, de modo que é função do processo ser instrumento para resolver definitivamente a problemática em sua completude e totalidade.

Por conseguinte, toda a lide pré-excluída também deve ser alcançada e julgada da mesma maneira que a sua fração que fora invocada em juízo o foi. Na defesa desse posicionamento há os notórios processualistas Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003, p. 134) Araken de Assis (2002, p. 145-147), Sérgio Fadel apud Porto (1999), dentre outros.

In casu, crucial se faz lembrar os ensinamentos de Ovídio, inspirado no eminente processualista alemão Schwab, de que o efeito de exclusão causado pela coisa julgada atingirá toda a cadeia de fatos (causas de pedir) similares, entretanto, não estariam abrangidos os fatos que destoem materialmente do primeiro processo, de modo que não é tão somente o pedido literalmente interpretado, mas o pedido interpretado de forma conveniente e abrangente, o que, inevitavelmente, há de se abranger fatos e relações jurídicas deduzidas, bem como deduzíveis.

Portanto, Ovídio Baptista filia-se à ampliação do instituto ao professar que as questões que ficarem decididas serão pertinentes

à demanda como um todo proposta, ficando estabelecido que cada demanda terá a estrutura que o autor informou, de forma que a sentença irá abarcá-la em sua integralidade – abrangendo todas as possíveis causas de pedir, inclusive as que não foram mencionadas.

Vincula-se à inteligência de Ovídio Baptista o célebre processualista Araken de Assis, ao aduzir que o art. 508 do CPC reside na intenção de ampliar o contexto e os limites da coisa julgada, vejamos:

a palavra ‘alegações’, simétrica a ‘defesas’, conjuga-se com a parte final, vale dizer, deve ser capaz de embasar o ‘acolhimento’. E o elemento, na demanda, hábil para ensejar a procedência do pedido é exatamente a causa petendi. Nem se compreenderia, de resto, que à ‘defesa’, que cabe ao réu alegar, se contrapusesse não a causa, e sim, singelas ‘alegações’, vale dizer, os argumentos que a compõe. De modo que o art. 508 abrange as causas de pedir do autor e as defesas do réu não deduzidas (...) Nada impede a preclusão, nesta linha de raciocínio, e resguardado o verdadeiro alcance da regra, das ‘causas’ também inapreciadas na sentença. (ASSIS, 1988)

Afirma, por conseguinte, que o sistema jurídico nacional se afeiçoa, nesse ponto, ao direito alemão, especificamente aos parágrafos 616 e 767, III, da ZPO. Não vem a ser plausível, nesse interregno, o argumento *ad terrorem* de que nenhum sistema jurídico conheceria a volatilização da causa de pedir. Tal forma de agir tem o fito de assegurar a precípua estabilidade do resultado proferido pelo poder judiciário ao ‘pedido’ ou à resolução daquela ‘lide’, parcial ou integral, pouco importando.

Por fim, conclui-se que, para a adoção efetiva do entendimento ampliativo da eficácia preclusiva da coisa julgada, deve-se, necessariamente, aplicar a teoria da individuação quanto à causa de pedir, ao passo que esta alude que a coisa julgada cobriria todos os fundamentos de alegações e

defesas possíveis, não apenas aqueles interligados a uma mesma *causa petendi*.

5. A EXTENSÃO DA COISA JULGADA A CAUSAS DE PEDIR NÃO SUSCITADAS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O entendimento majoritário vai na direção de considerar que, em havendo causas de pedir distintas, novas demandas poderiam ser propostas, ainda que as partes e os medidas não se modifiquem.

Não obstante, a Lei 12.529/2011 (Lei do CADE) caminhava em sentido diametralmente oposto ao que preceitua a lição preponderante no Processo Civil brasileiro. Isso porque disciplinou que a ação que intentar a reforma da decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência deveria deduzir todas as alegações de fato e de direito possíveis, sob pena de imperar a preclusão consumativa em todas as possíveis causas de pedir. Dessa maneira, não poderia uma nova ação ser proposta baseada em diversa causa de pedir.

Por não estar em consonância com o devido processo legal, esse instituto foi expressamente revogado, em consonância com o art. 1072, VI, da mesma Lei. A retirada desse dispositivo do ordenamento jurídico corrobora com a tese que menciona a impossibilidade de estender à causa julgada até as causas de pedir não invocadas no processo.

Com vistas a acrescentar ao debate, lembre-se do fenômeno da “causa de pedir aberta”, inerente ao controle concentrado de constitucionalidade, precipuamente exercido pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, apesar de a Lei 9.868/99 – disciplina a Ação Direta de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade – não pleitear expressamente a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada a causas de pedir não mencionados, a referida legislação destoa da previsão do art. 319, III, do CPC/2015, ao prever que, na petição

inicial, apenas indicar-se-á a fundamentação jurídica para estabelecer a causa de pedir, menosprezando as alegações de fato.

Dessa forma, incontroverso para conclusão, portanto, que uma vez analisada a ADI ou ADC que aborde a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de um dado preceito legal, toda a matéria que poderia estar abarcada na causa de pedir será julgada pelo Supremo, desde que esteja em confronto com a Magna Carta, já que o STF é o competente para fazer o controle de constitucionalidade em face da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, caso seja proposta uma nova demanda com uma causa de pedir (fundamento jurídico) diversa, mas que guarde relações com o mesmo dispositivo legal da demanda passada, exsurgirá o impedimento pela coisa julgada no caso concreto. Se assim o for, tendo em vista a divergência prática e doutrinária, encontra-se diante de uma ampliação dos limites objetivos da *res judicata* a causas de pedir não propostas.

6. CONCLUSÃO

Concernente à real extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada, constatou-se que, de fato, ainda não há uma precisão conceitual no linguajar dos processualistas, além de muito divergirem nesse verdadeiro “campo minado”, como aduz Cândido Rangel Dinamarco.

Concluiu-se, entretanto, que, ao contrário da corrente ampliativa, a tese restritiva quanto ao alcance da eficácia preclusiva se encontra em plena consonância com o Código de Processo Civil de 2015, que optou por privilegiar a teoria da substanciação mitigada, já que exige a combinação necessária de elemento caracterizador típico da tradicional substanciação, consistente da mera indicação do fato, com a explanação também do fundamento jurídico do pedido.

Finaliza-se com o entendimento de que o juízo se vincula, portanto, ao fato narrado pelo demandante e não ao fundamento/

relação jurídica, o que pode ser modificado pelo magistrado ao passo que seja alterada a causa de pedir.

Desta feita, o ordenamento pátrio optou por privilegiar a manutenção da tríplice identidade quanto à caracterização da existência da coisa julgada: deve ter exatamente as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, não incidindo, portanto, a eficácia preclusiva da *res judicata* a causas de pedir não suscitadas no processo.

Inclusive, é válido ressaltar que, em países os quais adotaram tal sistema hodiernamente, a exemplo da Espanha com o advento da Ley de Enjuiciamiento do ano 2000, as críticas doutrinárias perduram de modo incisivo. Isso pelo fato de a jurisprudência espanhola ter posto em prática o que apregoa o art. 400 da referida lei e, na prática, situações fáticas não constantes no pedido foram abarcadas pela coisa julgada e inúmeras garantias processuais foram amplamente tolhidas em decorrência desse inegável retrocesso legal, assim como jurisprudencial.

Portanto, a hipótese de que é possível a ampliação da eficácia preclusiva da coisa julgada não merece prosperar, na medida em que a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 priorizaram os princípios da inafastabilidade e da inércia jurisdicional, bem como a garantia do amplo e efetivo acesso ao direito de ação e ao contraditório substancial, este consistente no binômio da influência e não surpresa. O primeiro caracteriza-se por ser o poder de as partes participarem ativamente da marcha processual, influenciando efetivamente no resultado a prévio debate, o que não abriria margem para ampliar o efeito preclusivo do ora mencionado instituto a causas de pedir que não foram sequer suscitadas, por conseguinte, não submetidas ao contraditório efetivo e substancial.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Ajuris**, Florianópolis, v. 44, p.40-41, nov. 1988.

AUFIERO, Mario Vitor M. A extensão da coisa julgada a causas de pedir não propostas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, p.1-10, jul. 2016.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro**. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988 - disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23 nov. 2019.

_____. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília: Senado, 2015 – disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 23 nov. 2019.

_____. **Lei do Cade**. Brasília: Senado, 2011 – disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm> Acesso em: 23 nov. 2019.

_____. **Lei das disposições de processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Brasília: Senado, 1999 – disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> Acesso em: 23 nov. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Comentários ao código de processo civil: v. 6, tomo I, do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **O objeto litigioso no processo civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Books, 2000. Tradução de Hiltomar Martins.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 3 v.

_____. **Processo Civil - Aula 07**. 2009. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/1092385/07-fred-didier-aula-lfg>>. Acesso em: 18 fev. 2020

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.2. São Paulo: Malheiros, 2001.

GIORGETTI, Mariacarla. **Il principio de variabilità nell'oggetto del giudizio**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Introdução ao Estudo do Processo Civil: Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente**. Porto Alegre: Safe - Sérgio Antônio Fabris - Editor, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Rodrigo Krieger. **A eficácia preclusiva da coisa julgada**. 2016. Disponível em: <<https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/01162109-revista-77-4.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINTO, Leandro de Carvalho. **Coisa Julgada**: conceito, classificação e outros aspectos. 2013. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37835/coisa-julgada-conceito-classificacao-e-outros-aspectos#_edn15>. Acesso em: 11 nov. 2019.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre o propósito e o alcance do art. 474 do CPC. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 39, p.39-47, 1999. Bimestral.

RICCI, Gian Franco. **Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma del processo civile**. Revista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè, 1995, p. 1.227-1.311.

SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil**. Navarra: Thomson Civitas, 2005.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005.

_____. **Sentença e Coisa Julgada**: Ensaios e Pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. 396 p.

THE RANGE OF THE PRECLUSIVE EFFECTIVENESS IN CLAIM PRECLUSION IN THE BRAZILIAN PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

The claim preclusion is one of the most significant constitutional institutes of legal system, that it makes it impossible to relitigated once it has been judged on the merits, as well as seek for the implementation of the principle of legal certainty. In this context, the article 508 of the civil procedure code approach the preclusive effectiveness of the claim preclusion, with the loss of the possibility of rediscussing all the arguments that could be used, however they were not, precluding the possibility of to litigate again what could been deduced, making irrelevant what would be to raise the deductible. In this perspective, the legal literature disagree to the preclusive effectiveness of the institute: there are those who argue for the implicit judgment of the causes of asking not raised, and, in contrast, those who argue for that preclusive efficacy only to the arguments that serve to support the causes of the lawsuit that are in the process. This study aims to analyze the possibility of applying to the current national legal system that is associated with the feasibility of implicit judgment of the causes of request not mentioned in the demand.

Keywords: Claim Preclusion. Preclusive effectiveness of the Claim Preclusion. Theory of the Cause of Action.

A AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO NO MUSTERVERFAHREN BRASILEIRO

Lucca Torquato Pinheiro¹

RESUMO

Desde a apresentação do novo Código de Processo Civil, o instituto denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vem tendo a sua previsão questionada pela alegação da falta de um contraditório real e participativo - que corresponde à concepção moderna desta garantia constitucional. Nesse sentir, o presente artigo, ao trazer ao debate esse viés da análise do instituto, apresentará a forma pela qual o mecanismo é aplicado na Alemanha com o *Musterverfahren*, que é o instituto de inspiração para as disposições do novo CPC, e as diferenças entre as duas previsões. Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa teórica de cunho exploratório e documental, realizada a partir do método hipotético-dedutivo, através de pesquisa bibliográfica. Quanto à verificação da extensão da influência do *Musterverfahren* relativo à amplitude do contraditório no Incidente, partiu-se do pressuposto de que

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN).

E-mail: lucacatpinheiro@gmail.com

uma real inspiração no instituto alemão faria com que tal princípio fosse encontrado em sua plenitude; no entanto, a influência do direito alemão não resultou na sua manifestação na vertente participativa.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Musterverfahren. Código de Processo Civil.

“A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça”
(Aristóteles)

1. INTRODUÇÃO

O processo, como instrumento posto à disposição da jurisdição para a obtenção de seu objetivo, que é dar a cada um aquilo a que lhe é de direito, tem sua duração, que não pode ser deixada de lado sob pena de se macular os princípios constitucionais, verdadeiras cláusulas pétreas. Assim, a Constituição brasileira de 1988 prevê, a exemplo de outras, o direito de acesso à justiça. É notório que esse acesso deverá ser efetivo, pois justiça tardia não pode ser considerada justiça. No entanto, justiça célere, a qualquer custo, também não é justiça.

O direito processual moderno urge por novas técnicas para a resolução dos objetos litigiosos. Isso decorre da natureza dos conflitos, que se apresentam diferentes daqueles que eram levados ao Judiciário na origem das primeiras codificações processuais no correr do século XIX, quando imperava o Estado Liberal. Verifica-se, desde meados do século XX, a crescente formação de conflitos no ocidente relativos a uma pluralidade de indivíduos - em momentos indeterminados - retratando a sociedade moderna que, predominantemente, realiza negócios jurídicos

de massa. Dessa forma, o processo passou a ser majoritariamente coletivo e, conseqüentemente, surge a necessidade de mudanças das regras processuais em consonância com essas novas questões, para que ele possa cumprir a sua finalidade no ordenamento jurídico (pacificação das relações sociais).

As alterações processuais relativas às demandas de tal natureza advêm da constatação da impropriedade das disposições processuais de cunho patrimonial e individual presentes nas legislações, sob o fundamento do efeito coletivo que essas causas possuem. O problema da resolução através dessas regras se assevera pelo fato de essas lides se encontrarem dispersas, na grande maioria das vezes, para a apreciação do Poder Judiciário, e a primordialidade de adaptação para atender essas demandas é crucial para a própria existência de um Estado Democrático de Direito. Assim, considerando esses novos conflitos e as necessidades decorrentes deles, veio à lume na Europa um novo instrumento processual para solucionar as causas repetitivas: o mecanismo de resolução coletiva incidental de conflitos. Ele é paradigma de estudos tanto na União Europeia, como nos países integrantes do bloco, Estados Unidos e no Brasil. A importância para os ordenamentos surge por causa da sua dupla finalidade: solucionar as demandas individuais de maneira coletiva (resolvendo os problemas decorrentes da cognição judicial pulverizada) e ser uma alternativa para a solução das demandas coletivas (atuando em paralelo ao microssistema da tutela coletiva).

No Brasil, essa técnica de julgamento se encontra em expansão, pois já tem aplicação sedimentada em sede recursal através dos recursos repetitivos - fruto das mudanças promovidas pela Emenda Constitucional 45, bem como de outras previsões de sua aplicação na legislação, e, em setembro de 2009, o então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, instaurou uma Comissão de Juristas para a elaboração de um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, com o objetivo de alcançar verdadeiros instrumentos processuais contemporâneos aptos a

contribuir para a obtenção de novas soluções para o problema da crise civilizatória.

Após o devido trâmite legislativo, o atual Código de Processo Civil entrou em vigor em março de 2016 e, com ele, trouxe importantes novidades para o sistema jurídico brasileiro. Uma das mais relevantes e comentadas inovações trazidas pelo referido Projeto foi o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, disciplinado no atual código nos artigos 976 ao 987, por meio do qual se identificam os processos tramitando em primeira instância que contenham a mesma questão de direito para que sejam reunidos e julgados conjuntamente por uma só Corte. Na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, a Comissão deixa explícito que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas teve como fonte inspiradora o instituto oriundo do direito alemão denominado de *Musterverfahren*².

Entretanto, o seu uso é objeto de críticas em razão da alegação de que o contraditório não estaria preservado no entendimento moderno que há em torno do postulado. Logo, ele estaria afastado da concepção de processo civil constitucional.

Considerando os fins propostos para a sua aplicação na forma prevista no Projeto apresentado e aprovado na Câmara dos Deputados, o presente artigo vem expor a controvérsia da preservação do contraditório diante do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

2 “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.” (BRASIL, 2010)

2. MUSTERVERFAHREN

A *KapMuG* (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*) é a legislação que dispõe acerca do procedimento-modelo (*Musterverfahren*) no direito germânico no âmbito civil; antes da edição desta lei, em maio de 2005, já havia a sua aplicabilidade no direito administrativo, quando, em 1991, houve a reforma no Código de Processo Administrativo - *Verwaltungsgerichtsordnung* (*VwGO*). Nessa mudança, foi incluído o *Musterverfahren* no § 93a, no entanto, com aplicação restrita às matérias de competência da Justiça Administrativa.

Inicialmente, cabe pontuar que a previsão em um diploma legal específico quanto ao tema deve-se às condições especiais para a inserção do instituto na Alemanha. Devido ao *leading case*, relativo à empresa *Deutsche Telekom*, no qual a empresa se viu obrigada a anunciar uma significativa baixa nos valores reais de seus portfólios em fevereiro de 2001, causando um colapso nos preços e um acentuado declínio no valor nominal de suas ações nos meses subsequentes. Por esse motivo, entre agosto de 2001 e março de 2003, mais de 16 mil ações foram ajuizadas, causando problemas na prestação da atividade jurisdicional no Tribunal de Frankfurt, tendo em vista a demora na prestação da atividade jurisdicional.

A Corte Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) foi suscitada mediante o recebimento de uma Reclamação em que aduz a violação à previsão constitucional (art. 19, IV) da prestação de uma tutela efetiva. Em sua decisão, ela confirmou que o uso das técnicas processuais previstas no *ZPO* (*Zivilprozessordnung* - Código de Processo Civil) era ineficiente para a prestação da tutela jurisdicional e indicou a necessidade de um mecanismo de concentração de causas semelhante ao presente no âmbito administrativo; no entanto, o procedimento carecia de previsão legal da esfera cível.

Desse modo, após a atuação do poder legislativo, em 16 de agosto de 2005, com publicação em 19 de agosto de 2005 e entrada em vigor em 01 de novembro de 2005, passa a fazer parte do ordenamento

alemão a “*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten*”, ou “Lei sobre procedimentos-modelo para contencioso em mercado de capitais”, abreviada como *Kapitalanleger Musterverfahrensgesetz* (*KapMuG*), uma lei temporária, de vigência inicial de 5 anos, e modificada em 2010 e 2012, com eficácia no ordenamento jurídico alemão até 01 de novembro de 2020³, que versa sobre o procedimento modelo aplicado nos litígios em relação ao mercado de capitais.

É interessante observar, em documentos oficiais do Ministério da Justiça Alemão (*Bundesministerium der Justiz*), a clara preocupação em reforçar que a referida lei não tem como escopo a *class action* americana⁴. Em um dos arquivos, afirma-se que, com a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, o legislador alemão encontrou uma forma de lidar com procedimentos de massa relativos ao mercado de capitais sem importar modelos estrangeiros, criando uma alternativa processual fundamentada nos princípios basilares dos direitos procedimental germânico e europeu⁵.

Para que seja formado o incidente no direito alemão, exige-se uma provocação prévia das partes, as quais devem apontar a existência

3 BERT, Peter. Class Action in Germany: KapMuG Extended Until 2020 – Modest Change of Scope. Documento disponível em: <<http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/07/class-actions-in-germany-kapmug-extended-until-2020-modest-change-of-scope/>> Acesso em 04/11/2019

4 No original: Bei der Ausgestaltung des Musterverfahrens nimmt der Gesetzentwurf dabei weder die US-amerikanische class action noch die representative action im englischen Zivilverfahrensrecht in Vorbild” Documento disponível em: http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/KapMuG/005%20DiskE.pdf Acesso em 01/11/2019

5 No original: “With the Capital Markets Model Case Act, the German legislator has provided a way to handle capital market mass proceedings without transferring existing models from foreign jurisdictions, such as the American class action, into German law. Instead, the Act seeks to offer an alternative system based on the fundamental principles of German and European procedural law in order to improve securities mass proceedings” Documento disponível em <http://www.clglaw.eu/cmsimages/Publications/German%20Capital%20Markets%20Case.pdf> Acesso em 01/11/2019

de diversas causas individuais que contenham questões de direito ou de fato, ou ambas simultaneamente, semelhantes em diversos processos. Além disso, é necessário que, desde o início, as partes apontem em seu pedido os meios de provas que pretendem produzir, bem como informações públicas sobre mercados capitais e as situações fáticas e jurídicas. Há, ainda, a necessidade da importância que o processo possui para a resolução das questões jurídicas semelhantes.

A *KapMuG* opera em três fases distintas. O processo modelo começa com abertura na fase em que o Tribunal Regional realiza a aplicação de pelo menos 10 pedidos em um período de 4 meses, ordens de início de um processo de intermediação e determina as questões de direito ou de fato para serem decididas lá. Na segunda fase, as reivindicações pendentes serão suspensas com a questão do modelo decidido pelo Tribunal de Apelação Regional competente, com a nomeação de um os mais reclamantes modelos pelos sujeitos dos processos suspensos. Finalmente, na terceira fase, o Tribunal julga, em decisão recorrível, as questões controvertidas e os juízos de primeiro grau aplicam apenas para os casos que se encontram suspensos. É importante notar que a *Musterverfahren* funciona exclusivamente como um processo intermediário para reivindicações semelhantes que já estão pendentes.

3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Já em relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, trata-se de uma das maiores novidades trazidas no Novo Código de Processo Civil. É através dele que se busca paridade nos julgamentos de massa, nos casos em que evidenciam uma mesma questão de direito, a fim de garantir aos jurisdicionados maior segurança jurídica.

Como acima exposto, as demandas, em sua grande maioria, são pluri-individuais. No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, embora haja a existência do microsistema da tutela coletiva desde os

anos 80⁶, tendo como principais pilares quanto às regras processuais a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que atuam como normas complementares no sistema processual, e, ao seu lado, outras previsões legais de natureza material.

Verifica-se, ainda, uma preocupação com a insegurança jurídica causada pelas decisões contraditórias proferidas pelos tribunais brasileiros em casos semelhantes – uma infeliz realidade que pode ser constatada nas mais simples pesquisas jurisprudenciais. Tal preocupação está explícita na Exposição de Motivos do Anteprojeto do CPC:

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. (...) Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. (BRASIL, 2010)

A partir do que foi aprovado na Câmara dos Deputados, a incidência do instituto ocorre sobre demandas que, ao se encontrarem sendo processadas individualmente, possuam em comum a repetição no elemento de direito, bem como pela possibilidade de vir surgir a

6 A primeira legislação a respeito do tema foi a Lei n. 6.938/81

repetição de processos. Sendo suscitada a formação do incidente, há a constituição de um procedimento paralelo à causa principal.

O art. 976 do Código de Processo Civil trata das hipóteses de admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, estabelecendo que deve ser identificada (i) uma controvérsia com potencial para gerar multiplicação de processos que tenham como escopo a mesma questão de direito, e (ii) pelo risco de coexistência de decisões conflitantes, possa gerar grave insegurança jurídica. Percebe-se, nesse ponto, uma preocupação do legislador brasileiro com o absurdo número de processos que chegam ao Judiciário anualmente, com os quais o sistema, da forma como se encontra, não consegue lidar de forma eficaz.

Cumprе ressaltar, ainda, que o art. 976 indica o caráter preventivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, já que expõe a necessidade de se verificar a existência de uma controvérsia que possa, potencialmente, gerar relevante multiplicação de processos fundados na mesma questão de direito, não sendo objeto do Incidente as questões fáticas. Nesse sentido, afirma Larissa Clare Pochmann da Silva: “Na verdade, direito e fato estão associados, e não se pode fazer uma diferença tão nítida como faz o dispositivo legal. Essa diferenciação só acontece porque, no Poder Judiciário, acaba se dissociando o direito de sua realidade social” (2011, p. 97).

Neste procedimento incidental, que suspenderá o andamento daquele, será escolhido um processo representativo da questão de direito repetida. É sobre ele que recairá a cognição judicial a fim de pacificar o tema controverso. Após a sua resolução, retomar-se-á ao julgamento individual, sendo observado o que foi decidido no procedimento-modelo em virtude de seu efeito vinculante.

O Incidente poderá ser postulado pelo Ministério Público (como parte ou Custos Legis), Defensoria Pública, parte, juiz ou relator de um processo, desde que se demonstre a efetiva repetição de processos e o risco à isonomia. Sendo o Incidente admitido pelo tribunal, há suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma matéria nos

limites do órgão, e o julgamento ocorrerá com ampla divulgação pelo Conselho Nacional de Justiça. O tribunal decide a questão de direito (tese jurídica) e os processos voltam à primeira instância. Tal decisão possui efeito vinculante para os casos suspensos e futuros.

Como apontado inicialmente, deve ressaltar que o modelo de concentração de causas não é uma novidade no ordenamento pátrio. Ele já vem sendo aplicado na atual legislação processual como, por exemplo, em sede recursal. Portanto, verifica-se que, com a inserção do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ocorre a antecipação do que hoje acontece apenas em grau recursal. Tal modificação no momento da concentração das causas é promovida com o fundamento de potencializar o direito ao Acesso à Justiça. Ou seja, ele está à disposição da sociedade de modo pleno para que o Judiciário esteja presente e organizado na sociedade e, concomitantemente, preste a sua atividade de modo efetivo.

4. DIFERENÇAS ENTRE O BRASIL E A ALEMANHA NO CONTRADITÓRIO

Positivado no art.5º, inciso LV, da Constituição da República, o princípio constitucional do contraditório é um dos mais importantes princípios constitucionais derivados da garantia constitucional do devido processo legal, a qual se encontra prevista no inciso LIV do mesmo artigo. Conforme sua previsão legal, pode ser aplicado no âmbito jurisdicional e administrativo, além de haver a possibilidade de aplicação no âmbito negocial, considerando a previsão, por exemplo, do art.21, §2º, da Lei de Arbitragem (Lei 7.307/96), no qual está expressamente prevista a exigência pelo cumprimento do contraditório no processo arbitral, embora o texto constitucional, em sua literalidade, não preveja essa última hipótese.

Com relação ao processo civil, Daniel Neves (2016, p. 260) menciona que as partes devem ser devidamente informadas da totalidade dos atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reagir como

forma de garantir a sua participação na proteção de seus interesses em juízo.

Basicamente, a ideia de contraditório está relacionada ao binômio ciência-oportunidade. Ciência dos atos do processo, da acusação e da prova, mais a oportunidade de contra-atacar a versão da acusação e vice-versa. Dessa forma, é indispensável a existência de meios processuais adequados para que as partes sejam regularmente informadas dos atos processuais, possibilitando que se manifestem, positivamente ou negativamente, a respeito deles. Assim, é inadmissível qualquer previsão legal que exija manifestação de qualquer das partes processuais sem que haja previamente disposição no sentido de regulamentar meios para que os integrantes da lide tomem conhecimento da situação processual.

Em uma sociedade como a contemporânea, em que se exigem cada vez mais soluções urgentes para as demandas, além de celeridade, seja em decorrência do surgimento acelerado de novos direitos, ou mesmo pela conhecida morosidade inata ao trâmite processual, faz-se necessário atentar-se à garantia do contraditório, pois, com o fim de garantir a exigida celeridade, pode-se restringir direitos fundamentais duramente conquistados.

A priori, cabe ressaltar que, embora o procedimento-modelo alemão tenha servido de manifesta inspiração para o instituto no Brasil, ele guarda diferenças, em especial, no contraditório e quanto à sua matéria de incidência (no direito alemão, o escopo é restrito a causas relativas ao mercado de capitais e se refere tanto à matéria de fato como à de direito; no Incidente, não há restrição referente à matéria e limita-se à repetição da questão de direito).

4.1 Da representatividade

Acerca do contraditório, ele é observado em dois momentos do procedimento: na constituição do Incidente e no momento de escolha do procedimento modelo. No primeiro momento, o contraditório manifesta-se a partir da oportunidade de aqueles que possuem interesse

na questão a ser discutida ingressarem, durante o prazo dos seis meses, para o registro de pelo menos dez ações para a cisão do julgamento⁷. Já no segundo momento, o contraditório se revela novamente, considerando que, na escolha dos líderes para o julgamento do procedimento por meio de eleição, aqueles que possuam interesse no mérito podem intervir na participação da decisão, desde que a atuação não seja contrária à da parte principal⁸.

Já no processo civil pátrio, quanto à escolha da causa representativa no incidente, não se verifica no código qualquer mecanismo capaz de assegurar aos sujeitos que serão atingidos pela tese jurídica fixada que a causa-piloto selecionada é a mais representativa, apesar de recomendação doutrinária, mas não exigida pelo código, de uma análise minuciosa acerca da existência da homogeneidade no processo pendente no tribunal e nos demais repetitivos, e será essa homogeneidade que fundamentará a instauração do IRDR, entregando a possibilidade de controle à discricionariedade do órgão julgador, o que já ocorria nos recursos repetitivos, presentes no Superior Tribunal de Justiça.

Em contrapartida, no sistema proposto para o Brasil, apesar de ter como pressuposto de que os interessados na decisão a ser proferida só

7 No original: § 6 Vorlage an das Oberlandesgericht; Verordnungsermächtigung (1) Durch Vorlagebeschluss ist eine Entscheidung des im Rechtszug übergeordneten Oberlandesgerichts über die Feststellungsziele gleichgerichteter Musterverfahrensanträge herbeizuführen, wenn innerhalb von sechs Monaten nach der ersten Bekanntmachung eines Musterverfahrensantrags mindestens neun weitere gleichgerichtete Musterverfahrensanträge bekannt gemacht wurden. Der Vorlagebeschluss ist unanfechtbar und für das Oberlandesgericht bindend.

8 No original: § 14 Rechtsstellung der Beigeladenen Die Beigeladenen müssen das Musterverfahren in der Lage annehmen, in der es sich im Zeitpunkt der Aussetzung des von ihnen geführten Rechtsstreits befindet. Sie sind berechtigt, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, soweit ihre Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen des Musterklägers nicht in Widerspruch stehen.

verifica a incidência do contraditório no julgamento do mérito quando o relator do processo, conforme o art. 983 do CPC, abre o prazo de 15 dias para as partes e interessados e, posteriormente, na sessão de julgamento em que as partes originárias e o Ministério Público se manifestam por 30 minutos. E, em seguida, os interessados que pleitearam 48 horas antes da sessão o ingresso (também por 30 minutos).

Dessa forma, os interessados na decisão a ser proferida, titulares do direito de pleitear a questão a ser decidida, não precisam ser representados de maneira adequada, sendo o código omissivo, num esquecimento do significado de processo civil democrático e de tutela coletiva dos direitos. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni⁹ afirma que o Incidente, da maneira como está posto pelo Código de Processo Civil, constitui uma técnica que nega o direito fundamental de ação, ou seja, o direito a um dia perante a Corte, dando origem a uma espécie de “justiça dos cidadãos sem rosto e fala”.

A relevância do contraditório participativo no instrumento processual alemão se extrai da possibilidade de se excluir dos efeitos vinculativos do incidente quando os intervenientes comprovem que não podem contribuir de forma relevante para o procedimento-modelo. No novo CPC, além de não existir previsão semelhante, é previsto que a tese jurídica fixada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vincula todos os processos repetitivos dentro da competência do órgão julgador, sejam eles coletivos ou individuais, pendentes ou futuros, independente do resultado do julgamento. Dessa forma, ainda que a decisão do Incidente seja desfavorável, ela vincula os processos

9 MARINONI, Luiz Guilherme, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 23

repetitivos, em flagrante violação do princípio do devido processo legal e do contraditório.

A título de exemplo, pode-se mencionar o Recurso Especial nº 1.199.715¹⁰, o qual versava sobre a incidência de honorários de sucumbência a cargo das autarquias estaduais quando seu adversário vencedor é assistido pela Defensoria Pública. O referido recurso especial foi selecionado como paradigma, apesar de a Defensoria Pública, um dos sujeitos mais interessados na resolução da lide, por ser diretamente afetada pelo julgado, não atuar mais no feito desde a primeira instância, sendo nem sequer solicitada sua oitiva. Dessa forma, o órgão julgador não conferiu à Defensoria a oportunidade de influir na formação de seu convencimento. Aliás, o acórdão possui indícios de não ter havido a discussão necessária acerca do tema, de modo que abrangesse todos os argumentos e contra-argumentos possíveis, haja vista que não mencionou em nenhum momento um dos dispositivos mais relevantes para a discussão: o art. 4, inciso XXI, da Lei Complementar 80/1994:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Tornando a situação mais dramática, considerando a violação direta ao contraditório substancial decorrente do não exercício pela

10 TJ - REsp: 1199715 RJ 2010/0121865-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 16/02/2011, CE - CORTE ESPECIAL. Data de publicação: DJe 12/04/2011

Defensoria Pública de influenciar no julgado, o Superior Tribunal de Justiça conheceu e deu provimento ao recurso, com o fim de afastar a condenação do recorrente ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, que, embora atingida diretamente pelo julgado, não possuiu qualquer oportunidade de se manifestar e contribuir com o debate acerca do tema.

Todavia, cabe salientar que tal preocupação na ordenação germânica tem como fundamento a repetição da matéria não se cingir ao direito repetido, mas também quanto à matéria fática repetida. No Brasil, o julgamento coletivo não alberga fatos. Como retromencionado, eles ficam restritos ao processo individual pelo qual será aplicada a teoria geral das provas, prevista no ordenamento, e um contraditório extenso.

4.2 Da vinculação do Incidente

Embora o Incidente preveja formas de exercer o contraditório substancial no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como, por exemplo, a oitiva das partes e demais interessados, a juntada de documentos, recursos e sustentações orais, o fato de a tese jurídica desfavorável vincular os processos pendentes e futuros o tornaria inviável. Essa lógica de efeito *erga omnes* vinculante não guarda qualquer compatibilidade com o sistema já vigente das ações coletivas no tratamento dos direitos individuais homogêneos.

As legislações que as regulamenta, qual sejam, Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor (Lei 7.347/85 e Lei 8.078/90, respectivamente), preveem o *efeito erga omnes* tão somente quanto às decisões julgadas procedentes. Nas improcedentes, os membros ausentes das ações coletivas ou os que requereram a suspensão de suas ações individuais, conforme os art. 103 e 104 do CDC, podem, respectivamente, ajuizar suas demandas ou prosseguir nelas. Esse sistema, além de preservar e garantir os direitos processuais constitucionais dos litigantes - que possuem a garantia de serem adequadamente representados e, portanto, têm preservado o direito de participar e ser

ouvido- ainda representa um mecanismo que favorece uma posição ativa da sociedade diante do Estado.

Assim, permitir que as teses jurídicas desfavoráveis fixadas no Incidente sejam aplicadas às causas futuras violaria frontalmente o princípio constitucional do contraditório, por não ter sido oportunizado aos litigantes exercer qualquer tipo de influência no julgamento do Incidente e, por consequência, o exercício do pleno contraditório.

Ainda sobre o efeito vinculante da tese jurídica, seria possível a utilização da técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente, conhecida como *distinguishing*. A tese jurídica fixada no Incidente vincula o órgão julgador das causas aparentemente repetitivas. Incumbe a ele a verificação da semelhança ou não com o precedente fixado no Incidente. Para tanto, o julgador deve, primeiramente, analisar elementos objetivos da demanda paradigma, comparando-os com os elementos das outras demandas. Após, havendo semelhança, deve-se analisar a *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica firmada. Esse aspecto é importante, pois o Incidente de resolução de demandas repetitivas exige que as causas sejam idênticas para que seja aplicada a tese firmada. Dessa forma, Fredie Didier¹¹ afirma ser imprescindível que haja uma análise minuciosa acerca dos elementos objetivos que identificam as demandas, de modo que a tese não seja erroneamente aplicada.

O *distinguishing* ocorre quando há distinção entre o caso concreto e o paradigma por não coincidirem os fatos fundamentais da demanda e os que fundamentaram a tese jurídica, ou, ainda que haja alguma semelhança entre esses, por existir alguma peculiaridade no caso analisado que afaste a incidência da tese jurídica. Na situação específica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conforme dispõe o art. 985 e seus incisos I, do Código de Processo Civil, para que a tese jurídica seja aplicada, basta que os processos versem sobre idêntica

11 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 2. p. 491

questão de direito. Assim, a distinção entre circunstâncias fáticas não é relevante, de modo que o instituto do *distinguishing* não pode ser utilizado.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente artigo buscou apresentar que, dentro do que fora proposto para a aplicação do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (unicidade da interpretação do direito pela jurisprudência para tratar com isonomia as partes, aplicar o devido processo legal e assegurar a segurança jurídica), o contraditório, ao menos em tese, encontra-se preservado. De modo abstrato, uma vez que apenas a partir de sua aplicação poderá se ter a certeza e, assim, caso necessário, aprimorar a sua previsão.

Cabe ressaltar que, diferentemente da previsão no direito comparado que abrange a repetição tanto para a matéria fática como de direito, a concentração de causas em primeiro grau no ordenamento jurídico brasileiro foi proposta somente quanto à repetição da matéria de direito. Esta é aquela pela qual recairá a interpretação jurídica de determinada norma que foi violada ou ameaçada.

Como exposto, embora o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tenha manifesta inspiração no procedimento-modelo tedesco, ele guarda significativas diferenças. Dentre elas, a aplicação do princípio do contraditório – que, para parte dos estudiosos sobre o instituto no Brasil, ele é mitigado na sua vertente participativa, isto é, na contribuição efetiva para a questão da lide recorrente.

Na Alemanha, em todos os momentos do *Musterverfahren*, ele tem a sua possibilidade renovada. Em contrapartida, no sistema proposto pelo legislador brasileiro, só se verifica sua incidência no julgamento do mérito quando o relator do processo abre o prazo para as partes e interessados e, posteriormente, na sessão de julgamento em que as partes originárias e o Ministério Público se manifestam por 30 minutos.

E, em seguida, os interessados que pleitearam 48 horas antes da sessão o ingresso (também por 30 minutos).

Assim, a dilação probatória recairá na interpretação do texto legal, havendo a formação de um procedimento específico para pacificar esta questão e realizar, nesse sentido, um contraditório diferenciado. Quanto aos fatos, eles poderão ser amplamente debatidos no processo original, tendo a seu dispor toda a teoria geral da prova prevista na legislação processual.

O objetivo do instituto é a unicidade na interpretação jurídica que tem efeitos coletivizados para sanar os impasses decorrentes da prestação mitigada que ocorre com o sistema processual brasileiro. Desse modo, evita-se que se pacifique tão somente em sede recursal, no STJ, haja vista que, nesse momento, o direito já pode ter perecido, não sendo mais útil a jurisdição estatal. Antecipa-se, portanto, para a fase do processo de conhecimento, em primeiro grau, o que vem se aplicando em sede recursal.

Todavia, cabe ressaltar que, tal qual o recurso repetitivo foi regulamentado pelo STJ após a inserção na lei processual, nada obsta que os Tribunais façam previsões complementares. E assim potencialize o princípio do contraditório.

REFERÊNCIAS

BERT, Peter. Class Action in Germany: KapMuG Extended Until 2020 – Modest Change of Scope. Disponível em: <<http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/07/class-actions-in-germany-kapmug-extended-until-2020-modest-change-of-scope/>> Acesso em 04/11/2019

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília:

Senado Federal Presidência, 2010. 381 pp. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em 03/11/2019

DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo. Revista da SJRJ. v. 18. n. 32. p. 93. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/285-1139-3-pb.pdf>>. Acesso em 25/09/2019.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim, Manual de Direito Processual Civil. 11 ed Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

THE LACK OF CONTRADICTORY IN THE BRAZILIAN *MUSTERVERFAHREN*

ABSTRACT

Since the presentation of the new Code of Civil Procedure, the institute called the Repetitive Demand Resolution Incident has been questioned by its claim that there is no real and participatory contradiction - which corresponds to the modern conception of this constitutional guarantee. In this sense, this article bringing to the debate this bias of the institute's analysis

will present the way in which the mechanism is applied in Germany with *Musterverfahren*, which is the inspiration for the provisions of the new code and the differences between the two. predictions. For that, we used a theoretical research of exploratory and documentary nature, performed from the hypothetical deductive method, through bibliographic research. Regarding the verification of the extent of the influence of the *Musterverfahren* on the extent of the contradictory in the Incident, it was assumed that a real inspiration in the German institute would make such a principle fully found, but the influence on German law did not result. in its manifestation in the participatory aspect.

Keywords: Repetitive Demand Resolution Incident. *Musterverfahren*. Code of Civil Procedure.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA SUCESSÃO EMPRESARIAL: A (IM)POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DAS MULTAS PUNITIVAS PARA OS SUCESSORES

Breno Fabrício da Silva Santos¹
Valéria Crystiny Fernandes Costa²

Karoline Lins Câmara Marinho de Souza³

RESUMO

O presente trabalho busca debruçar-se acerca da possibilidade da transferência de responsabilidade tributária por sucessão empresarial no que tange especificamente às multas punitivas. Em que pese nos dias de hoje haja um entendimento jurisprudencial firmado referente à transmissão de responsabilidade ao sucessor de todas as multas, sejam elas moratórias ou punitivas, nos termos da Súmula 554/STJ, o estudo busca atizar a reflexão acerca da possibilidade de transferência das multas

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

E-mail: santosbrenof@gmail.com

² Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

³ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Especialista em Direito Constitucional (UFRN), Mestre em Direito Constitucional Tributário (UFRN) e Doutora em Direito Tributário (UFPE). Professora adjunta do curso de Direito da UFRN.

E-mail: karolmarinho@yahoo.com.br

de natureza punitiva, através de uma análise do Código Tributário Nacional, de doutrina especializada e da própria jurisprudência. A conclusão foi pela impossibilidade da transferência da responsabilidade das multas supracitadas para os sucessores empresariais por se tratarem de multas de natureza pessoal, ou seja, possuírem um condão intrínseco ao agente causador da multa, e não poderiam, portanto, ser exigidas do sucessor empresarial devido a este não ter participado da conduta passível de penalização, esgotando o seu caráter principal: o de coibir ilícitos tributários.

Palavras-chave: Sucessão empresarial. Responsabilidade tributária. Transferência. Multa punitiva.

1. INTRODUÇÃO

Compreender a impossibilidade de transferência das multas punitivas na sucessão empresarial requer uma análise profunda sobre como surge a responsabilidade tributária e qual é a origem das multas punitivas. Ademais, é essencial analisar como vem sendo tratado esse assunto pelos tribunais e pela doutrina.

A responsabilidade tributária permite que o fisco cobre a prestação da obrigação tributária a pessoa específica. A responsabilidade pode ser atribuída a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação, seja por substituição ou por transferência. Quando se trata de substituição por transferência, ela pode ocorrer no caso de sucessão. Assim, nesse último caso, a responsabilização pode ocorrer nas hipóteses de sucessão imobiliária, sucessão *inter vivos* de bens móveis e *causa mortis*

de quaisquer bens, sucessão comercial, sucessão decorrente de fusão, incorporação, transformação ou cisão.

Especificamente acerca da responsabilidade na sucessão empresarial, o Código Tributário Nacional afirma que o sucessor responde pelos tributos devidos até a data do ato que concretiza a sucessão, de acordo com o seu artigo 132. Entretanto, no que tange às multas, o CTN não deixa claro qual a responsabilidade dos sucessores, tendo em vista que o referido artigo fala de tributo e não de obrigação tributária. No entanto, o Superior Tribunal Justiça (STJ) vem entendendo que a responsabilidade tributária dos sucessores engloba todas as multas impostas ao sucedido, independentemente de sua natureza, até o momento em que ocorreu a sucessão.

Nesse diapasão, esta pesquisa se mostra como fonte de elucidação e transformação de posicionamentos quanto à transferência de multas punitivas para pessoas alheias à situação que ocasionou a obrigação tributária, por demonstrar que é impossível a mudança do sujeito passivo na situação em apreço.

2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A responsabilidade tributária está prevista no art. 128 do CTN², determinando que o fisco pode cobrar de determinado indivíduo, seja contribuinte ou não, a prestação da obrigação tributária, desde que tenha algum vínculo com o fato gerador da obrigação. A atribuição

2 Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

dessa responsabilidade pode excluir a responsabilidade do responsável originário ou apenas ser suplementar a ela.

A responsabilidade tributária se divide em duas espécies: responsabilidade por substituição e responsabilidade por transferência. Independente da espécie de responsabilidade, é necessário que exista um vínculo indireto entre o fato gerador e o responsável.

2.1 Sujeição passiva indireta

Como mencionado acima, a responsabilidade tributária pode ser atribuída a um terceiro que não participou do fato gerador da obrigação tributária. O art. 128 do CTN cria uma responsabilidade indireta e que possui algumas divisões, como veremos a seguir.

2.1.1 Responsabilidade por substituição

A responsabilidade por substituição ocorre quando o terceiro integra o polo passivo desde o surgimento da obrigação tributária. Nesse caso, o contribuinte pode continuar integrando ou não o polo passivo, a depender da situação.

2.1.2 Responsabilidade por transferência

A responsabilidade por transferência ocorre quando um terceiro alheio à relação que gerou a obrigação tributária é trazido ao polo passivo por causa de um fato posterior ao surgimento da obrigação tributária. Ou seja, o terceiro passa a integrar o polo passivo sempre após a ocorrência do fato gerador e do surgimento da obrigação tributária, por decorrência de um fato que implica responsabilidade tributária.

2.1.2.1 Responsabilidade de terceiros

De acordo com o art. 134 do CTN³, terceiros elencados no artigo - como pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores, e os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas - respondem solidariamente com o contribuinte quando for impossível de exigir o cumprimento da obrigação tributária por este e os terceiros tiverem intervindo ou tiverem sido responsáveis pela omissão que gerou a obrigação.

Vale enfatizar que só se pode impor tal responsabilidade quando for impossível obter o cumprimento da obrigação pelo contribuinte e os terceiros tiverem intervindo ou forem responsáveis pelas omissões que geraram a obrigação, constituindo-se, assim, como uma relação subsidiária e não solidária, como exposto de forma inadequada no mencionado artigo.

2.1.2.2 Responsabilidade por infração

A responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável, salvo disposição em contrário, com base no art. 136 do CTN⁴. No entanto, não é objetiva, pois a lei pode exigir

3 Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

4 Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações

a presença de dolo ou culpa. Ademais, o que se enxerga é uma culpa presumida, como ensina Hugo de Brito Machado Segundo (2018, p. 173):

Na responsabilidade objetiva não se pode questionar a respeito da intenção do agente. Já na responsabilidade por culpa presumida tem-se que a responsabilidade independe da intenção apenas no sentido de que não há necessidade de se demonstrar a presença de dolo ou de culpa, mas o interessado pode excluir a responsabilidade fazendo prova de que, além de não ter a intenção de infringir a norma, teve a intenção de obedecer a ela, o que não lhe foi possível fazer por causas superiores à sua vontade.

Assim, não se pode falar em uma responsabilidade objetiva. Ademais, em muitos casos, é necessário comprovar o elemento subjetivo para sujeitar o agente à sanção correspondente à infração, eliminando o suposto critério objetivo.

2.1.2.3 Responsabilidade por sucessão

A responsabilidade por sucessão é aquela em que um terceiro ocupa o lugar do contribuinte por ter a propriedade dos bens sobre os quais incidem/incidiram a tributação, sendo tratada entre os arts. 129 e 133 do CTN⁵. Pode haver a responsabilidade tributária por sucessão

da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

5 Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;

II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

I – em processo de falência;

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

quando houver sucessão imobiliária, sucessão *inter vivos* de bens móveis e *causa mortis* de quaisquer bens, sucessão comercial, sucessão decorrente de fusão, incorporação, transformação ou cisão, como exposto inicialmente.

O sucessor é responsável pelas obrigações passadas até o ato sucessório, salvo se prova de sua quitação. Além disso, este pode acordar contratualmente a restituição do valor pago referentes às obrigações tributárias passadas.

2.2 Responsabilidade por sucessão empresarial

A responsabilidade tributária por sucessão empresarial ocorre nos casos de fusão, transformação ou incorporação, devendo preencher alguns requisitos para que ocorra a transferência da responsabilidade.

Não basta a ocorrência da fusão ou a incorporação para haver a transferência da responsabilidade, é necessário que haja continuidade das atividades exercidas pela sociedade, mas não necessita que seja com o nome ou razão social.

A responsabilidade engloba todo o crédito tributário, ou seja, responde pelos tributos e pelas penalidades pecuniárias, conforme vem entendendo o STJ. Isso se dá porque, segundo o STJ, os arts. 132 e 133

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for:

I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou

III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.

impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos tributos, quando pelas multas decorrentes, sejam de caráter moratório ou punitivo. No entanto, o entendimento do STJ pode acabar transgredindo princípios esculpidos na Constituição Federal, na medida em que consigna a responsabilidade do sucessor também pelas multas cuja função é punir a conduta voluntária praticada pelo sucedido ao não adimplir com suas obrigações tributárias, como veremos a seguir.

3. AS MULTAS TRIBUTÁRIAS NA RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO EMPRESARIAL

Passada a análise conceitual da responsabilidade tributária, é possível adentrar finalmente no objetivo principal do presente estudo: a possibilidade ou não da transmissão das multas tributárias na responsabilidade por sucessão empresarial.

Como dito anteriormente, o Código Tributário Nacional convencionou a responsabilidade tributária dos sucessores nos artigos 129 ao 133, atentando-se especificamente à sucessão empresarial nos artigos 132 e 133. Acontece que, diante da interpretação literal de tais dispositivos, em conjugação com os demais que versam acerca da responsabilidade *strictu sensu*, surgiu na doutrina uma divergência acerca da inclusão das multas tributárias na sucessão de pessoas jurídicas.

A jurisprudência pátria – em especial o Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do REsp 923.012/MG, um dos julgados que deram origem à Súmula 554⁶ do referido Tribunal – já firmou entendimento admitindo que a responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias

6 Súmula 554/STJ - Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão.

ou punitivas, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão, exatamente por representarem dívida de valor e acompanharem o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor.

Entretanto, ao se observar o Código Tributário Nacional nos arts. 128 a 135 – que tratam da responsabilidade –, verifica-se o tratamento diferenciado acerca da sua extensão, quando são utilizados termos diferentes para cada hipótese. Nos arts. 128, 129, 130 e 135, é utilizada a expressão “crédito tributário”; nos arts. 131, 132, 133 e em parte do 134, a palavra “tributo”; e no art. 134, a expressão “penalidades de caráter moratório”.

Ora, a utilização de diferentes termos na redação do dispositivo legal guarda relação justamente com os conceitos esculpidos no próprio Código, sendo “tributo” o previsto no art. 3^o (excluindo, portanto, as multas, pois tributo não constitui sanção por ato ilícito) e “crédito tributário” o disposto no art. 139⁸ (que, possuindo natureza de obrigação principal, engloba o pagamento do tributo e de penalidade pecuniária, conforme art. 113, §1^o). Assim, como bem afirmado por Schoueri (2018), uma vez que a responsabilidade é matéria que decorre expressamente de lei, conforme art. 121, parágrafo único, I, do CTN¹⁰, entende-se como

7 Art. 3^o Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

8 Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

9 Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1^o A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

10 Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

correto o raciocínio do legislador complementar ao diferenciar os dois institutos, não podendo entender como “crédito tributário” o que está como “tributo”, especialmente pela utilização reiterada da primeira expressão ao longo do texto normativo.

Assim, pode-se facilmente depreender da leitura do art. 132 do CTN, que versa acerca da responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado sucessora – ou seja, resultante de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra –, que ela é responsável pelos “tributos devidos” até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas, não havendo que se falar, portanto, em responsabilidade perante as multas tributárias impostas a estas últimas.

Contudo, a interpretação literal do art. 132 do CTN não se mostra totalmente adequada, pois autorizar que a empresa sucessora não deva responder por toda e qualquer multa seria extinguir o dever de pagamento e a responsabilidade por infrações cometidas. Isso também é sustentado pela própria legislação privada aplicável a esses procedimentos, que preconiza que a sucessão engloba também direitos e obrigações, o que inclui as penalidades pecuniárias.

De toda sorte, tampouco se mostra correto o pagamento de toda e qualquer espécie de multa, em especial as de caráter punitivo. É o que se pretende discutir adiante.

3.1 A possibilidade de transferência das multas moratórias e a impossibilidade de inclusão das multas punitivas

Como dito, a jurisprudência atualmente possui um entendimento de que há a transferência de responsabilidade acerca de todas as multas – quando lançadas antes do ato sucessório –, sejam elas moratórias ou punitivas, justamente por integrarem o passivo da sociedade incorporada, e, portanto, assumido pela sucessora.

Entretanto, a fim de se chegar no cerne deste estudo, faz-se necessária a conceituação da natureza de ambas as multas.

A multa moratória é a sanção imposta pelo atraso no cumprimento da obrigação tributária, ou seja, a punição pelo pagamento intempestivo do tributo. Esta, ao contrário da multa punitiva (que se explicará alhures), não é imposta em razão de um ato praticado no intuito de lesar o Estado, mas tão somente surge automaticamente com a mora em não adimplir com a obrigação tributária, e, portanto, deve integrar o patrimônio da empresa sucedida. Em outras palavras, pode-se dizer que essa espécie de multa, por ser intrínseca ao não pagamento de tributo no prazo correto, já se constitui em passivo transparente e, portanto, a pessoa jurídica sucessora, no ato da incorporação, fusão, cisão ou transformação, já tem ciência da sua existência. Assim, é de se concluir que a sua não exigência se constituiria em uma verdadeira anistia concedida pelo Estado.

Já a multa punitiva, também conhecida por “multa por infração” ou “de ofício”, é aquela que visa punir uma conduta ilícita do contribuinte que acabou por gerar um ato lesivo ao Estado, a exemplo das que são exigidas em face de sonegação, descumprimento de deveres instrumentais etc. Tem-se, portanto, que se trata de uma penalidade pecuniária consequente da regra-matriz sancionatória de ato ilícito, possuindo um caráter disciplinador quanto à prática daquela conduta.

Sobre essa função da multa, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 602.686/PE¹¹, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, delimitou expressamente esse papel:

Assim, a multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação

11 EMENTA: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MULTA PUNITIVA. 75% DO VALOR DO TRIBUTO. CARÁTER PEDAGÓGICO. EFEITO CONFISCATÓRIO NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. Trata-se da sanção prevista para coibir a prática de ilícitos

tributária prevista na legislação pertinente. Nesse caso, a sanção tende a ser aplicada em conjunto com o lançamento de ofício, considerando que inidoneidade das declarações do contribuinte dão ensejo a supressão indevida do tributo. É a sanção prevista para coibir a prática de ilícitos tributários. (STF, 2014, on-line)

Corroborando com esse entendimento, Schoueri (2008, p. 565) destaca de forma cristalina:

Diverso é o caso das multas punitivas. Não há pretensão do Estado pela infração, apenas. O Estado Fiscal não vive de multas punitivas, mas de tributos. A multa punitiva não tem a função de encher as burras do Estado, mas de coagir o sujeito passivo. Daí a ideia de que não há sentido em impor a terceiro multa por fato que não lhe pode ser imputado. Nada há a puni-lo. Não há pretensão do Fisco contra tal terceiro. Nesse sentido, a multa punitiva seria “aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente”, tratando-se de “sanção prevista para coibir a prática de ilícitos tributários” que confere, ademais, “especial relevo ao caráter pedagógico da sanção”.

Portanto, há de se entender, em consonância com os entendimentos acima transcritos, que admitir a transmissão de responsabilidade à empresa sucessora no que tange às multas punitivas

tributários. Nessas circunstâncias, conferindo especial relevo ao caráter pedagógico da sanção, que visa desestimular a burla à atuação da Administração tributária, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos. Nesses casos, a Corte vem adotando como limite o valor devido pela obrigação principal. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - RE: 602.686/PE, Relator: Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, Data de Julgamento: 09/12/2014)

impostas à empresa sucedida retrata uma evidente violação ao princípio da personalidade das infrações previsto em nossa Constituição Federal – aplicável também às sanções de natureza administrativa (CF/88, art. 5º, XLV), uma vez que ultrapassam a pessoa do infrator, *in casu*, as pessoas jurídicas fusionadas, incorporadas ou transformadas.

Exatamente pelo fato de que a função das multas punitivas é a de penalizar pecuniariamente uma conduta voluntária ao descumprimento de obrigação tributária, visando coibir a prática de ilícitos tributários, não pode tal penalização, em hipótese alguma, atingir o sucessor, notadamente pelo fato de que não foi ele que praticou a conduta ilícita passível de multa.

Como bem preconizou o nobre hermeneuta e tributarista Humberto Ávila (2011), não seria coerente com as normas aplicáveis transferir qualquer responsabilidade por multa de ofício diante da ausência de participação da sucessora nas ilegalidades consumadas previamente ao ato de incorporação. Isso seria, portanto, imputar à pessoa jurídica sucessora uma responsabilidade relativa a ato praticado indevidamente por outrem, o que, como já delineado ao longo deste estudo, mostra-se completamente descabido.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que apesar do entendimento jurisprudencial cada vez mais sólido a respeito deste tema, especialmente com a edição da Súmula 554/STJ, é de se notar a necessidade de se ampliar o debate acerca da transferência de responsabilidade tributária no que tange especificamente às multas punitivas, sob pena de desvirtuar a sua real função e caracterizar uma verdadeira transgressão do *jus puniendi* estatal, dada a ultrapassagem da pessoa do infrator quando da transferência de responsabilidade da multa.

É necessário por parte dos tribunais, sobretudo, uma interpretação mais abrangente dos dispositivos legais do Código

Tributário Nacional alinhada a uma aplicação principiológica dos postulados que delimitam o caráter punitivo da multa, a fim de não subverter outros que regem o sistema tributário nacional.

Estado e contribuinte caminham juntos, e o primeiro jamais poderá ser inimigo do segundo. Respeitar as liberdades individuais é mais um passo que deverá ser dado. A caminhada continua.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Antônio Machado Guedes. **Responsabilidade tributária na sucessão empresarial**. [S. l.], 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56627/responsabilidade-tributaria-na-sucessao-empresarial/1>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

ÁVILA, Humberto. Responsabilidade por Sucessão Empresarial. Responsabilidade da empresa sucessora por penalidades decorrentes de faltas cometidas pela empresa sucedida. Exame da abrangência do art. 132 do Código Tributário Nacional. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 187, p. 119-131, abr. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 76/2013, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 40.ed. com índice. Brasília: Centro de Documentação e Informação (CEDI), 2013. 464 p. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 26 jun. 2019.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário

aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 25 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 26 jun. 2019.

CORDEIRO, Gustavo Fernandes. A responsabilidade tributária por sucessão empresarial e as consequências da edição da Súmula 554 do Superior Tribunal de Justiça. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17524&revista_caderno=26>. Acesso em: 25 jun. 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MARÇAL, Daniela Beretta. **Multas punitivas em caso de sucessão empresarial**. [S. l.], 30 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/multas-punitivas-em-caso-de-sucessao-empresarial-30032017>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Diogo Afonso Rodrigues da. **Multas tributárias na sucessão de pessoas jurídicas**. [S. l.], 10 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/multas-tributarias-na-sucessao-de-pessoas-juridicas-10022017>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

TAX LIABILITY BY CORPORATE SUCCESSION: THE (IM) POSSIBILITY OF THE TRANSFERRING OF PUNITIVE FINES TO THE SUCCESSORS

ABSTRACT

The present work aims to focus on the possibility of transferring tax liability by corporate succession specifically regarding to punitive fines. In spite of the present day's established jurisprudential understanding regarding the transmission of responsibility to the successor of all fines, whether they are moratoriums or punitive, the study seeks to stimulate reflection on the possibility of transfer of fines of a punitive nature, through an analysis of the National Tax Code, of specialized doctrine and of jurisprudence itself. The conclusion was that it was impossible to transfer the liability of the aforementioned fines to the corporate successors because they were personal fines, that is, having an intrinsic connotation to the agent causing the fine, and they could not therefore be required of the successor because he did not participate in the conduct liable to be penalized, exhausting its principal character: that of curbing tax offences.

Keywords: Corporate succession. Tax liability. Transference. Punitive fines.



O EXPANSIONISMO PUNITIVO E O (DES)CONTROLE DA SOCIEDADE DE CONSUMO: INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO CRIME DE ROUBO

Betina Heike Krause Saraiva¹

RESUMO

O presente artigo trata da valorização do ter e do consumo na sociedade contemporânea, cujos reflexos se dão na legislação penal. A busca pela ostentação, pelo poder e pela riqueza são molas propulsoras para uma maior visibilidade e aceitação social. Por isso, a sociedade hedonista e presenteísta, ou seja, que não posterga o prazer do consumo, está diante do crescimento dos crimes contra a ordem patrimonial. A motivação delitativa, apontada como o lucro fácil, revela uma das possibilidades de pertencimento e elevação de *status* ante a necessidade de autoafirmação. Diante disso, o legislador, em 2018, entendeu por bem inovar quanto ao crime de roubo, com maior rigor em termos de aumento de pena máxima quando da violência proveniente da prática do delito resultar lesão corporal de natureza grave, e prevendo majorante especificamente quando

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), especialista em Ciências Penais (PUC-RS), Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS) e Doutora em Direito (PUC-RS).

do emprego de arma de fogo, acarretando, supostamente, no denominado expansionismo punitivo, considerando-se que o uso da arma de fogo fomenta a vulnerabilidade da vítima. Entretanto, o aparente expansionismo penal afasta o uso da arma branca, nas causas de aumento da sanção penal, em 2018.

Palavras-chave: Sociedade de consumo. Crimes patrimoniais. Punibilidade. Roubo.

“[...] a felicidade constitui referência absoluta da sociedade de consumo, revelando-se como o equivalente autêntico da salvação”.

BAUDRILLARD

1. INTRODUÇÃO

Ser feliz parece ser uma busca incessante do ser humano. A felicidade está aliada ao prazer e ao bem-estar e, nos dias atuais, parece ser uma “obrigação”. Ainda não foram descobertas fórmulas para se encontrar a felicidade, que dependeria de cada sujeito, de acordo com suas expectativas, vivências, gostos e personalidade. Enfim, não é algo tão fácil de ser atingido, visto que o ser humano é insatisfeito e, muitas vezes, condiciona sua felicidade ao que ainda não conseguiu obter.

Por isso, muitas vezes, é possível que essa sensação seja encontrada fora do indivíduo, através de uma procura que resulte em algo que dependa de escolhas pessoais como consumir. Ter e descartar. Produzir necessidades, amealhar patrimônio.

O problema dessa conjectura reside no fato de que os bens são limitados e têm um preço, enquanto que os desejos são ilimitados e o

poder de compra não é infinito. Para muitos, ele inexistente, além do básico para a sobrevivência.

Os vazios existenciais tentam ser supridos pelo consumo. O uso indiscriminado da tecnologia acaba afastando as pessoas que veem nas coisas formas de satisfação pessoal, ainda que muito momentaneamente.

Por isso, verifica-se que, como o Direito é um produto cultural e reflexo de um contexto histórico e social, a resposta encontrada pelo ordenamento para essa questão do consumo resultou em inovações legislativas e no endurecimento das penas a determinados agentes.

O criminoso, inserido no contexto social, vê-se diante dos apelos do consumo, da indiferença ante a vítima e o desejo de possuir, sem se esforçar para isso, inclusive, utilizando-se de violência. No crime de roubo, a vítima está mais vulnerável em virtude do *modus operandi* com o qual o delito é praticado. Relativamente a isso, em 2018, o Código Penal apresentou nova redação, objeto de exposição do presente texto.

Para tanto, faz-se necessária uma contextualização acerca da inserção do criminoso na sociedade de consumo e quais os reflexos que a busca (desenfreada) pelo ter acarretam no comportamento delinquente e na forma encontrada pelo agente para conseguir o que quer: a posse mansa e tranquila da *res furtiva*, mesmo gerando desprazer, sofrimento ou até a morte da vítima.

2. O (DES) CONTROLE DA SOCIEDADE DE CONSUMO

Comprar parece ser um verbo atrelado a algo que gera satisfação. O consumismo desperta uma sensação de prosperidade: quem compra, quem tem e ostenta, guarda, além de orgulho pessoal, um sentimento de felicidade (momentâneo), ao mesmo tempo em que, dependendo da situação financeira do consumidor, pode ainda aumentar suas dívidas: do prazer, tem-se a angústia.

Muitas vezes, o prazer do consumo pode acarretar a culpa gerada por se comprar algo sem necessidade. O supérfluo, ou o descartar,

faz parte das sociedades que valorizam a aparência e o preenchimento dos vazios existenciais com o acúmulo de bens materiais.

A tecnologia vem para o avanço da humanidade em termos científicos. Também pode custar caro, dependendo do *status* que provoca e do material utilizado. Contudo, o problema não é a tecnologia: é o (mau) uso que se faz dela. Em que pese os defensores do virtual admitirem suas vantagens, uma questão que não merece ser ignorada é o distanciamento humano que produz: o virtual não gera compromisso, mas, como dito, pode ser oneroso. Um aparelho celular ou um computador variam de preço de acordo com o luxo que ostentam.

Para que os bens sejam adquiridos, é necessário suporte financeiro, ou seja, o prazer e a satisfação custam dinheiro. Não são todas as pessoas que se interessam em trabalhar para a aquisição do que desejam e um incontável número de indivíduos trabalha e não consegue, com seus proventos, comprar o que quer.

Sob esse ponto de vista, a sociedade do consumo pode ser também denominada de sociedade da frustração, para os que querem e não podem. A partir disso, podem surgir sentimentos de inadequação, injustiça e inveja, diante das pessoas que querem e conseguem comprar os seus objetos de interesse.

As sociedades produzem desigualdades, pois as pessoas são diferentes. Diversas áreas se debruçam sobre essas questões, como a Sociologia, a Psicologia e a Antropologia, para a significação do que representam os interesses e os graus de satisfação obtidos nas diferentes estruturas sociais. Cada pessoa tem uma visão de mundo e interesses diversos e particulares que, nem sempre, correspondem ao que o meio espera, como, por exemplo, adquirir por meio do trabalho.

Assim:

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua, as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável [...]

a característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias [...] (BAUMAN, 2007, p. 20, grifos do autor).

Pessoas são percebidas como produtos, coisificam-se na sociedade do ter, do prazer em acumular. Além dessas áreas do saber supramencionadas, o Direito não poderia deixar de também contribuir no sentido de normatizar comportamentos. O Direito Civil tem uma tradição patrimonialista, vide o Direito das Coisas, os Direitos Reais e as questões sucessórias.

Na área penal, o Direito foi chamado para tipificar condutas, envolvendo violência ou não, contra a pessoa, mediante a obtenção do lucro, com a conseqüente sensação de poder pela subtração de um bem de terceiro. Pode-se pensar, inclusive, na coisificação do ser humano que acaba “valendo menos” que o bem de sua propriedade, em especial, quando do crime resulta morte.

A mercadoria é uma coisa, uma criação do ser humano para servi-lo, isto é, satisfazê-lo em suas necessidades ou no luxo (no superficial), não invalidando a utilidade da *res* em questão.

Nesse sentido:

A exposição dos indivíduos aos caprichos dos mercados de mão-de-obra e de mercadorias inspira e promove a divisão e não a unidade (...) a “sociedade” é cada vez mais vista e tratada como uma “rede” em vez de uma “estrutura” (para não falar em “totalidade sólida”): ela é percebida como uma matriz de conexões e desconexões aleatórias e de um volume essencialmente infinito de permutações possíveis (BAUMAN, 2007, p. 9, grifos do autor)

O que chama a atenção, na sociedade contemporânea, é a liquidez das relações entre as pessoas e a supervalorização nas relações de

consumo, como meio de gratificação, provocando um distanciamento na convivência humana e na substituição do olhar do outro pelo comprar, como uma forma de “preenchimento” de vazio existencial.

Ao passo que, analisando a questão em tela, mediante uma valorização da superficialidade, pode-se dissertar que:

Na civilização de nossos dias é normal e quase obrigatório a culinária e a moda ocuparem boa parte das seções dedicadas à cultura, e os “chefs” e “estilistas” terem o protagonismo que antes tinham cientistas, compositores e filósofos [...] o vazio deixado pelo desaparecimento da crítica possibilitou que, insensivelmente, a publicidade o preenchesse e se transformasse atualmente não só em parte constitutiva da vida cultural, como também em seu vetor determinante (VARGAS LLOSA, 2013, p. 33, grifos do autor).

Na sociedade atual, o materialismo tem recebido destaque. O fato de possuir, mesmo que o bem não seja próprio, atribui uma rotulação social positiva, com o emprego dos termos “abastado”, “privilegiado”, garantindo tratamento diferenciado em diversos círculos sociais. Por isso, muitas pessoas que se veem endividadas não admitem, aos olhos dos demais, que estejam passando por dificuldades financeiras, inclusive, tendo como “cúmplices” as redes sociais, que lhes conferem ainda mais destaque (e inveja).

Para tanto, volta-se ao autor supramencionado quando assim sustenta:

No entanto, é verdade que esse sistema de economia livre acentua as diferenças econômicas e aumenta o materialismo, o apetite consumista, a posse de riquezas e as atitudes agressivas, beligerantes e egoístas, que, se não encontrarem nenhum freio poderão chegar a provocar

transtornos profundos e traumáticos na sociedade (VARGAS LLOSA, 2013, p. 163).

O expansionismo punitivo remonta a uma analogia ao *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, e uma das questões interessantes é a relação entre o(s) mercado(s) e a efetivação desse bem-estar proposto, considerando o desejo ilimitado de possuir, a limitação dos recursos financeiros para tanto e a forma de obtenção desses bens. Como aduz Christopher Pierson, “o *Welfare State* é certamente paradoxal” (PIERSON, 1991, p. 221).

O vazio pode levar à perda da crítica, com a supervalorização do efêmero; logo, a empatia se esvai, se alguma vez existiu. E, sob esse prisma, urge uma breve análise acerca do crime de roubo, que está intimamente relacionado à obtenção de uma coisa que não é sua, em nome da ostentação e do poder, ainda que às custas dos bens de terceiros, com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

3. INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO CRIME DE ROUBO EM 2018 E O EXPANSIONISMO PUNITIVO: UMA BREVE REFLEXÃO

O legislador penal, em 2018 (Lei nº 13.654), atento aos crimes patrimoniais que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa e considerando o materialismo social, entendeu por bem endurecer a majorante do crime de roubo. Se, por um lado, está em consonância aos movimentos de tolerância zero e de endurecimento da intervenção penal, aparentemente invoca-se o denominado “expansionismo punitivo”, uma vez que foi acrescido o § 2º - A, no art. 157, CP.

Sabe-se que a sociedade se sente mais protegida ou “melhor assistida” com apenamentos e execuções penais aplicados de forma severa. Mesmo que a função do Direito Penal seja a de *ultima ratio*, parece que o Estado aumenta sua legitimidade nas formas de intervenção mais

invasivas, nos bens jurídicos dos criminosos, como é o caso da privação da liberdade.

O crime de roubo (art. 157, CP) sofreu alterações, relativamente à revogação do inciso I, do § 2º, sendo suprimida, afastada a majorante do emprego de arma (a pena aumentava-se de 1/3 até a metade, pela antiga redação desse dispositivo), inovando na inclusão do inciso VI, do § 2º (se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego).

Seguem as inovações, no § 2º - A, relativamente ao aumento de pena de 2/3, se a violência ou a ameaça é exercida com emprego de arma de fogo (I), se há destruição ou rompimento de obstáculo, mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (II).

Para finalizar, o § 3º traz a seguinte redação:

Art. 157, CP: Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: [...] § 3º - se da violência resulta: I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa (BRASIL, 1940).

Note-se que a pena do latrocínio (art. 157, § 3º, II) é maior que a do homicídio qualificado e do feminicídio, por exemplo, que são crimes dolosos contra a vida e que são submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri e cuja pena manteve-se como era disposta antes do advento da lei em 2018.

Nesse crime, o fim não é a subtração da vida, mas o patrimônio e, para alcançá-lo, o agente mata a vítima. Cumpre salientar que “numa sociedade produtora de mercadorias, essa organização social engendra a

‘coisificação das pessoas’ [...] e a personificação das coisas” (SANTOS, 2001, p. 286, grifo meu).

Voltando-se ao § 3º, salienta-se que antes da alteração legal em 2018, o apenamento para a lesão corporal grave era de 07 (sete) a 15 anos (sem prejuízo da multa). A lesão corporal grave e o latrocínio (morte como resultado) contam com dois incisos separados, no mesmo parágrafo.

O aumento da pena, no caso de lesão corporal grave e da majorante no emprego de arma de fogo, implica uma “sensação de controle” da criminalidade, em especial, patrimonial, cujos reflexos expõem mais o cidadão / sujeito / vítima, tanto pelo elemento surpresa, quanto por sua maior vulnerabilidade ante o imprevisto ou o princípio da confiança, que regem as relações sociais e que constam também na dogmática penal.

Nesse sentido:

O mundo cheio de possibilidades é como uma mesa de bufê com tantos pratos deliciosos que nem o mais dedicado comensal poderia esperar provar de todos. Os comensais são *consumidores*, e a mais custosa e irritante das tarefas que se pode pôr diante de um consumidor é a necessidade de estabelecer prioridades: a necessidade de dispensar algumas opções inexploradas e abandoná-las. A infelicidade dos consumidores deriva do excesso e não da falta de escolha (BAUMAN, 2001, p. 82).

O Estado, através do Direito Penal, busca reprimir a criminalidade mediante a imposição de penas que busquem dar uma resposta ao agente que decidiu pelo delito, ao mesmo tempo em que existem teorias (relativas) que apostam no efeito intimidatório das

sanções penais. A pergunta que persiste é a seguinte: com a majorante do § 2º - A, os agentes praticarão menos roubos com arma de fogo?

Warat (1996, p. 97) sustenta que “o Direito nos protege cada dia menos da violência e do horror” e a pergunta que surge é: espera-se que se puna mais ou se puna melhor?

A incidência do crime de roubo, com majorante de 2/3, mediante emprego de arma de fogo (considerando que o Código Penal é a Carta Magna do delinquente e que muito provavelmente o criminoso conheça a legislação penal), seria capaz de reduzir essa espécie de criminalidade? O lucro fácil ou qualquer que seja a motivação não seriam mais contundentes e predominantes ao “temor da pena”?

O roubo contempla a questão do consumo, da cobiça ou necessidade de possuir, de ter consigo algo que não é seu, tornando a vítima mais frágil no que tange à sua defesa. No momento em que o dispositivo contempla, por exemplo, a lesão corporal e a morte, como decorrência do roubo, o tipo contra o patrimônio estende-se para outros bens penalmente protegidos, ofendendo-os injustamente.

Como bem explana Bitencourt (2016, p. 100), “[...] são bens jurídicos protegidos pelo art. 157 e seus parágrafos, além do patrimônio (posse, propriedade e detenção), a liberdade individual (constrangimento ilegal), a integridade física (lesão corporal) e a vida das pessoas (morte, no latrocínio)”².

Ao mesmo tempo, critica-se a “hiperinflação” do Direito Penal, o que também é contraditório: postula-se por sua efetividade e maior intervenção.

Deste modo:

Com o tempo, entretanto, em virtude da manifesta falta de operatividade, acarreta-se ao direito penal um grave

2 Importante ressaltar Súmula 610, STF, relativamente ao latrocínio: “há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração

prejuízo, isto é, dissemina-se o descrédito na sua eficácia. Paradoxalmente, entretanto, a postulação é **por mais** direito penal (criminalização de condutas, agravamento de sanções), sem que se perceba que o problema não está na “dose do remédio”, mas, sim, nele mesmo, na sua própria inadequada administração. (BIANCHINI; ANDRADE, 2015, p. 56, grifo dos autores).

A questão que paira é se realmente a legislação em comento vem para aumentar o rigor penal no que tange ao crime de roubo com emprego de arma de fogo, considerando-se o emprego de arma branca que foi afastado do texto legal, retirando-se a abrangência da expressão “arma”. Logo, a legislação, relativamente ao emprego de “faca”, é benéfica ao réu³.

O que se impõe, neste momento, é a apreciação da sensação de impotência da vítima diante da letalidade do instrumento empregado. A arma de brinquedo não afasta a prática do roubo, contudo, o chamado “simulacro”, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, não é causa de aumento de pena, mesmo que não tenha havido perícia.⁴ A Súmula

dos bens da vítima”.

3 Nesse sentido: “com base na Lei nº 13564/2018, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a majorante pelo emprego de arma branca e reduziu a pena imposta a um condenado por tentativa de roubo. Segundo o colegiado, a nova lei que estuprou o emprego de arma branca como circunstância de aumento de pena no delito de roubo deve ser aplicada ao caso para beneficiar o réu, cujo crime foi praticado antes de sua edição” (CONJUR, 2018).

4 “Contudo, apesar desse entendimento quanto à necessidade de a arma de fogo ter capacidade de disparar munição para caracterizar aumento de pena, é comum ver sentenças penais condenatórias julgando desnecessária a realização de perícia na arma para comprovar sua potencialidade, sendo necessária, inclusive, a sua apreensão, desde que outras provas comprovem a utilização de uma arma para a prática de roubo. De modo a sanar essa controvérsia, o STJ determinou a suspensão das ações que discutem a necessidade de perícia em arma para aumento de pena em crime de roubo, e, assim, proferir uma decisão a nível nacional quanto à possibilidade de aumentar a pena do

174 do STJ foi cancelada (“no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena”), deixando bastante claro o entendimento dos Ministros relativamente à matéria.

De tal modo que o que se traz é o sentido que o legislador confere à legislação e à sua extensão, isto é, a inovação vem para manter um entendimento bastante claro no que tange ao comportamento do criminoso patrimonial, ao que parece, afastando-se assim um viés vitimológico.

Resta evidente que o legislador, assim, igualmente pacifica a compreensão seja do Ministério Público, no oferecimento de denúncias, seja na prolação das sentenças, uma vez que a expressão “arma”, antes do advento da legislação de 2018, também abrangia a faca, instrumento intimidatório, capaz de gerar, além do medo, graves danos à vítima, até mesmo a morte. Nesse caso, estar-se-ia tratando do latrocínio.

4 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho não foi o de aprofundar o tema dos crimes patrimoniais atrelado ao desejo do consumo e às inovações legislativas, mas, sim, trazer à reflexão algumas questões que permeiam essas relações: a busca incessante pelo prazer humano fora de si próprio e como o Direito tem respondido diante disso.

É necessário que se contextualize: assim como o Direito deve atender às necessidades do momento e não se distanciar da realidade, o ser humano está inserido em um *modus vivendi* no qual o *ter* é socialmente premiado, por exemplo, quanto mais se tem, melhor se é tratado. O

ter no sentido patrimonial, ou, meramente, o parecer ter no sentido de ostentar algo, são (super) valorizados.

Pessoas inteligentes ostentam sua inteligência; contudo, a visibilidade que os bens materiais apresentam parecem impactar mais que os dotes intelectuais na sociedade de consumo.

O legislador, que, em 2018, entendeu por bem inovar em termos penais, tratando especificamente do uso de arma de fogo no crime de roubo, majorando-o nos termos do art. 157, § 2º-A (incluído pela nova lei), acabou por beneficiar os réus que empregam a arma branca.⁵ De um lado, tem-se uma causa de aumento de pena (2/3) e, de outro, a taxatividade do emprego não de arma, pura e simplesmente, o que contemplaria a arma branca, como dito, mas a de fogo; logo, é mais rigorosa para uns e mais benéfica para outros agentes, dependendo do meio utilizado.

Sobre a lesão corporal, tem-se um aumento na pena máxima (antes de 15 (quinze) anos, atualmente de 18 (dezoito) anos) e se manteve o apenamento do latrocínio de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de reclusão e multa. O que tem ocorrido na aplicação da nova legislação, em termos de jurisprudência, é a obediência aos princípios constitucionais, em especial, à retroatividade da lei penal mais benéfica, antes mesmo de sua edição.

Por isso, pretendeu-se mencionar as “inovações legislativas” e não tanto o “rigor penal”, por mais que se possa refletir se realmente houve o expansionismo penal, seja para endurecer ou inovar, ou o afastamento dessa expansão punitiva para beneficiar o agente. Talvez, também, à primeira vista, pode-se refletir que a *mens legis* tenha vindo no sentido de reafirmar o Direito Penal como braço armado do

5 Cumprе salientar que o presente artigo se atеve à legislação de 2018 que dispôs sobre alterações relativamente ao texto anterior do art. 157, CP, quanto ao emprego de arma de fogo, não examinando o denominado “Pacote Anticrime”.

ordenamento jurídico e impor regras mais específicas, o que limita a interpretação dos magistrados no que tange ao crime em tela.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade do consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BIANCHINI, Alice; ANDRADE, Léo Rosa de. Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias. *In*: KHALED JR, Salah. **Sistema penal e poder punitivo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONJUR. Pena reduzida: STJ aplica nova lei e afasta majorante do roubo com uso de arma branca. **Consultor Jurídico**. Publicado em 22 de junho de 2018. Disponível em:

jun-22/stj-aplica-lei-afasta-majorante-roubo-arma-branca. Acesso em: 01 nov. 2019.

GANEM, Pedro Magalhaes. O uso de simulacro de arma de fogo no crime de roubo. **Canal Ciências Criminais**. Publicado em: 28 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/simulacro-de-arma-de-fogo/>. Acesso em: 14 nov. 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

PIERSON, Christopher. **Beyond the Welfare State?** Press University Park: Pennsylvania, 1991.

VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Por quien cantan las sirenas**. Florianópolis: UNOESC, 1996.

THE PUNITIVE EXPANSIONISM AND THE (OUT OF) CONTROL FROM CONSUMER SOCIETY: LEGISLATIVE INNOVATIONS IN THE CRIME OF THEFT

ABSTRACT

This article deals with the valuation of the having and the consumption in the contemporary society, whose reflections are found in criminal legislation. The search for ostentation, power and wealth are driving springs for greater visibility and social acceptance. Therefore, the hedonistic

and presentist society, that is, that does not delay the pleasure of consumption, faces the growth of crimes against the patrimonial order. Criminal motivation, indicated as an easy gain, reveals one of the possibilities of belonging and elevation in the face of the need for self-affirmation. In view of this, the legislator in 2018 considered it appropriate to innovate with respect to the crime of theft, with greater rigor in terms of increasing the maximum penalty, when the violence resulting from the practice of the crime results in serious bodily injury and specifically provides employment, supposedly resulting in the so-called punitive expansionism, considering that the use of the firearm fosters the victim's vulnerability. However, the apparent criminal expansionism eliminates the use of the weapon in the causes of increased criminal sanctions, in 2018.

Keywords: Consumer society. Property crimes. Punishment. Theft.

CRITÉRIOS LIMITADORES PARA UMA MAIOR RACIONALIZAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM UM ESTADO DE DIREITO

Anderson Barbosa Paz¹
Gabriel Félix Menelau²

RESUMO:

Nas últimas décadas, diante de um cenário de inefetividade da Administração Pública na concretização de direitos sociais, o Poder Judiciário tem assumido um importante papel de garanti-los nos casos concretos. De um modelo dogmático-formalista de interpretação jurídica, que entrou em crise devido a uma maior complexidade das relações sociais e à virada linguística da filosofia analítica, o discurso judicial assumiu uma força normativa que exprime juízo axiológico diante dos casos concretos. Tal mudança *neconstitucional* pode ser vista, se devidamente parametrizada, não como uma usurpação de competências, mas como uma possibilidade de aproximar a Administração Pública e o Poder Judiciário em prol de finalidades comuns. Porém, essa nova configuração entre os Poderes traz, no âmbito

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).
E-mail: andersonbarbosapaz@gmail.com

² Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

dos direitos sociais, o aumento no número de decisões judiciais favoráveis aos pleitos de direito à saúde que geram déficits orçamentários. É necessário, portanto, a adoção de critérios objetivos para a racionalização de tais decisões. Por meio de pesquisa bibliográfico-documental e uma reflexão teórico-crítica, busca-se argumentar que o princípio da *dignidade da pessoa humana*, nos contornos dados por Immanuel Kant, pode ser utilizado para fundamentar decisões que concretizem o direito à saúde pública. Contudo, a aplicação dessa norma principiológica deve respeitar limites e critérios. Nesse artigo, sugerem-se como critérios limitadores: a universalidade, a disponibilidade orçamentária e o respeito aos precedentes.

Palavras-chaves: Critérios limitadores; Decisão Judicial; Direito à Saúde; Estado de Direito.

1. INTRODUÇÃO

As decisões judiciais são um importante instrumento para a efetivação do direito à saúde. Ao decidir casos concretos, afetados pela morosidade da Administração Pública, o Judiciário dá celeridade e efetividade na solução das lides. Pressupondo que o Executivo moderno reconhece suas limitações institucionais na atribuição dos direitos sociais em um estado de bem-estar, tem-se que o discurso judicial tem fundamental papel efetivador de normas abstratas. No que toca ao direito à saúde, marcado pela urgência dos casos e dificuldade financeira de ampla gama de cidadãos, o Estado se propõe a garantir-lhes esse direito. Porém, face às limitações orçamentárias, faz-se necessário

pensar critérios limitadores que busquem compatibilizar os princípios da impessoalidade e da dignidade da pessoa humana para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o presente texto sugere como critérios limitadores: a universalidade, a disponibilidade orçamentária e o respeito aos precedentes. Esses critérios se justificam pela necessidade de uma compatibilização entre uma maior objetivação das decisões judiciais, que, mesmo usando o princípio da dignidade da pessoa humana, não o façam de modo subjetivo ou a partir de um conceito de justiça abstrato. É preciso que, em um Estado de Direito – normas abstratas, gerais e prévias –, a coletividade seja considerada de modo impessoal, a fim de, no direito à saúde, atribuir vultosa parcela do orçamento a uma minoria. Ainda assim, entendendo-se que o ser humano é um fim com dignidade intrínseca, é preciso que os juízes atuem na diminuição da inefetividade e morosidade da Administração Pública na gestão do direito à saúde. Essa difícil compatibilização em Estados democráticos que, por vezes, prometem demais sem poder concretizar, deve ser refletida e enfrentada a fim de que não se criem injustiças com base em decisões subjetivas, mitigando-se a força da doutrina do Estado de Direito.

2. A FORÇA NORMATIVA DO DISCURSO JUDICIAL

O filósofo grego Aristóteles, em seu tratado de *Retórica*, já entendia que ao juiz cabia definir questões não tratadas pelo legislador com precisão. Ainda assim, as leis deveriam ser bem elaboradas para definirem, na medida do possível, todos os casos, mitigando a ativa atuação do juiz na decisão. Ele dá algumas razões para isso, das quais se destaca a de que a “deliberação do legislador não diz respeito a casos particulares, mas se refere ao futuro e é geral”, conservando a objetividade legislativa, de modo que o juiz, imparcialmente, aplicasse a lei ao caso concreto (ARISTÓTELES, 2011, p. 40).

O modelo dogmático, bastante influente entre os séculos XVIII até metade do século XX, postulava que havia o monopólio do Estado na criação de normas jurídicas e na decisão de litígios; que o Poder Judiciário era o único competente a aplicar leis produzidas no Legislativo; e que a segurança e a certeza da ação estatal eram controláveis e previsíveis, conforme as leis (RODRIGUEZ, 2013). Com uma maior complexidade das relações sociais, o modelo dogmático entrou em crise ao não responder, com efetividade, às demandas e expectativas de justiça que tinha por objetivo satisfazer.

Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a reivindicar que o jurista tivesse um modo de raciocinar que se vinculasse a uma visão não reducionista da razão, face a um *Estado de Direito* em que as estruturas *garantistas* e a proteção dos direitos do homem mostraram-se limitadas. Tanto por omissão quanto por ação dos Estados, têm-se um quadro de desrespeito às garantias individuais. Nesse contexto, surge uma incapacidade reguladora dos ordenamentos jurídicos e uma decrescente efetividade da proteção dos direitos subjetivos. O que está em crise é o rendimento em termos de *efetividade normativa* daquilo que é prescrito pela lei, por meio dos órgãos que legislam. Nesse sentido, a abordagem dogmático-legalista da interpretação e aplicação da lei não consegue solucionar razoavelmente essa crise. Esse cenário faz com que se aumente o poder dos intérpretes e dos juízes, configurando um verdadeiro *poder normativo das cortes*, que se veem autorizadas a *reescrever os textos legislativos* selecionados (ZOLO, 2006).

Em consideração à resposta dada à crise legislativa, em sua interpretação dogmática, o Judiciário assume um papel de protagonista dentro de uma sociedade cada vez mais complexa, podendo agir ativamente na legitimação formal do Estado de Direito, assim como na justificação material ao efetivar o direito posto no caso concreto. A linguagem textual-legal dos textos legislativos é o ponto central para uma interpretação construtivista, criando normas jurídicas não expressas. Nesse sentido, a linguagem é o *veículo do pensamento*, pelo qual esse último precede à fala, à escrita. Com isso, o texto normativo disposto tem um

grande abismo até sua execução, já que perpassa por vários processos interpretativos, de modo que “interpretar é um pensar, um agir” (WITTGENSTEIN, 1975, p. 210). Assim, o legislador dá a linguagem, mas quem define a norma jurídica é o intérprete diante do caso concreto, através das possibilidades dos discursos. Sua interpretação é a ação de garantir direitos.

O juiz usa a norma como um ponto de partida (*topoi*) retórico para justificar sua decisão, sendo que o aspecto *entimemático* (implícito) discursivo constitui a decisão central a ser legitimada perante os atores sociais. O que ocorre na prática é que, no processo de julgamento, o juiz “forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-las” (ADEODATO, 2002, p. 278). Ou seja, a descrição dos fatos já se constitui em uma interpretação dos fatos, isto é, interpretam-se os fatos, enquadra-se na norma e decide-se, fundamentando com a linguagem jurídica.

Essa percepção leva a conceber que o Judiciário tem um papel preponderante e fundamental na produção de normas jurídicas a partir de suas decisões, de modo a efetivar os direitos subjetivos pleiteados nos casos concretos. Com isso, precisa-se legitimar a decisão por meio de uma argumentação que convença os atores sociais do seu respeito à imparcialidade do julgamento e ao princípio da impessoalidade, a fim de não se reduzir à mera arbitrariedade do julgador. A premissa é que, não obstante o princípio da tripartição dos Poderes, a ativa atuação do Judiciário oportuniza que o Estado de Direito preze pelos direitos individuais e sociais. Entender que o juiz é neutro e apolítico, em sociedades complexas, é tecnicamente impossível. Na verdade, tais sociedades pedem um Judiciário autônomo da política partidária e ativo na resolução de problemas que tanto outros órgãos públicos quanto outras instituições não percebem ou não podem enfrentar (SANTORO, 2005).

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL

As normas legais não são por si só capazes de direcionar a ação, de modo que é pela interpretação judicial, perante o caso concreto, que a norma jurídica é efetivada. O argumento da decisão deve persuadir a comunidade para se sustentar e se legitimar perante os atores (SANTORO, 2005). É nesse atual cenário que há demandas ao Judiciário para que este obrigue a Administração Pública a efetivar a norma abstrata ao caso concreto. Nesse quadro, tanto o Legislativo é moroso em aprovar leis que concretizem direitos fundamentais quanto o Executivo não institui as devidas políticas públicas, alegando falta de recursos para não atuar, de modo que os menos favorecidos são os mais prejudicados.

Esse cenário leva a conceber que o papel do discurso judicial é de vital importância para efetivar direitos sociais ao obrigar a Administração Pública a agir. Isso tanto contribui na assistência aos que precisam quanto legitima o poder estatal em seu dever social de proteger os cidadãos. Assim, é preciso que o Poder Judiciário e a Administração Pública sejam vistos como Poderes em cooperação entre si na promoção de justiça social. O postulado de que são poderes independentes não os impedem de terem interesses em comum, a saber, o de garantir direitos sociais. Tanto a Administração Pública quanto o Judiciário têm responsabilidades na efetivação de direitos; por isso, devem atuar em cooperação, ainda que com independência, não pensando a gestão pública de modo independente um do outro, mas, sim, em coordenação.

Essa aproximação pode ser feita por meio dos princípios constitucionais que são cláusulas abertas à interpretação e à aplicação normativa diante de um caso concreto. Dentre esses princípios, destaca-se o da *dignidade da pessoa humana* como meio legitimador da ação estatal na promoção de justiça social. Os termos e as reflexões feitas por Kant podem contribuir na qualificação dos argumentos judiciais, de modo a legitimar tanto o sistema de Estado de Direito quanto justificar a atuação ativa judicial dentro de uma Democracia. Assim, tal norma

principiológica pode ser um interessante argumento retórico justificador da argumentação judicial na efetivação de direitos sociais.

Devem os Poderes do Estado atuar de modo coordenado com o objetivo de servir aos cidadãos. Mas como se pode concordar minimamente sobre o que é o princípio da dignidade da pessoa humana? O filósofo prussiano Immanuel Kant entende que o indivíduo pode se auto-orientar, determinando suas próprias escolhas por meio de sua razão. O homem é afetado por impulsos, mas não é determinado por eles. Esse homem que se auto-orienta é livre (KANT, 2002). É papel do Estado preservar direitos e a liberdade coletiva, mesmo que necessário seja mitigar a liberdade de certo indivíduo que ameace a dos outros (KANT, 2003).

O homem “existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, e continua: “em todas as ações (...) deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim” (KANT, 2002, p. 58). Com efeito, a ação estatal deve sempre considerar que o homem não é um meio para fins utilitários, políticos, econômicos, mas, sim, um fim em si mesmo. Sua razão pessoal o qualifica como ente moral e autônomo. Desse modo, o homem, como fim em si, tem por base sua liberdade como reconhecimento da igualdade entre os seres humanos e dos direitos que daí resultam. A condição para que o homem seja um fim em si é seu valor interno, sua dignidade. Disso, segue-se que cada ente racional deve agir como se fosse um membro legislador dos fins estabelecidos. A formalidade do imperativo categórico é cristalizada ou positivada nas legislações estatais modernas, devendo ter conteúdo universalizável que considere o homem como fim (KANT, 2002).

Nesse contexto, Kant traça uma filosofia própria da dignidade da pessoa humana, em que o homem é um fim em si mesmo e não um meio. Em todas as ações, tanto as que se dirigem a outrem quanto as que são direcionadas a si, a pessoa deve ser sempre considerada como fim. Essa noção positivada em leis abstratas e universais como dignidade da pessoa humana não é, por vezes, observada. Em consideração a

isso, deve o poder Judiciário fazer com que a Administração Pública aja efetivamente na promoção de justiça social. Para tanto, em um sentido de maior aproximação entre os Poderes, pode-se, minimamente, concordar quanto ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, o homem como fim e não como meio, a fim de concretizar direitos caros aos indivíduos, especialmente, aos mais fragilizados na sociedade. Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser o ponto de partida e de chegada da ação dos Poderes do Estado, principalmente, no que toca o direito à saúde.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E CRITÉRIOS PARA DECISÕES JUDICIAIS

Nem as decisões da Administração Pública nem as decisões judiciais podem se furtar à inegável realidade da crise da saúde pública em países em desenvolvimento. O direito social assegurado à saúde tem sua efetividade em grande parte prejudicada. Facilmente se aponta a má-administração dos recursos públicos como fator primordial para isso, sendo assim também negado à população o direito fundamental à boa governança. Visível e constante é a situação de limitação da saúde pública, seja na falta de pessoal preparado, a exemplo de médicos e enfermeiros, como também na falta de estrutura dos hospitais ou na insuficiência no fornecimento de medicamentos.

Diante do cenário de atuação judicial apresentado, a tensão entre os poderes rapidamente se volta para o Poder Judiciário, que é instado a se manifestar sobre tal situação. Deve o Judiciário buscar a proteção da dignidade da pessoa humana, juntamente com os demais poderes, através da concretização de direitos, como o direito à saúde. Porém, a postura adotada pelo Judiciário nos países ocidentais e fenômenos como a judicialização da saúde têm gerado debates de grande relevância.

Uma das controvérsias se dá quanto à relação entre as decisões judiciais que buscam assegurar o direito à saúde e o direito financeiro

em seu aspecto atuarial, envolvendo problemáticas como a reserva do possível e o orçamento público. Além disso, há discussões a respeito dos limites e parâmetros das decisões judiciais que também são trazidas à tona quanto ao tema, assim como críticas feitas por autores como Caldeira (2013) e Streck (2009), dentro de uma visão pós-positivista, sobre o modo como são construídas tais decisões, sem que haja respeito à integridade e à tradição do direito, de modo que, dentro de situações análogas, como o fornecimento de um mesmo medicamento, por exemplo, são tomadas, pelo Judiciário, decisões diametralmente opostas, ora concedendo a tutela de tais direitos, ora denegando.

Diante disso, é necessário que se discutam parâmetros e critérios a serem utilizados nas decisões judiciais para uma maior integridade, coerência, assertividade e técnica, como assinala Barroso (2008), de maneira que tais decisões reflitam sobre a importância nas políticas públicas de saúde:

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

É nesse cenário que muitas questões têm sido levantadas em relação à atuação do Poder Judiciário ao tratar do direito à saúde. Uma delas é se as técnicas para decidir, utilizadas pelos juízes nos casos de requerimento de medicamentos e procedimentos, são as mais abalizadas. Neto e Schulze (2015) ressaltam que, ao observar-se a jurisprudência atual, percebe-se que têm sido levados em conta, nos casos concretos, muito mais critérios da teoria do direito do que critérios médicos e de saúde pública. Vem-se observando, portanto, que há, muitas vezes,

ausência da utilização de critérios técnicos pelos juízes e que isso pode levar a decisões contrárias ao próprio sistema de saúde e à ciência da medicina.

Outro tópico em debate é até que ponto o Poder Judiciário pode interferir nas políticas públicas adotadas pelo Executivo. As inúmeras condenações judiciais sofridas pelos entes públicos desde a década de noventa têm onerado o orçamento destes de forma bastante considerável. Assim, Neto e Schulze (2015) tecem críticas à judicialização da saúde desmedida, em que se busca o fornecimento imediato de todo e qualquer tratamento ou medicação, sem que sejam observados critérios, como a reserva do possível e a própria capacidade do sistema de saúde. Além disso, segundo os autores, algumas decisões ignoram as prioridades a serem dadas à saúde pública, definidas pelo gestor eleito, após amplo debate com toda a sociedade, nas Conferências de Saúde, por exemplo.

Por fim, outro ponto no debate a respeito da judicialização da saúde que deve ser ressaltado é o da preocupação com a possibilidade de as ações individuais buscando tal direito ganharem um caráter coletivo em nome do princípio constitucional da isonomia. Segundo Barroso (2008), a judicialização transfere para o juiz o poder de decidir políticas públicas, porém, no mais das vezes, em ações individuais. Assim, corre-se o risco de se priorizar aqueles que podem ajuizar ações em face do Estado, em detrimento dos que não têm condições de assim o fazer e que ficarão desassistidos. Neto e Schulze (2015), portanto, sugerem que, nos casos judicializados, venham a ser utilizados critérios universais nas decisões, além de que sejam perquiridas as alternativas ao tratamento já oferecidas pelo SUS e que seja observado se tal requerimento a ser concedido, a exemplo de um medicamento, poderia ser estendido a todos, em nome do princípio da igualdade.

Portanto, sugerem-se como critérios limitadores: *a universalidade, a disponibilidade orçamentária e o respeito aos precedentes*. Pela *universalidade*, é preciso que a atribuição do direito à saúde considere a coletividade, não apenas casos individuais que possam solapar a possibilidade de a Administração Pública atender o máximo de cidadãos que dispõem do

mesmo direito. Logo, o juiz só pode concretizar o direito à saúde ao indivíduo demandante se for passível de ser igualmente atribuído a todo aquele que esteja na mesma condição e necessite da mesma decisão.

Ademais, é preciso considerar a *disponibilidade orçamentária* para que as decisões judiciais não atribuam o direito à saúde sem a devida observação dos limites orçamentários que poderão levar à concentrada aplicação de recursos em um número mínimo de casos, como também à inviabilização de políticas públicas pelo Poder Executivo para o restante da coletividade. E, em *respeito aos precedentes*, é preciso que o Poder Judiciário considere se serviços e medicamentos foram atribuídos anteriormente para que possa disponibilizar outra vez em um novo caso concreto. Nesse caso, a possibilidade de atribuir um novo medicamento ou serviço deve ser avaliado pela Administração Pública que, justificadamente, deve se manifestar sobre a possibilidade ou não de inovação na concretização do direito à saúde.

Por fim, é nesse sentido argumentado que, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 657718, com repercussão geral reconhecida, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, acertadamente, que

- 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
- 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
- 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:
 - I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;
 - II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;
 - III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

- 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do pressuposto que uma abordagem apenas formal do Direito não é suficiente, o Poder Judiciário ganhou notoriedade em sua atuação na defesa e na efetivação de direitos sociais. De grande contribuição, o princípio da dignidade da pessoa humana, nos moldes kantianos, pode ser um importante argumento nessa tarefa ativa de legitimação estatal perante os agentes sociais que demandam pelo atendimento de seus direitos, especialmente, o da saúde.

Porém, tal atuação ativa do Judiciário não pode prescindir de critérios objetivos na outorga de direitos, especificamente, o da saúde, que tem forte peso sobre o orçamento estatal. Desse modo, sugeriram-se como critérios limitadores para a racionalização das decisões judiciais em matérias de atribuição do direito social à saúde: a universalidade, a disponibilidade orçamentária e o respeito aos precedentes. É nesse sentido a decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) 657718.

Assim, o discurso judicial pode ser visto como um meio de cooperação para suprimento das necessidades a serem garantidas pela gestão pública estatal. Essa é uma relação dialética, em que um poder limita e é limitado ao ter contato com as atribuições do outro. Os princípios, cláusulas abertas a serem pensadas em contextos reais e concretos, são vias de flexibilização e de relação entre os Poderes em busca de objetivos de Estado. Portanto, a dignidade da pessoa humana

pode ser vista como um objetivo comum a ser buscado por todos os Poderes em cooperação.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. *Retórica*. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+e+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 19 jul 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 657718**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em 14 de fev. de 2020.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. **O direito à saúde e sua “curiosa” efetividade em terrae brasilis: Do desafio da realização da boa governança à excessiva judicialização**. Tese de doutoramento em direito – UNISINOS. São Leopoldo. 2013.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo, SP: Editora Martin Claret, 2002.

NETO, João Pedro Gebran; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde. Análise à luz da judicialização.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?:** para uma crítica do direito (brasileiro). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTORO, Emilio. **Estado de Direito e interpretação:** por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito.** In.: Orgs.: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. – São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3-94.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** São Paulo, SP: Abril Cultural, 1975.

LIMITING CRITERIA FOR FURTHER RATIONALIZATION OF THE JUDICIAL DECISION ON THE EFFECTIVATION OF THE RIGHT TO HEALTH IN A RULE OF LAW

ABSTRACT:

In the last decades, facing a scenario of ineffectiveness of the Public Administration in the realization of social rights, the Judiciary has assumed an important role of guaranteeing them in the specific cases. From a dogmatic-formalist model of legal interpretation, which

has come into crisis due to a greater complexity of social relations and the linguistic turn of analytic philosophy, judicial discourse has assumed a normative force that expresses axiological judgment in relation to concrete cases. Such a neoconstitutional change can be seen, if properly parameterized, not as a usurpation of competences, but as a possibility of bringing the Public Administration and the Judiciary closer together for common purposes. However, this new configuration among the Powers brings, within the scope of social rights, the increase in the number of judicial decisions in favor of health generates budget deficits. Therefore, it is necessary to adopt objective criteria to rationalize such decisions. Through bibliographic-documentary research and a theoretical-critical reflection, we seek to argue that the principle of the dignity of the human person, in the contours given by Immanuel Kant, can be used to support decisions that concretize the right to public health. However, the application of this principled norm must respect limits and criteria. In this article, there are suggested as limiting criteria: universality, budget availability, and respect for precedents.

Keywords: Limiting Criteria; Judicial Decision; Right to Health; Rule of Law.

O VOTO DISTRITAL NO BRASIL: LIÇÕES QUE DEVEM SER APRENDIDAS A PARTIR DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA COM O *GERRYMANDERING*.

José Narciso de Souza Neto¹

RESUMO

As manifestações de junho de 2013 imprimiram na sociedade um consenso quanto à necessidade de reformar o sistema político brasileiro. Dentre os mais diversos aspectos, a implantação do voto distrital entrou em destaque na pauta reformista. Nesse sentido, propõe-se observar a experiência dos Estados Unidos da América com o voto distrital, onde a prática é consolidada, com enfoque no fenômeno do *gerrymandering* – a manipulação das fronteiras eleitorais para conceder vantagem indevida a um grupo político em detrimento de outro. Por meio do estudo de casos americanos e sua comparação com um brasileiro, foi possível observar o caráter antidemocrático dessa prática e suas consequências. Por fim, uma análise objetiva da redação do projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional revelou uma postura mais responsável do legislador

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

E-mail: narcisoneto@outlook.com

brasileiro quando comparada com a que foi vista nos estados americanos.

Palavras-chave: Voto distrital. Eleições americanas. *Gerrymandering*. Limites distritais. Direito Eleitoral. Reforma Política. Partidarismo.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil pós-manifestações de junho de 2013, o consenso relativo à necessidade de se alterar o *status quo* da política brasileira vem garantindo tração às mais diversas pautas que envolvem a Reforma Política, encarada, por especialistas, como uma história sem fim (FLEISCHER, 2004, p. 11). Além de pontos como o financiamento de campanha, as coligações partidárias e a igualdade de gênero na política, a discussão acerca da forma como são eleitos os parlamentares federais e estaduais entrou em destaque nessa pauta reformista.

O sistema atual – o modelo proporcional misto de lista aberta, pelo qual esses representantes são escolhidos pelo quociente eleitoral, ou seja, de acordo com a quantidade de votos que seus partidos obtiveram – vem sendo alvo de críticas pertinentes. Para David Samuels (2000, p. 2), cientista político americano especialista em política brasileira, esse mecanismo eleitoral é a fonte “da fragmentação do sistema partidário e da consequente dificuldade do presidente de conseguir o que deseja do Legislativo”², uma vez que dificulta a formação de uma coalisão sólida, principalmente na esfera federal.

2 Tradução livre de: “Brazil’s electoral system, open list proportional representation (...) is the source of party system fragmentation and of the president’s consequently reduced capacity to get what he wants from the legislature”.

Diante dessa conjuntura, dois Projetos de Lei do Senado (PLS)³ que buscam alterar a legislação eleitoral a fim de instituir o sistema de voto distrital na sua modalidade mista nas eleições proporcionais foram aprovados no plenário da casa no Congresso Nacional. A proposição, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados em regime de prioridade⁴, busca contemplar os dois modelos ao instituir uma espécie de voto duplo: um dado ao candidato de seu distrito; o outro, ao partido de sua preferência.

Sendo a novidade mais marcante trazida nessa proposta, a divisão territorial dos estados em distritos com essa finalidade eleitoral tem como exemplo prático o sistema adotado pelos Estados Unidos da América. Lá, a escolha dos parlamentares federais e estaduais por meio de eleições distritais é prática consolidada em todos os 50 estados do país. Todavia, a experiência americana com o voto distrital não é livre de vícios.

Nesse contexto, o presente trabalho busca discutir uma dessas imperfeições. A partir da conceituação do fenômeno do *gerrymandering* nos EUA, prosseguida da análise de casos americanos que refletem seu caráter antidemocrático, além da sua comparação com um caso brasileiro semelhante, discute-se a quem deve ser delegada a competência para elaborar as fronteiras desses distritos, sendo feita, enfim, uma análise da proposta de lei citada e da postura que deve ser adotada pela classe política brasileira ao introduzir no país um sistema baseado em práticas semelhantes.

3 PLS nº 86 e 345, ambas de 2017 e de autoria respectiva do senador José Serra (PSDB-SP) e do então senador Eunício Oliveira (MDB-CE).

4 Como Projeto de Lei nº 9212 de 2017, contendo a redação compilada das duas PLS aprovadas.

2. O *GERRYMANDERING*

No sistema norte-americano, a legislação federal estabelece o dever de os estados realizarem, de acordo com sua legislação local, a atualização dos mapas distritais a cada dez anos a fim de contemplar de maneira fidedigna os dados dos censos nacionais – realizados na mesma periodicidade. Apesar da autonomia política que possuem, a grande maioria dos estados americanos compartilha de um mesmo atributo: são os legisladores locais que possuem o controle primário do processo pelo qual são traçadas as fronteiras de seus próprios distritos.

É assim em 42 dos 50 entes federativos americanos⁵, que variam pontualmente em aspectos secundários – como a possibilidade de veto pelos seus governadores. Diante desse cenário, a manipulação política dos limites distritais com a finalidade de proporcionar vantagem eleitoral para determinado candidato ou partido político em detrimento de outros é uma prática controversa, porém recorrente no sistema eleitoral norte-americano. Isso pode ser constatado a partir da quantidade de casos judicializados: no ciclo de redistritamento da década iniciada em 2010, 256 ações foram ajuizadas ao redor desses 42 estados em decorrência de irregularidades na delimitação dessas zonas eleitorais⁶. Desses casos, 57 alcançaram a Suprema Corte dos EUA por alegações de violação do princípio constitucional do “um homem, um voto”⁷.

Na cultura americana, tal prática recebe o nome de *gerrymandering*. A denominação deriva da repercussão da mídia local diante do primeiro

5 De acordo com o mapa interativo desenvolvido pela equipe do professor Justin Levitt, da Loyola Law School. Disponível em: <<http://redistricting.lls.edu/who-fed10.php>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

6 LEVITT, Justin. All About redistricting: Litigation in the 2010 cycle. Disponível em: <<http://redistricting.lls.edu/cases.php>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

7 Fruto da interpretação emblemática de Earl Warren, então Chefe de Justiça da Suprema Corte dos EUA no ano de 1964, quando, diante do caso Reynolds v. Sims, o tribunal decidiu pela obrigatoriedade de os distritos eleitorais abrangerem uma

caso notório de manipulação dos limites geográficos de uma eleição com a finalidade de deturpar seus resultados, arquitetado por Elbridge Gerry, então governador do estado de Massachusetts, no início do século XIX. As manchetes da época ilustraram o caso com uma representação satírica de um dos distritos recém-criados comparando seu formato esdrúxulo com o de uma salamandra, adicionando a ela asas e garras de acordo com o contorno do distrito no mapa⁸.

Apesar de ter custado o cargo do governador nas eleições seguintes, a manipulação se mostrou bastante efetiva para o seu partido. Com ampla vitória nos novos distritos, o extinto Partido Democrata-Republicano impôs forte derrota aos Federalistas nas eleições legislativas daquele ano⁹. Desde então, o termo – fruto de neologismo entre o sobrenome do governador Gerry com a palavra *salamander* (do inglês, salamandra) – foi adotado para casos semelhantes.

Sendo prática cada vez mais moderna e recorrente, o *gerrymandering* passou a compreender diversas abordagens. Os dois métodos mais comuns são denominados *cracking* e *packing* – em tradução livre do inglês: fraturar e empacotar – e são objetos de estudo do especialista em comportamento político Kenny J. Whitby (2000, p. 115). Como ensina, o *cracking* se baseia na fragmentação de determinado eleitorado em vários distritos com a finalidade de espalhar e diluir seu voto. Isso nega a representação de determinado grupo em múltiplos distritos, neutralizando sua força eleitoral em cada um deles.

Packing, por outro lado, refere-se ao processo de redistritamento que visa concentrar eleitores semelhantes de diversas regiões em uma grande instância eleitoral, isolando-os do eleitorado do grupo beneficiado em outros distritos, nos quais o potencial eleitoral da oposição é reduzido.

população aproximadamente igual (UNITED STATES OF AMERICA, 1964).

8 GRIFFITH, 1907, p. 18.

9 _____, 1907, p. 72-73.

Aqui, é viabilizada a representação desse grupo em um distrito, ao mesmo tempo em que ela é negada nos demais.

As alterações controversas não são difíceis de serem identificadas. Basta olhar no mapa dos estados para constatar a presença de fronteiras distritais extravagantes e pouco criteriosas. Exemplo disso pôde ser visto na existência de uma península no contorno de um distrito da Pennsylvania, que separava de maneira pouco criteriosa as cidades de Reading e Coatesville dos seus subúrbios e as anexavam a uma grande região rural, fato que chamou atenção dos moradores da região e culminou na anulação do mapa distrital do estado¹⁰.

Dada a atualidade do problema, o *gerrymandering* vem sendo enfrentado por diversas organizações sociais que advogam pela causa do processo de distritamento transparente e limpo, a fim de tornar as eleições legislativas mais justas e representativas¹¹. Ainda assim, trata-se de uma prática que encontra nos mais diversos estados exemplos exaustivos e com consequências tão recentes quanto as observadas no último pleito eleitoral realizado no país, em 2018. Na prática americana com o voto distrital, muitas vezes os eleitores não escolhem os políticos – os políticos escolhem seus eleitores.

3. ESTUDO DE CASOS

A fim de aferir a magnitude dos efeitos do *gerrymandering* na política americana, é imprescindível a análise de seus casos concretos.

10 MCGLONE, Daniel. Exploring Pennsylvania's Gerrymandered Congressional Districts. Disponível em: <<https://www.azavea.com/blog/2018/01/23/exploring-pennsylvanias-gerrymandered-congressional-districts/>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

11 RECLAIM THE AMERICAN DREAM. Grassroots Reforms Fight Gerrymandering. Disponível em: <<http://reclaimtheamericandream.org/organizations-gerrymander/>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

Para isso, o processo de redistritamento, suas consequências e a sua judicialização em estados onde a prática é recorrente serão observados.

3.1 A eleição de 2012 em Wisconsin

Na contramão dos estados minoritários que, visando evitar o *gerrymandering* partidário, optaram por delegar o dever de distritamento a uma comissão neutra, os constituintes do estado do Wisconsin atribuíram ao seu corpo legislativo a competência para traçar os limites distritais a cada censo decenal. Lá, o processo é feito por meio de lei ordinária sujeita à sanção do chefe do executivo local e delimita tanto as disputas por vagas nas duas câmaras do legislativo local quanto para a eleição dos representantes do estado no Congresso americano¹².

Apesar da previsão legal nesse sentido, vale destacar que o Wisconsin possui um histórico marcado pela interferência judicial nesse processo. A sucessiva incapacidade de haver consenso entre legislaturas e governos de partidos diferentes fez com que os tribunais locais realizassem, em caráter emergencial, a delimitação dos distritos eleitorais nas décadas de 60, 70, 90 e 2000. Somente nos anos 80 que, sob ameaça da oposição democrata, o então governador republicano decidiu sancionar a lei que continha os mapas, dispensando a atuação judicial para a década¹³.

Rompendo esse ciclo problemático, o Ato Legislativo nº 43 de 2011 – responsável pela atualização distrital para a década que se iniciava – foi aprovado com facilidade sem a necessidade de acordos bipartidários ou de intervenção judicial. Assim se deu uma vez que, nas eleições de 2010 e pela primeira vez em 4 décadas, o partido do candidato eleito

12 A competência para o processo de redistritamento é, em linhas gerais, prevista pelas seções III, IV, V e XXIII do art. 4º da Constituição do Estado do Wisconsin (STATE OF WISCONSIN, 2015, p.4-6).

13 DUROS, 2017, p.9.

para governar o estado havia conquistado também a maioria em ambas as casas legislativas locais. Dessa forma, o projeto de lei que estabeleceu os mapas distritais foi concebido por legisladores republicanos, sendo prontamente sancionado pelo governador do mesmo partido¹⁴.

Importante destacar que esse cenário não foi acidental. Lançado em 2010 pelo comitê nacional do Partido Republicano, o REDMAP – *Redistricting Majority Project*¹⁵ (2013) atuou nas eleições de diversos estados visando obter maioria nas legislaturas locais com a finalidade de controlar, assim, o iminente ciclo de redistritamento. Em relatório, o grupo destaca que investiu 1,1 milhões de dólares para conquistar as casas legislativas do estado do Wisconsin.

É seguro dizer que o resultado de um processo feito nesse contexto poderia apresentar vícios e distorções que o levaria a ser judicialmente contestado. Emblemático, o caso conhecido por *Gill v. Whitford* foi ajuizado em 2015 pela Campaign Legal Center – organização apartidária voltada para a redução da influência do dinheiro na política e das práticas de supressão eleitoral – e teve sua primeira decisão proferida já no ano seguinte pelo Tribunal Regional do Distrito Oeste do Wisconsin.

Ao entender que o plano adotado em 2011 pela legislatura republicana continha *gerrymandering* inconstitucional por conceder vantagens indevidas a um partido político, o tribunal determinou que a delimitação dos distritos fosse refeita pelos legisladores do estado do Wisconsin, que recorreram da decisão na Suprema Corte¹⁶.

Numa controversa decisão, porém, o Tribunal Superior

14 STEIN, Jason. Walker signs legislation to redraw district boundaries. Disponível em: <<http://archive.jsonline.com/news/statepolitics/127319438.html>>. Acesso em: 02 set. 2019.

15 Em português: Projeto de Redistritamento da Maioria. A sigla é um duplo sentido para “mapa vermelho”. Na mídia americana, as instâncias vencidas pelos republicanos são representadas em vermelho no mapa.

16 DUROS, 2017, p. 29, 43-45.

americano entendeu pela falta de evidências e mandou o caso de volta para a instância inferior a fim de se estabelecer se houve de fato o favorecimento do Partido Republicano nas eleições legislativas estaduais e federais, em detrimento dos candidatos do Partido Democrata¹⁷. Em resposta ao que foi decidido, o professor William Whitford, integrante do grupo de autores da ação, publicou um artigo crítico na revista TIME no qual destacou que 2 dos 3 juízes do tribunal que entenderam dessa forma foram indicados por presidentes republicanos, insinuando parcialidade na apreciação do caso¹⁸.

Com a decisão da Suprema Corte, o mapa seguiu vigente com as mudanças na organização dos distritos legislativos do estado, muitas delas em claro benefício ao Partido Republicano. A senadora estadual Alberta Darling, por exemplo, viu seu distrito se tornar ainda mais favorável à sua reeleição após o vilarejo de Shorewood ser convenientemente remanejado para o distrito vizinho¹⁹. A mudança chamou atenção uma vez que o povoado deu origem ao movimento que pedia o *recall*²⁰ de Darling e havia votado nos candidatos democratas nas eleições estaduais e federais anteriores.

Nas eleições gerais de 2012, a primeira após o redistritamento, os reflexos de medidas como essa nos seus resultados também foram

17 VOGUE, Ariane de; WATKINS, Eli. Supreme Court sidesteps partisan gerrymandering cases, let maps stand for now. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2018/06/18/politics/supreme-court-gerrymandering-decision/index.html>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

18 WHITFORD, William. Why Wisconsin Is Not a Democracy. Disponível em: <<https://time.com/4830145/supreme-court-gerrymandering-wisconsin/>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

19 MARLEY, Patrick; STEIN, Jason. GOP redistricting maps make dramatic changes. Disponível em: <<https://archive.jsonline.com/news/statepolitics/125225179.html>>. Acesso em: 02 set. 2019.

20 No sistema político americano, o recall é uma ferramenta pela qual se permite remover um político antes que seu mandato se encerre – geralmente iniciada em ação popular pelo colhimento de assinaturas.

claros. Apesar de terem triunfado nas disputas majoritárias para presidente e senador, reelegendo Barack Obama e Tammy Baldwin para os cargos, os Democratas foram derrotados significativamente nas eleições feitas no âmbito desses distritos. Na disputa por assentos na Assembleia Legislativa do estado, os democratas conseguiram apenas 39 das 99 posições e, das oito cadeiras em disputa para a baixa câmara federal, obtiveram apenas três²¹.

Essa incoerência chama atenção diante da forte polarização desse eleitorado – algo que, em condições ideais, traduz-se na semelhança entre os resultados de diferentes cargos em disputa numa mesma eleição. Além disso, a diferença de votos entre os partidos foi muito menor do que os resultados deram a entender: o Partido Republicano elegeu 62,5% dos representantes federais ao receber o voto de apenas 49% dos 2.8 milhões de eleitores do estado²².

As distorções nos resultados eleitorais do Wisconsin não pararam por aí. Em 2016, os republicanos conquistaram 64% do legislativo local mesmo com os candidatos democratas acumulando 54% do total de votos ao redor do estado. Dados como esses revelam que, nas últimas eleições realizadas no estado, a margem de eficiência²³ desses mapas vem pendendo cada vez mais em benefício do partido Republicano – colaborando com a tese de que eles foram manipulados

21 WISCONSIN ELECTION COMMISSION. 2012 Fall General Election. Disponível em: <<https://elections.wi.gov/elections-voting/results/2012/fall-general>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

22 LUEDERS, Bill; GOLDEN, Kate. Wisconsin vote split was closer than results. Disponível em: <<https://www.wisconsinwatch.org/2012/11/2012-election-analysis/>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

23 Tida como uma maneira moderna de aferir a assimetria partidária, a efficiency gap representa a diferença entre os votos desperdiçados dos partidos em uma eleição, dividido pelo total de votos. Consegue expressar, em apenas um dado, os reflexos do packing e do cracking no planejamento distrital. (STEPHANOPOULOS; MCGHEE, 2015, p. 2)

por seus autores. Foi o que constatou o jornalista investigativo David A. Lieb (2018), que, em artigo publicado para a Associated Press, calculou que a margem de eficiência viu sua inclinação pró-Republicana saltar de 10% para 15% entre o período.

Ações dessa natureza não se tratam, porém, de práticas restritas aos republicanos. Apesar de não possuírem a mesma força durante o ciclo de redistritamentos, os Democratas também recorreram às táticas de *gerrymandering* nos estados que controlavam à época²⁴. Em depoimento ao tribunal local, o democrata Martin O'Malley – ex-governador do estado de Maryland durante a distritalização – admitiu que instruiu seus subordinados a manipularem as fronteiras do mapa de modo a garantir vantagens eleitorais aos candidatos do seu partido.

Segundo O'Malley, eles não só cumpriram com o que foi pedido, como apresentaram uma solução que poderia eliminar de vez quaisquer chances de a oposição assumir um posto legislativo local, que só não foi adotada pois arriscaria a reeleição de democratas tradicionais do estado.

3.2 As eleições de 2018 na Carolina do Norte

Assim como a prática do *gerrymandering* não se limitou ao estado do Wisconsin, nem muito menos ao partido Republicano, é seguro afirmar que seus reflexos não se esgotaram nas eleições citadas. Adotando uma política de concentração ainda maior que a vista nos estados do Wisconsin e Maryland, os constituintes do estado da Carolina do Norte delegaram exclusivamente aos membros do legislativo estadual a responsabilidade de definir os limites geográficos dos distritos no

24 DALEY, Dave. How Democrats Gerrymandered Their Way to Victory in Maryland. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/06/how-deep-blue-maryland-shows-redistricting-is-broken/531492>>. Acesso em: 02 set. 2019.

estado. Ao deixar de conceder o poder de veto ao governador²⁵, abre-se margem para arbitrariedades ainda mais alarmantes.

Exemplo disso é o que ocorreu no centro da Universidade Agrícola e Técnica (A&T). Fundada no século XIX como o primeiro centro universitário do estado voltado à capacitação profissional da população afro-americana, a instituição é, ainda hoje, referência pela forma como promove a diversidade racial no ambiente acadêmico. Após o processo de redistritamento excepcional realizado em 2016²⁶ pelo legislativo local de maioria republicana, o distrito em que se inseriam seus 10 mil alunos foi drasticamente alterado, não sendo custoso observar as consequências disso já nas eleições seguintes, em 2018.

Antes representados pela democrata Alma Adams, negra e ex-aluna da instituição, os alunos do campus passaram a ter Mark Walker e Ted Budd, dois republicanos brancos sem qualquer vínculo com a região, como seus representantes. Isso aconteceu pois, durante a remodelação, o distrito anterior foi extinto em favor da criação de dois outros. Nesse processo, foi traçada uma fronteira entre o refeitório e a biblioteca da universidade, separando os dormitórios das alas norte e sul em duas seções eleitorais diferentes²⁷.

Descriteriosa, a medida é clara manifestação de *gerrymandering* por meio de *cracking*, com a fratura de um forte eleitorado em regiões distintas. É, ainda, a expressão clara de outra face do fenômeno: o

25 Na seção 22 do artigo 2º da Constituição da Carolina do Norte, o processo de distritamento é elencado no rol de leis que dispensam sanção do governador (STATE OF NORTH CAROLINA, 2012, p. 8).

26 Decorrente de decisão judicial que viu a inconstitucionalidade do processo feito em 2011 por diversas ações que visavam a diluição do voto negro no Estado (STATE OF NORTH CAROLINA, 2015, p. 128).

27 NILSEN, Ella. North Carolina's extreme gerrymandering could save the House Republican majority. Disponível em: <<https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/5/8/17271766/north-carolina-gerrymandering-2018-midterms-partisan-redistricting>>. Acesso em: 20 set. 2019.

gerrymandering racial. Ainda mais problemático, remonta dos períodos pós-abolição, em que o crescente eleitorado afro-americano era sistematicamente suprimido pela classe política²⁸. Na contemporaneidade, o critério racial está diretamente atrelado à clara tendência de voto dessas minorias em candidatos do partido Democrata – nas eleições de 2018, 90% dos afro-americanos declararam ter votado em candidatos desse partido. Sim, 90%²⁹.

De forma geral, a composição do legislativo da Carolina do Norte é bastante peculiar para um “estado roxo”³⁰. Apesar da competitividade nas demais disputas, os Democratas se mantiveram com apenas 3 das 13 cadeiras na casa local nas últimas três eleições, mesmo com o desempenho excepcional em 2018, quando acumularam cerca de 50% dos votos ao redor do estado³¹. Essa sucessiva e constante maioria republicana é mais um indicativo de alterações tendenciosas em seu mapa, uma vez que tais mudanças atingem diretamente a capacidade de renovação política e são utilizadas para neutralizar transformações na forma como o eleitorado vota.

As mais diversas formas de distorção dos resultados eleitorais chamaram a atenção de John Kasich, ex-governador republicano e crítico aberto das práticas adotadas por seu próprio partido. Em sua

28 WHITBY, 2000, p. 144.

29 TYSON, Alec. The 2018 midterm vote: Divisions by race, gender, education. Disponível em: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/11/08/the-2018-midterm-vote-divisions-by-race-gender-education/>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

30 Expressão atribuída às regiões em que ambos os partidos possuem apoio expressivo. A Carolina do Norte, por exemplo, contribuiu para a vitória dos presidentes democratas Bill Clinton e Barack Obama, ao passo que as campanhas dos presidentes republicanos George W. Bush e Donald Trump também obtiveram sucesso no estado.

31 WOLF, Thomas. MILLER, Peter. How gerrymandering kept Democrats from winning even more seats Tuesday. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/outlook/2018/11/08/how-gerrymandering-kept-democrats-winning-even-more-seats-tuesday/>. Acesso em: 20 set. 2019.

contribuição como *amicus curiae* no caso *Gill v. Whitford*, junto a outros políticos democratas e republicanos, Kasich afirmou que:

...o *gerrymandering* partidário é inconstitucional, está prejudicando nossos governos e pode prontamente ser identificado e tratado pelos tribunais. [...] Essa história se repete pelo país a cada década e só vem piorando. [...] Mirar eleitores específicos com base em sua afinidade partidária retirando deles o seu poder político vai além do mero embate partidário e viola ambas a Primeira e a Décima Quarta Emendas constitucionais³². (tradução livre) (UNITED STATES OF AMERICA, 2017, p. 8-12).

Fronteira por fronteira, enfim, os políticos americanos veem no processo de redistritamento uma forma eficaz de desvirtuar a democracia em seu favor. Do nordeste dos EUA, em Maryland, passando pela Carolina do Norte, na costa leste, até o centro-oeste industrial do Wisconsin, os mais diversos exemplos de *gerrymandering* nos fazem pensar em como a sede de concentração e eternização do poder político leva indivíduos da autoproclamada maior democracia do mundo a se valerem de ferramentas antidemocráticas para obterem sucesso na sua perversão política.

32 Original: “...partisan gerrymander is unconstitutional, is harming our republican government, and readily can be identified and addressed by courts. [...] This story repeats itself throughout the country every decade, and it keeps getting worse. [...] By specifically targeting voters on the basis of political affiliation and stripping them of political power, that action goes beyond mere partisan wrestling and violates both the First and the Fourteenth Amendments.”

4. NA POLÍTICA BRASILEIRA

Ao sul da linha do Equador, a classe política brasileira também já se utilizou de meios insidiosos para distorcer o processo eleitoral a fim de obter respaldo político em tempos de escassez democrática. Durante o Regime Militar, um exemplo marcante da manipulação de limites eleitorais por interesses escusos pôde ser observado no processo de fundação do estado do Mato Grosso do Sul, a partir da cisão do território do Mato Grosso estabelecida em 1977 dentro de uma série de medidas adotadas pelo governo conhecidas como Pacote de Abril³³.

Com a finalidade de conter o avanço do Movimento Democrático Brasileiro (MDB) – que havia conquistado 16 das 22 vagas para o Senado Federal em disputa nas eleições de 1974, uma forte derrota que abalou as bases do regime ditatorial – o governo agiu para que esse fiasco não se repetisse no pleito seguinte, em 1978, e que fosse garantida a maioria da governista Aliança Renovadora Nacional (ARENA) no Congresso Nacional.

Apesar de ter sido apresentada pela assessoria da Presidência da República como fruto dos movimentos separatistas locais³⁴, a medida pegou de surpresa os militantes de ambas as regiões. De acordo com a análise da professora Marisa Bittar (1999, p. 132), as sucessivas derrotas das campanhas separatistas – consolidadas com o advento do Estado Novo e seu repúdio por quaisquer pretensões dessa natureza em nome da unidade nacional – causaram um “arrefecimento” e uma marginalização

33 Implantado de maneira controversa durante o recesso parlamentar, trouxe diversas medidas como a extensão do mandato presidencial de 5 para 6 anos, o aumento da quantidade de deputados nos menores estados – onde o partido governista era mais forte – e, dentre outros, a instituição da eleição indireta de parte dos senadores, o que garantiria um terço do Senado ao governo independentemente do seu desempenho nas eleições (PAGANINE, 2017).

34 BRASIL, 1977, p. 9-10.

da ideia a tal ponto que a decisão do governo sequer era esperada pelos “divisionistas históricos” do movimento.

Torna-se claro, assim, que a motivação oficial apresentada pelo Governo não era congruente com o contexto local e que se tratou de uma decisão centralizada vinda de cima num momento delicado para o regime ditatorial, que passou a “contar com mais um governo e toda a estrutura política regional”³⁵ a seu favor.

Os reflexos nas eleições de 1978, nesse sentido, permitem-nos concluir que a separação territorial do Mato Grosso em dois estados se mostrou, de fato, bastante benéfica politicamente para seus idealizadores. No estado recém-criado, as três vagas em disputas para o Senado Federal foram conquistadas pela ARENA, sendo Pedro Pedrossian e Vicente Vuolo escolhidos pelo voto popular e Saldanha Derzi eleito indiretamente. Já no Mato Grosso, Benedito Canelas e Gastão Müller, dois arenistas, foram eleitos e se juntaram a José Garcia Neto, eleito em 1974 também pela ARENA.

Com a alteração das fronteiras eleitorais, então, o governo foi capaz de reforçar sua presença no Senado Federal ao dobrar a quantidade de senadores arenistas que representaria a mesma região, passando de apenas 3 do antigo Mato Grosso para 6 na nova configuração territorial. Dessa forma, o processo desmembrou um eleitorado massivo em dois menores – *cracking* – objetivando aqui, por outro lado, multiplicar a força de um grupo político por ele contemplado numa maior quantidade de regiões.

David Fleischer (1980, p. 81), professor de ciência política da Universidade de Brasília (UnB), destaca o papel que essa e as demais medidas do Pacote de Abril tiveram nas eleições de 1978:

[...] o ‘pacote de abril’ rendeu para a Arena 15 cadeiras a mais do que teria sido o caso se a legislação anterior

35 BITTAR, 1999, p. 126.

ainda estivesse em vigor. Vale a pena, porém salientar que 4 destas cadeiras foram ganhas com a divisão do estado de Mato Grosso [...]. Isto significa que o pacote deu uma maioria tranquila de 62,7% para a Arena no Senado, mas que, caso contrário, a legislação anterior teria realmente possibilitado uma maioria de 37 a 27 para o MDB. [...] A conclusão aqui, então, é de que o pacote realmente foi imprescindível para assegurar uma maioria para a ARENA no Senado Federal, que teria sido ganha pelo MDB em eleições diretas.”

Fleischer menciona ainda a criação do estado de Rondônia – cogitada na época pelo Governo, mas só concretizada na década seguinte – como forma de garantir uma tranquila maioria arenista no Senado sem as demais medidas do Pacote de Abril:

[...] no caso do Senado Federal, sem o escudo do pacote, o MDB teria alcançado uma pequena maioria. O Governo poderia, porém, ter alcançado uma pequena maioria arenista se, além de ter criado o estado de Mato Grosso do Sul tivesse criado um novo estado no lugar do território de Rondônia, casuísmo este que ainda era cogitado nos idos de 1977 e 78. (FLEISCHER, 1980, p. 82)

Entre arenistas e emedebistas, democratas e republicanos, enfim, a semelhança entre o exemplo brasileiro abordado e a prática de *gerrymandering* nos EUA serve de alerta para a sociedade brasileira e torna imprescindível o cuidado dos legisladores diante da proposta de lei que tramita no Congresso Nacional com a finalidade de implantar essa modalidade de eleição no país. Os agentes políticos nacionais devem, dessa forma, evitar que sejam abertas no Brasil as mesmas margens para a deturpação da democracia encontradas nos estados americanos.

5. O PROJETO DE LEI Nº 9.212 DE 2017

Considerando a importância do estudo que foi feito acerca do fenômeno do *gerrymandering* nas eleições locais dos Estados Unidos, seu caráter antidemocrático e o histórico desse tipo de corrupção nos mais diversos estados americanos, além do seu emprego também em solo brasileiro, esse trabalho segue esse enfoque para promover uma análise objetiva das perspectivas de implantação do voto distrital no Brasil. Com essa finalidade, o Projeto de Lei nº 9.212 de 2017³⁶, que propõe alterações na redação da Lei nº 9.504 de 1997 – a Lei das Eleições –, tramita em regime de prioridade na Câmara dos Deputados.

Para tanto, o texto da proposta dispõe que:

§ 4º A Justiça Eleitoral deverá publicar os limites dos distritos eleitorais, observando-se os seguintes critérios:

I – O número de habitantes de cada distrito será equivalente ao número de habitantes da circunscrição dividido pelo número de distritos, admitida diferença de até 5% (cinco por cento), a mais ou a menos;

II – A diferença prevista no inciso I poderá ser expandida para até 10% (dez por cento), a mais ou a menos, em até 1 (um) distrito ou em até 10% (dez por cento) do total de distritos da circunscrição, o que for maior, observando-se somente a parte inteira do segundo percentual;

III – Os distritos deverão ser geograficamente contíguos;

IV – A demarcação dos distritos deve tanto quanto possível maximizar a compacidade e reduzir a endentação.

(BRASIL, 2017, p. 2)

De início, ao optar por delegar o dever de realizar o distritamento ao Poder Judiciário, que, por sua natureza, atua de maneira imparcial e não se insere nas disputas lá realizadas, a proposta toma uma postura

36 Ao qual se anexou os dois PLS aprovados no plenário do Senado Federal.

prudente ao passo que não repete os erros históricos cometidos pelos norte-americanos na sua prática com o voto distrital. Considerando também a competência da Justiça Eleitoral para tomar providências convenientes à execução da legislação eleitoral³⁷, vemos que a escolha do legislador nesse ponto não poderia ter sido mais oportuna.

A importância da imparcialidade nesse processo pode ser constatada ainda na experiência americana. Os estados em que a tarefa é realizada por comitês independentes – Arizona, Califórnia, Idaho e Washington – são os que registraram a menor quantidade de ações judiciais contestando sua legitimidade³⁸. No Arizona, inclusive, nenhum litígio dessa natureza foi registrado durante o ciclo de redistritamento realizado para a década iniciada em 2010.

Em seguida, as previsões trazidas nos dois primeiros incisos, na forma de critérios endereçados ao Poder Judiciário para manter a proporcionalidade populacional nesses distritos, revelam a adoção dos parâmetros trazidos no Código de Boa Conduta em Matéria Eleitoral³⁹ da Comissão de Veneza (2002, p. 21). Os dispositivos tratam-se de uma transcrição quase exata do que é disposto no seu item 14 do tópico 2.2, que trata de maneira específica a igualdade de força eleitoral nos casos de divisão de um território em diferentes círculos eleitorais.

Além disso, a presença de diretrizes geográficas objetivas para a formação dessas zonas eleitorais, nos incisos III e IV, também é bastante feliz na medida em que essas disposições não só irão guiar o Judiciário no momento da elaboração desses mapas, como também viabilizarão um controle jurisdicional mais efetivo, dando maior clareza

37 Inciso XVIII do Art. 23 do Código Eleitoral – Lei nº 4737/65.

38 De acordo com o mapa interativo desenvolvido pela equipe do professor Justin Levitt, da Loyola Law School. Disponível em: <<http://redistricting.lls.edu/who-fed10.php>>. Acesso em: 25 out. 2019.

39 Apresentado em 2002 ao Conselho da União Europeia como forma de estabelecer diretrizes e princípios para os países do bloco, é referência mundial para práticas eleitorais legítimas.

ao magistrado acerca da legitimidade ou não de certo distrito. Ao prever que o traçado dessas instâncias evite ao máximo a sua “endentação”, por exemplo, o legislador mira diretamente na existência de “tentáculos” ou pontas empregadas de forma tendenciosa para beneficiar ou prejudicar determinado candidato, grupo ou movimento político.

Cabe considerar, ainda, que o tema aqui discutido é objeto de preocupação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Em parecer redigido pelo grupo de trabalho da Corte criado para a elaboração de propostas de reforma do sistema eleitoral⁴⁰, a Ministra Rosa Weber fez algumas considerações acerca da proposta de lei e, ainda que não citando de maneira direta, desdobrou-se sobre o *gerrymandering* na medida em que fez diversas recomendações específicas no tópico relativo ao processo de distritalização.

Buscando contemplar a recomendação trazida pelo código de boa conduta já citado, no sentido de estimular a participação das minorias nacionais e a de técnicos independentes de diversas áreas como forma de dar maior legitimidade e evitar manipulações no procedimento⁴¹, a presidente da Suprema Corte eleitoral defendeu que houvesse previsão legal de audiências públicas para discuti-lo de maneira aberta com a sociedade. Nesse ponto, a Ministra destaca que o emprego desse modelo de audiências públicas já é prática comum no tribunal⁴².

40 Entregue pela Ministra Rosa Weber ao Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia (DEM-RJ) com a finalidade de enriquecer o debate no tramite do PL na casa.

41 Presente no Ponto 17 do tópico 2.2 do código. (COMISSÃO DE VENEZA, 2002, p. 21).

42 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2019, p. 10.

6. CONCLUSÕES

Fica claro observar, portanto, que a abordagem do legislador brasileiro em seu projeto de lei se mostra consideravelmente mais responsável em contraste com a postura dos legisladores dos estados norte-americanos, em que a prática do *gerrymandering* é notória.

Lá, a confiança dada aos próprios agentes políticos sem o estabelecimento de regras da mesma natureza é o que possibilita sua atuação de maneira imparcial e a corrupção do processo de redistritamento ao mesmo tempo em que inviabiliza um controle jurisdicional efetivo, uma vez que sujeita o exame da legitimidade das fronteiras distritais às subjetividades das interpretações judiciais.

Sendo assim, cabe reforçar que, ao enfrentar o desafio de reformar o sistema eleitoral brasileiro para, dentre outros, reduzir custos das campanhas, aumentar a representatividade e a vinculação do eleitor com seus parlamentares, a responsabilidade e o compromisso dos agentes capazes de trazer tais renovações com a boa política não podem ser deixados de lado.

Seja como for, a fragilidade da democracia brasileira, que ainda sofre com o esfacelamento cotidiano de seus valores e princípios, não nos permite comportar brechas para medidas que a enfraquece como as que aqui foram estudadas. O fato é que nem mesmo a maior representante mundial do modelo democrático está livre da corrupção de seus agentes políticos e, dessa forma, sua experiência com o voto

distrital e o *gerrymandering* deve ser encarada como alerta para o país que busca, gradualmente, superar seus próprios vícios políticos.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Marisa. **Geopolítica e separatismo na elevação de Campo Grande a capital**. Campo Grande: Ed. UFMS, 1999. 157 p. (Col. Fontes Novas).

BRASIL. ASSESSORIA DE RELAÇÕES PÚBLICAS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **A divisão de Mato Grosso**. Brasília: Bloch Editores S.A., 1977. 23 p. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/geisel/a-divisao-de-mato-grosso-1977/>>. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 9.212 de 29 novembro de 2017. **Altera a legislação eleitoral para instituir o voto distrital misto nas eleições proporcionais**. Brasília, DF, out. 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216367>> Acesso em: 12 out. 2019.

COMISSÃO DE VENEZA. **Código de Boa Conduta em Matéria Eleitoral**. Coleção Ciência e Técnica da Democracia, Lisboa, v. 34, nov. 2002, 39 p. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/codigo_boa_conduta_pt.pdf>. Acesso em: 26 out. 19.

DUROS, Staci. **Gill v. Whitford**: Wisconsin's partisan gerrymandering case. Madison: Wisconsin Legislative Reference Bureau, 2017. Disponível em: <http://lwvmanitowoc.org/files/wis._elections_project.final_1_-1.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

FLEISCHER, David. **Reforma política no Brasil: uma história sem fim**. Revista do Curso de Direito, [S.l.], v. 5, n. 1, jan./jun. 2004.

_____. **Renovação política - Brasil 1978**: Eleições parlamentares sob a égide do “Pacote de Abril”. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 57-82, mai. 1980. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/view/59973/58292>>. Acesso em: 18 out. 2019.

GRIFFITH, Elmer Cummings. **The Rise and Development of the Gerrymander**. Ann Arbor: Scott Foresman, 1907. (University of Chicago Digital Preservation Collection).

LIEB, David A. **Election shows how gerrymandering is difficult to overcome**. The Associated Press, 2018. Disponível em: <<https://www.apnews.com/3b4e63717b164dc199d02bd21aa17307>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

PAGANINE, Joseana. Pacote de Abril adiou abertura política no país. **Jornal do Senado**. Brasília, p. 44. 3 abr. 2017. Arquivo S. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529299/Arquivo_S_03_abril_2017.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

REDMAP – REDISTRICTING MAJORITY PROJECT (Washington). **2012 REDMAP Summary Report**: How a Strategy of Targeting State Legislative Races in 2010 Led to a Republican U.S. House Majority in 2013. 2013. Disponível em: <<http://www.redistrictingmajorityproject.com>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

SAMUELS, David. **Concurrent Elections, Discordant Results: Presidentialism, Federalism and Governance in Brazil**. Comparative Politics, v. 33, n. 1, p. 1-20, out. 2000.

STATE OF NORTH CAROLINA. Constituição Estadual (1971). **North Carolina State Constitution**. Raleigh, NC: North Carolina General Assembly, 2012, 38 p. Disponível em: <<https://www.ncleg.gov/EnactedLegislation/Constitution/NCCConstitution.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Supreme Court of North Carolina. **Opinion of the Court No. 201PA12-3**. Dickson v. Rucho. Raleigh, NC: North Carolina Judicial Branch, 2015, 129 p. Disponível em: <<http://pulse.ncpolicywatch.org/wp-content/uploads/2015/12/Redistricting-remand.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2019.

STATE OF WISCONSIN. Constituição Estadual (1848). **Wisconsin State Constitution**. Madison, WI: Wisconsin State Legislature: Legislative Reference Bureau, 2015, 17 p. Disponível em: <https://docs.legis.wisconsin.gov/constitution/wi_unannotated>. Acesso em: 25 ago. 2019.

STEPHANOPOULOS, Nicholas; MCGHEE, Eric. **Partisan Gerrymandering and the Efficiency Gap**. University of Chicago Law Review, Chicago, v. 82, n. 2, p.831-900, fev. 2015. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol82/iss2/4/>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Contribuição do para o debate acerca da reforma do sistema eleitoral brasileiro**. O sistema distrital misto como alternativa a ser testada. Brasília, DF, 2019, 15 p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tse-propoe-ajustes-projetos-voto.pdf>> Acesso em: 12 de out. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of The United States. On Appeal from the United States District Court for the Western District of Wisconsin. **Brief of Republican Statewide Officials as**

Amici Curiae in Support of Appellees. Whitford v. Gill. Washington, DC: 2017, 42 p. Disponível em: <<http://www.campaignlegalcenter.org/sites/default/files/16-1161bsacRepublicanStatewideOfficials.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. **Reynolds, Judge v. Sims, et al.** Washington, DC: Library of Congress, 1964, 100 p. Disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep377/usrep377533/usrep377533.pdf>> Acesso em: 28 ago. 2019.

WHITBY, Kenny J. **The Color of Representation:** Congressional Behavior and Black Interests. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000. Edição ilustrada.

DISTRICT VOTING IN BRAZIL: LESSONS TO BE LEARNED FROM THE NORTH AMERICAN EXPERIENCE WITH GERRYMANDERING.

ABSTRACT

June 2013 protests created a consensus on the need to reform the Brazilian political system. Among many aspects, adoption of district voting became a priority in this reformist agenda. In this way, it is proposed to observe the experience of the United States with the district voting, where the practice is consolidated, focusing on *gerrymandering* - the manipulation of the electoral boundaries to give undue advantage to one political group over another. Through the study of American cases and their comparison with a Brazilian one, it was possible to observe the undemocratic character of

this practice and its consequences. Finally, an objective analysis of the bill pending before the Brazil's Congress revealed a more responsible stance of the local legislator when compared to the one seen in U.S. states.

Keywords: District Voting. American elections. Gerrymandering. District Boundaries. Electoral Law. Political Reform. Partisanship.

A CRISE FISCAL E CONSECUÇÃO DOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS: A POLÍTICA DE AJUSTE FISCAL COMO FERRAMENTA PARA O DESENVOLVIMENTO

Luiz Eduardo Rodrigues Fonseca¹
Otacílio dos Santos Silveira Neto²

RESUMO

O presente trabalho propõe investigar a natureza da crise fiscal pela qual o Brasil vem passando e como ela atrasa a consecução dos objetivos fundamentais da República, sobretudo o de desenvolvimento nacional, disposto no art. 3º, II, da Constituição Federal de 1988. Analisa-se ainda a política de ajuste fiscal adotada pelo Governo Federal a partir do ano de 2016, fundamentada na imposição de um limite de crescimento da despesa primária e instituição de diversas reformas estruturais de cunho fiscal e microeconômico, bem como os seus efeitos no programa constitucional e Estado de Bem-Estar Social. Concluiu-se que o Novo Regime Fiscal demonstra um saldo positivo para o

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

E-mail: rodriguesedu123@gmail.com

² Professor Adjunto do curso de Direito da UFRN. Mestre em Ciências Jurídicas pelas Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e Doutor em Direito pela Universidade de Zaragoza – Espanha.

ajuste das finanças públicas, no entanto, deve ser seguido por uma série de reformas estruturais para o efetivo retorno da estabilidade fiscal e o desenvolvimento econômico do país.

Palavras-chave: Crise Fiscal. Novo Regime Fiscal. Desenvolvimento. Despesa Pública. Direito Financeiro. Finanças Públicas.

1. INTRODUÇÃO

A leitura do texto constitucional indica o forte papel do Estado brasileiro no desenvolvimento social e econômico do país, bem como na correção de desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a República Federativa do Brasil deve dispor de instituições sólidas e políticas públicas para efetivar o seu programa constitucional e, para que haja a manutenção de todo esse complexo de ações positivas estatais, é necessário estabilidade fiscal, um dos principais objetivos das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o Direito Financeiro.

Assim, sob o império da Constituição de 1988, o Brasil passou por mudanças significativas em seu arranjo institucional que deram mais transparência e responsabilidade para com as finanças públicas. Contudo, de forma contrária à expectativa de sustentabilidade fiscal em longo prazo, a economia brasileira vem passando por um agudo processo de deterioração fiscal que compromete a consumação dos objetivos fundamentais da República, principalmente no que diz respeito ao desenvolvimento econômico e à correção de desigualdades sociais e regionais.

Com base nessa deterioração fiscal, o Governo Federal aprovou em 2016 a Emenda Constitucional nº 95, que institui o Novo Regime

Fiscal (NRF), na tentativa de conter o crescimento da despesa primária e trazer segurança aos investidores e demais agentes econômicos.

Assim, este trabalho se propõe a fazer uma revisão bibliográfica e uma leitura de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais para investigar qual a natureza da recente crise fiscal, como ela atrasa a consecução do objetivo constitucional do desenvolvimento nacional (art. 3º, II) e como o Novo Regime Fiscal, fundamental para a política de ajuste fiscal adotada a partir de 2016, encontra-se como possível ferramenta para a solução dos problemas fiscais.

Desse modo, subdivide-se em quatro seções principais: de início, busca-se compreender a disciplina constitucional da despesa pública e o seu papel instrumental na efetivação do desenvolvimento socioeconômico; em seguida, investiga-se, através de bibliografia econômica e jurídica, qual a natureza e as causas da recente crise fiscal que levou à adoção de uma política de ajuste fiscal a partir do ano de 2015, aprofundada após 2016; em terceiro lugar, elucida-se o contexto no qual o Novo Regime Fiscal foi instituído e sua lógica própria, bem como se discute a sua real efetividade e como políticas de austeridade fiscal podem afetar os serviços públicos e a garantia dos direitos fundamentais; por último, apresentam-se as principais conclusões.

2. A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA DESPESA PÚBLICA E O OBJETIVO FUNDAMENTAL DE DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal de 1988 pretendeu operar uma profunda mudança na concepção intervencionista da ordem constitucional anterior ao estabelecer diretrizes para um regime econômico mais livre, consagrando, em seus arts. 1º, IV, e 170, a livre-iniciativa como um de seus fundamentos, de maneira a retirar do Estado a responsabilidade de gerência direta de setores econômicos (TAVARES, 2011, p. 118). O posicionamento capitalista da Constituição, no entanto, não significa ausência de intervenção econômica por parte do Estado, sendo a

ação deste, do ponto de vista constitucional, indispensável para o desenvolvimento econômico (TAVARES, 2011, p. 120)², vide o art. 174 da Lei Maior:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Além disso, a Constituição institui, conforme o art. 3º, II, o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República brasileira, guiando a ação do Estado na efetivação dessa norma constitucional. Tal desenvolvimento não se confunde com o crescimento econômico³, uma vez que o desenvolvimento é mais

2 Assim, já consolidado no STF: “Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170.” (ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, j. 3-11-2005, P, DJ de 2-6-2006); “O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor” (RE 349.686, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-6-2005, 2ª T, DJ de 5-8-2005.] = AI 636.883 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 1º-3-2011);

3 O crescimento econômico, inclusive, pode entrar em conflito com a concepção de desenvolvimento como, por exemplo, no que diz respeito ao desenvolvimento social e sustentável, que tem por necessidade a preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225). Assim, conforme jurisprudência do STF: “A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente” (ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006); “O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da CF, assecuratório de um tipo de ‘desenvolvimento nacional’ tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena” (Pet 3.388,

abrangente e qualitativo, levando em conta variáveis sociais, culturais e políticas, sendo um processo sustentável de longo prazo que pode ser induzido por políticas públicas e programas governamentais na esfera social, política e econômica (RISTER, 2007, p. 13).

O crescimento econômico, por sua vez, tem o seu caráter quantitativo e geralmente é mensurado por índices que levam em conta apenas variáveis monetárias e numéricas, tais como o Produto Interno Bruto (PIB); podendo ser fruto de um surto econômico e de fatores exógenos às instituições nacionais, deve ser compreendido como uma faceta da noção de desenvolvimento (RISTER, 2007, p. 1-2). Por isso, ainda que o desenvolvimento surja na ordem constitucional através das normas que dizem respeito à ordem econômica, ali não se exaure, “já que o desenvolvimento há de ser buscado em outras órbitas, como a social, a moral, a política e outras” (TAVARES, 2011, p. 132).

A despesa pública se encontra, nesse contexto, como o conjunto de gastos realizados pelo Estado em seu funcionamento, utilizados de modo instrumental para a efetivação dos objetivos constitucionais (ABRAHAM, 2011, p. 150). Assim, Abraham observa:

ao tratar de despesas públicas estaremos nos referindo a todas as espécies de gastos que o Estado realiza em bens e serviços, tanto os necessários ao atendimento das necessidades públicas básicas, quanto aqueles vinculados à realização das políticas públicas de desenvolvimento social e econômico. (2011, p. 151).

Desse modo, pode-se dizer que existem três características distintivas da despesa pública: a política, a econômica e a jurídica. A despesa pública, nesse sentido, trata-se de “recursos financeiros estatais (econômica), destinados a satisfazer e atender às necessidades coletivas identificadas pelo respectivo governo (política), cuja aplicação deverá ser

devidamente autorizada pela lei orçamentária (jurídica)” (ABRAHAM, 2011, p. 151).

O caráter político é consenso na doutrina tradicional, sendo reforçado pelo art. 165 da Constituição Federal, que atribui privativamente ao chefe do Poder Executivo a iniciativa de elaborar as leis orçamentárias⁴; o caráter econômico, por sua vez, advém de sua própria característica principal, isto é, os recursos financeiros, uma vez que a despesa pública é nada mais do que a alocação de recursos arrecadados pelo Estado e utilizados em seu funcionamento (ABRAHAM, 2011, p. 152).

O viés jurídico da despesa pública decorre do fato de que toda despesa deve estar prevista em lei orçamentária, não podendo ser realizada de forma livre pela Administração Pública. Ao contrário, como coloca Marcus Abraham (2011, p. 152), “deve corresponder a previsão na lei orçamentária, devidamente aprovada pelo Poder Legislativo, seguindo, principalmente, as diretrizes constitucionais”.

É no contexto jurídico da despesa que a Constituição estabelece a “constituição econômica” e a “constituição financeira” - a primeira estabelece a ordem econômica de livres trocas de mercado, enquanto a segunda estabelece as diretrizes pelas quais deverão se pautar a atividade financeira de todos os entes federados. Nesse viés, há um completeude: ao passo que a Constituição estabelece os objetivos fundamentais a serem perseguidos pelo Poder Público, também estabelece as etapas das atividades a serem desenvolvidas para alcançá-los (MENDES, 2018, p. 1568).

Assim, a própria Constituição estabelece despesas obrigatórias e objetivos fundamentais nos quais o Poder Executivo deve se pautar na elaboração do Orçamento. Marcus Abraham salienta que, uma vez que

4 Nesse sentido, diz o STF: “Competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais” (ADI 1.759 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 12º-3-1998, P, DJ de 6-4-2001).

a Constituição Federal define expressamente os objetivos fundamentais da República (art. 3º), “a atuação dos governos federal, estaduais e municipais se deve pautar pela realização e cumprimento de tais intentos, razão da sua existência” (2011, p. 158).

Esse caráter “impositivo” dos gastos governamentais diminui significativamente o poder discricionário dos governos, sendo cada vez mais priorizados não pela deliberação política, mas pelos comandos normativos do ordenamento jurídico, especialmente os de natureza constitucional, uma vez observado o caráter social e dirigente de nossa Constituição (ABRAHAM, 2011, p. 153).

Tal caráter programático e “dirigente” é típico das constituições econômicas modernas, que “não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. As constituições positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos” (BERCOVICI, 2010, p. 397). Assim, o art. 3º da Constituição Federal se torna um instrumento normativo que transforma fins sociais e econômicos em jurídicos, “atuando como linha de desenvolvimento e de interpretação teleológica de todo o ordenamento constitucional” (BERCOVICI, 2010, p. 402).

3. A CRISE FISCAL: A INSUSTENTABILIDADE DA DESPESA PÚBLICA E O PROGRAMA CONSTITUCIONAL

Em que pese o sólido arranjo institucional, constitucional ou infraconstitucional da estrutura financeira do Estado brasileiro, é possível observar que, na última década, a economia brasileira vem passando por uma grave deterioração fiscal, com uma dívida pública bruta atingindo um patamar histórico de 74% do PIB ao final de 2017 e com um recuo do resultado fiscal de um *superávit* primário de 2,2% em 2012 para *déficits*

primários de 2,5% e 1,7% do PIB em 2016 e 2017, respectivamente (MESQUITA & SCHNEIDER, 2018, p. 51).

Segundo Giambiagi e Schwartsman (2014, p. 57), a despesa primária brasileira subiu de um patamar de 14% do PIB em 1991 para 23% em 2013. Mesquita e Schneider (2018, p. 51) demonstram que o gasto primário do Governo Federal se “expandiu 5,5 p.p. do PIB entre 1997 e 2016, crescendo, em média, 6% ao ano acima da inflação”.

A evolução da Dívida Pública é fundamental no que diz respeito à estrutura fiscal e à política econômica, uma vez que o crescimento da dívida pública, quando insustentável, compromete orçamentos futuros e encarga desproporcionalmente as futuras gerações, ferindo, inclusive, o princípio do Direito Financeiro da equidade entre gerações⁵. Essa trajetória explosiva da dívida a partir de 2014 pode ser explicada pelo crescimento insustentável da despesa pública (PASTORE, 2016, n. p.), de modo que a queda da receita pública ocasionada pela recente recessão econômica apenas acelerou a deterioração fiscal.

Partindo disso, não é incomum encontrar alegações de que o caráter social da Constituição seria não apenas a causa da deterioração fiscal mas também o grande obstáculo para uma agenda reformista; entretanto, os que elegem a Constituição Federal como obstáculo à recuperação fiscal parecem não notar que, sob sua vigência, o país promoveu profundas reformas fiscais e monetárias, experimentando longos períodos de estabilidade fiscal e econômica (AFONSO *et al.*, 2016, n. p.).

Além disso, seguindo a tendência internacional, além de ser influenciado por normas financeiras dos Estados Unidos, Nova Zelândia, Austrália e Comunidade Econômica Europeia e organismos

5 Nas palavras de Ricardo Lobo Torres (2011, p. 105): “A equidade entre gerações significa que os empréstimos públicos e as despesas governamentais não devem sobrecarregar as gerações futuras, cabendo à própria geração que deles se beneficia arcar com o ônus respectivo”.

internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), o Brasil foi capaz de alterar o regime fiscal com a adoção de uma legislação de responsabilidade e transparência fiscal⁶, consolidando a política de estabilização fiscal da década de 1990 (ABRAHAM, 2011, p. 272).

Fato é que antes, durante e depois da implantação do Plano Real ocorreram também importantes reformas estruturais no âmbito fiscal, tais como a renegociação das dívidas dos governos estaduais e municipais, a redução dos bancos estaduais e desvinculação de receitas tributárias; além de reformas na “economia real” como abertura comercial, abertura de setores anteriormente monopolizados pelo Estado à participação do capital privado e privatizações de setores da economia, aumentando a eficiência (PORTUGAL, 2016, n.p).

Ademais, até mesmo o caráter social da Constituição Federal acaba por ter sua eficácia limitada pelo desajuste das contas públicas e qualidade da despesa. Isso porque a estrutura fiscal também é relevante no que diz respeito à tributação e eficiência dos gastos públicos, principalmente em seus impactos nos mais pobres⁷ (GIAMBIAGI & SCHWARTSMAN, 2014, p. 50).

Assim, temos que, enquanto a despesa primária subiu de 14% em 1991 para 23% em 2013, como exposto por Giambiagi e Schwartzman (2014, p. 57), o investimento público do governo federal se manteve em mesma proporção no mesmo período - cerca de 1% do PIB. Nesse sentido, princípios gerais do Direito Financeiro aos quais o Estado deve se vincular e objetivos fundamentais - tais como a

6 A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que “Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”.

7 No que diz respeito ao Brasil e sua eficiência de gasto público, o documento “Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil”, do Banco Mundial (2017), constata que o Governo Federal brasileiro gasta mais do que pode e gasta mal, sendo, inclusive, uma das grandes causas da desigualdade de renda brasileira.

redução de desigualdades sociais e regionais - acabam sendo limitados pela estrutura fiscal em desajuste, estando esse desajuste no âmbito de equilíbrio orçamentário ou no âmbito da equidade da aplicação dos recursos públicos.

No que pese a necessidade de se elevar a despesa pública para financiar um Estado de Bem-Estar, o caráter social da Constituição pouco tem a ver com o desequilíbrio fiscal dos últimos anos, tendo o mesmo arcabouço institucional permitido comportamentos fiscais distintos e trazendo inúmeros avanços em matéria financeira, seja na elaboração, execução e controle do orçamento público (AFONSO *et al.*, 2016, n. p).

4. O NOVO REGIME FISCAL, AJUSTE FISCAL E PROGRAMA CONSTITUCIONAL

4.1 A emenda constitucional nº 95 no contexto de crise fiscal

Como abordado no tópico anterior, a continuidade de uma política fiscal insustentável levou a um desequilíbrio fiscal a partir de um crescimento descontrolado das despesas primárias, sucessivos *déficits* orçamentários e pressão sobre o aumento da dívida pública. Contudo, a atual crise fiscal, de modo contrário ao que ocorreu no passado, não é uma crise que se possa resolver apenas com cortes de alguns gastos, mas com uma estratégia de ajuste fiscal mais severa e estrutural (PASTORE, 2016, n. p.).

Nesse sentido, é necessária uma estratégia de contenção de gastos, com reformas estruturais do lado fiscal e correções na política econômica, de modo a diminuir o volume de gastos públicos em relação ao PIB. Affonso Pastore (2016, p. n.) demonstra que, com a ausência dessas reformas estruturais, a existência de *superávits* primários no futuro

só poderá se dar através de um aumento da carga tributária, o que é bastante prejudicial ao crescimento econômico.

Com base nessa constatação, o Governo Federal aprovou em 2016 a Emenda Constitucional nº 95, que institui o Novo Regime Fiscal (NRF). O NRF se caracteriza, principalmente, pela imposição de um limite de crescimento da despesa primário do Governo Federal. Põe-se, conforme o disposto nos arts. 106 e 107, § 1º, II do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), limites individualizados para o crescimento dos gastos primários dos orçamentos Fiscal e da Seguridade Social ao índice de inflação oficial do Governo medido no ano fiscal imediatamente anterior por, no mínimo, dez anos.

Com o objetivo de reforçar sua força vinculante, o NRF prevê ainda sanções no caso do descumprimento dos limites individuais dispostos no art. 107, § 1º, II, ADCT. As sanções se encontram no art. 109, I a VIII do ADCT, na forma de vedações no que diz respeito à criação de cargos, auxílios, realização de concurso público etc. As vedações constantes nos incisos do art. 109 buscam conter o crescimento das despesas obrigatórias, apontadas como principais responsáveis pela elevação dos gastos primários. As vedações dos incisos devem ser observadas pelo Poder ou órgão descumpridor até o final do exercício de retorno das despesas aos respectivos limites, conforme disposto no *caput* do art. 109 do ADCT.

Em que pese a necessidade de se realizar um amplo e profundo ajuste fiscal e a necessária instituição de um corpo normativo para o controle da despesa pública, o NRF sofreu inúmeras críticas e até mesmo acusações de inconstitucionalidade⁸. De um lado, os defensores

8 Para saber mais, vide as ADI's 5680, 5658 e 5633 do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e outros, respectivamente. Ocorre, no entanto, que não é o escopo deste trabalho discutir a constitucionalidade do Novo Regime Fiscal, mas, sim, o seu impacto na busca pelo reequilíbrio fiscal brasileiro e, por conseguinte, na efetivação

da adoção do NRF argumentaram que o teto de gastos estabelecido poderia dar sustentabilidade ao crescimento dos gastos públicos e da Dívida Pública; de outro, os contrários ao NRF alegavam que o teto de gastos levaria à falência dos serviços públicos prestados à população.

Porém, numa análise mais acurada dos dispositivos do ADCT incluídos pela Emenda Constitucional nº 95, é possível inferir que as duas argumentações superestimam o impacto geral do teto constitucional. Isso por que o teto de gasto fixado não é tão rígido e possui algumas cláusulas de abertura para gastos acima do limite (BITENCOURT & SILVA, 2017, p. 7-8). Além disso, dado o elevado grau de rigidez do orçamento público federal, o cumprimento do teto de gastos sem um conjunto de reformas fiscais adicionais se torna desafiador, de modo que o cumprimento do teto não é a única solução possível para se atingir o equilíbrio fiscal (MESQUITA e SCHNEIDER, 2018, p. 52).

A todo modo, o impacto de um ajuste fiscal estrutural no Estado brasileiro pode ser gigantesco para o desempenho econômico em médio e longo prazo. Conforme simulações de Cavalcanti e Souza Jr. (2018, p. 152), o crescimento econômico do país pode receber um impulso visivelmente positivo caso a situação fiscal, uma vez ajustada, possa conter o crescimento explosivo da dívida pública e manutenção da estabilidade macroeconômica. No entanto, o equilíbrio orçamentário e a estabilidade fiscal não são condições suficientes para a promoção do crescimento econômico e desenvolvimento nacional, sendo necessário, também, um conjunto de medidas no âmbito da microeconomia, voltadas ao aumento da produtividade e do investimento (CAVALCANTI & SOUZA JR., 2018, p. 154)⁹.

Além disso, até mesmo olhando apenas do ponto de vista fiscal, o NRF não é suficiente para a sustentabilidade das finanças públicas,

dos objetivos constitucionais.

9 O autor aponta como principais reformas microeconômicas o melhoramento do aparato regulatório para investimentos em infraestrutura, a reforma tributária,

como já disposto anteriormente. Ainda existe uma urgente necessidade de realização de reformas fiscais adicionais para o cumprimento efetivo do teto constitucional no decorrer dos próximos anos, sobretudo reformas no âmbito das despesas obrigatórias do Governo Federal, tais como as reformas no âmbito administrativo e previdenciário (MESQUITA & SCHNEIDER, 2018, p. 52; CAVALCANTI & SOUZA JR., 2018, p. 152).

4.2 A austeridade fiscal em contraposição ao estado social: uma falsa dicotomia

Embora a realidade econômica imponha a necessidade de um ajuste fiscal estrutural para a efetivação das políticas públicas, existe uma preocupação legítima entre diversos pesquisadores no que diz respeito a possíveis consequências negativas do Novo Regime Fiscal sobre os direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, muitas vezes intitulados como direitos fundamentais de segunda geração ou direitos prestacionais materiais. Em verdade, a preocupação se estende para além do regime fiscal adotado pelo Brasil a partir de 2016, alcançando políticas de austeridade fiscal como um todo.

É uma preocupação digna, uma vez que todo o avanço que o direito moderno, sobretudo o constitucional, apresenta hoje é resultado “da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana” (BRANCO, 2018, p. 135). Contudo, a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana e

reformas no âmbito regulatório do mercado financeiro, investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) e maior abertura comercial (CAVALCANTI & SOUZA JR., 2018, p. 156).

dos direitos fundamentais não está, de forma alguma, em contraposição à sustentabilidade fiscal e medidas de austeridade.

Em primeiro lugar, deve-se entender que a ordem constitucional pós-1988 tem um cuidado especial em regular a atividade financeira do Estado, tendo uma nítida preocupação com o controle do endividamento público e equilíbrio fiscal em diversos dispositivos constitucionais e também infraconstitucionais (MENDES, 2018, p. 1585)¹⁰. Somado a isso, toda a atividade financeira do Estado deve ser regida conforme princípios gerais do Direito Financeiro, tais como o princípio do desenvolvimento econômico, da equidade entre gerações, do equilíbrio orçamentário e da responsabilidade fiscal (TORRES, 2011, p. 90).

Desse modo, a República Federativa do Brasil se vincula a buscar o desenvolvimento nacional disposto no art. 3º, II da Constituição; igualmente, não pode permitir que as futuras gerações contraiam dívidas impagáveis devido ao endividamento insustentável das antecessoras ou permitir sucessivos *déficits* públicos indefinidamente (TORRES, 2011, p. 105). Nesse sentido, a própria Lei Complementar nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, foi criada para a regulamentação de dispositivos da Constituição Federal que demandavam lei complementar no âmbito financeiro (ABRAHAM, 2011, p. 172)¹¹.

Dessa maneira, o equilíbrio financeiro é um objetivo a ser perseguido pelo Estado e não se encontra em contraposição aos direitos

10 No que diz respeito aos dispositivos constitucionais, tem-se, por exemplo, o art. 167, III, que disciplina que é vedada “a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta”; quanto aos dispositivos infraconstitucionais, o melhor exemplo é a Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal, surgindo já no art. 1º, § 1º. E alvo de destaque dos arts. 29 a 40 da referida Lei.

11 Observa o autor: “Três normas constitucionais do texto original da redação de 1988 – arts. 163, 165 e 169 – exigiam regulamentação através de uma lei complementar. O art. 163 da Constituição Federal determina que a Lei Complementar disponha sobre:

fundamentais. Ao contrário, a atividade financeira pública tem um caráter instrumental e se destina a “prover o Estado com recursos financeiros suficientes para atender às necessidades públicas” (ABRAHAM, 2011, p. 19).

Assim, a preservação de um ambiente fiscal saudável e sustentável é, inclusive, mais benéfica para a efetiva proteção dos direitos sociais. Isso porque os direitos sociais são direitos dependentes de uma dada situação econômica favorável à sua efetivação, uma vez que a escassez de recursos econômicos implica a necessidade de que o Estado faça uma escolha de prioridades (BRANCO, 2018, p. 162). Nesse sentido, os direitos sociais

notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam

I – finanças públicas; II – dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo poder público; III – concessão de garantias pelas entidades públicas; IV – emissão e resgate de títulos da dívida pública; V – fiscalização das instituições financeiras; VI – operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII – compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional. Já o inciso II do § 9o do art. 165 da Constituição prevê que cabe à Lei Complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de Fundos. Finalmente, o art. 169 da Carta Magna demandava a fixação de limites para a realização de despesas com pessoal ativo e inativo da União a partir de Lei Complementar” (ABRAHAM, 2011, p. 172).

as disponibilidades materiais do Estado. (BRANCO, 2011, p. 162).

Há, no entanto, uma observação a ser feita ainda no âmbito do NRF. Nas normas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 95, observamos um tratamento especial para gastos sociais, disposto no art. 110 do ADCT.

O constituinte derivado decidiu por dar um tratamento especial às despesas com saúde e educação, estabelecendo uma aplicação mínima constitucional que cresce conforme a mesma regra que, para os demais gastos, é limite. Ou seja, nas áreas de saúde e educação, o teto de gastos não se aplica, ao contrário, coloca-se um piso que deverá ser corrigido conforme a inflação. Nesse sentido, as despesas com saúde e educação poderão crescer acima de inflação, ao contrário da despesa primária como um todo. Assim diz o art. 110:

Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Desse modo, limita-se o crescimento do gasto público primário ao mesmo tempo que se cria regras específicas para áreas tão caras à sociedade, de modo a minimizar possíveis impactos negativos. Além disso, não há nenhum dispositivo nas normas do Novo Regime Fiscal que limite o crescimento de gastos específicos do Poder Público, mas

apenas dos orçamentos individualizados dos órgãos e poderes públicos, em âmbito Fiscal e da Seguridade Social, como um todo.

Desse modo, mesmo as despesas que não tenham uma aplicação mínima garantida, não têm qualquer impedimento de crescer acima da inflação, desde que o gasto primário total esteja dentro do limite individualizado disposto no art. 107, II, ADCT.

Não sendo suficiente tais observações, Bitencourt e Silva (2017, p. 7-8) ainda observam algumas cláusulas de aberturas nas normas do NRF. A primeira delas está implícita no art. 106 do ADCT, no qual se institui o Novo Regime Fiscal “no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União”, o que retira da regra geral o Orçamento de Investimento de Empresas Estatais disposto no art. 165, § 5º, II da Constituição Federal, bem como demais despesas financeiras, tais como programas como FIES e gastos a serviço da Dívida Pública.

Somado a isso, há, no art. 107, § 6º do ADCT, uma segunda cláusula de abertura que relaxa o teto de gastos imposto pelo art. 107, § 1º, II. Retira-se do teto de gastos as transferências constitucionais, abertura de créditos extraordinários, gastos com Justiça Eleitoral para a realização de eleições e aumento de capital em empresas estatais não dependentes.

Logo, o NRF não é um “congelamento” total das despesas públicas que acaba por enrijecer o orçamento, mas permite que despesas específicas possam crescer acima do limite geral posto por ele mesmo. A contenção do crescimento da despesa é significativa, uma vez que o limite abarca a maior parte do orçamento primário; no entanto, não há motivos para apontar uma falência dos serviços públicos e garantia dos direitos fundamentais, uma vez que eles próprios dependem do retorno à estabilidade fiscal para que sejam efetivados.

5. CONCLUSÕES

Como observado, o processo de deterioração fiscal pelo qual o Estado brasileiro vem passando nos últimos anos tem comprometido fortemente a consumação do programa constitucional, uma vez que, para dispor de políticas públicas e instituições que garantam o desenvolvimento nacional e a correção de desigualdades, é necessária uma robusta estrutura fiscal para arcar com os seus custos.

Essa crise fiscal, como já observado anteriormente, tem sua origem principalmente no crescimento insustentável e irresponsável da despesa pública, sem os devidos cuidados para se observar a sustentabilidade e a qualidade do gasto estatal. Assim, de modo a superar a frágil estrutura fiscal existente no Brasil, deve ser despendida uma política de ajuste fiscal efetiva, estrutural e de longo prazo, via controle da despesa pública, que permita maior segurança aos agentes econômicos, diminua a pressão inflacionária e dê sustentabilidade ao crescimento da dívida pública.

O Novo Regime Fiscal, como parte da estratégia de ajuste adotada pelo Governo Federal em 2016, demonstra-se de grande importância no equilíbrio das finanças públicas brasileiras, já que limita o crescimento da despesa primária à inflação do ano anterior, garantindo uma aplicação mínima às áreas de Saúde e Educação e incentivando o Governo Federal a implementar reformas fiscais adicionais e econômicas para a garantia de um ambiente fiscal e um crescimento econômico sustentáveis.

A instituição de um teto de gastos, no entanto, não é capaz de resolver o problema fiscal brasileiro, devendo ser observado como uma medida dentro de uma estratégia de contenção de gastos maior. E, embora posta em contraposição ao Estado de Bem-Estar, não há razões para acreditar que uma política de ajuste da situação fiscal possa comprometer o programa constitucional. Ao contrário, ao se garantir a sustentabilidade das finanças públicas, permite-se que o Estado tenha

ainda mais recursos para prover serviços públicos de melhor qualidade para a população.

Destarte, a consumação do objetivo fundamental de desenvolvimento disposto no art. 3º, II da Constituição Federal, bem como dos demais objetivos dispostos no art. 3, depende do ajuste das finanças públicas brasileiras e o Novo Regime Fiscal tem sido um importante corpo normativo para frear a deterioração das contas públicas e reforçar os princípios e normas da sustentabilidade e responsabilidade fiscal no país.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, M. **Curso de direito financeiro brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 320p.

AFONSO, J. R.; BIASOTO, G.; KÖHLER, M.; SALTO, F. As duas dimensões do ajuste fiscal. In: BACHA, E (Org.). **A crise fiscal e monetária brasileira**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. Não paginado.

BERCOVICI, G. Política econômica e direito econômico. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. n. 105, p. 389-406, jan/dez. 2010.

BITTENCOURT, F. M. R.; SILVA, J. R. P. **Uma interpretação para o teor dos dispositivos da Emenda Constitucional no 95, de 15 de dezembro de 2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal com limites para o gasto da União, e considerações sobre sua implementação**. Brasília: Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal, 2017. 60p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Diário Oficial da União: 16/12/2016, p. 2.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União: 05/05/2000, p. 1.

BRANCO, P. G. G. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 135-257p.

CAVALCANTI, M. A. F. de H.; SOUZA-JÚNIOR, J. R. de C.. Cenários macroeconômicos para o período 2020-2031. In: IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Carta de Conjuntura (out. - dez. 2018)**. Brasília: Ipea, 2018. v. 41. 151-163.

GIAMBIAGI, F.; SCHWARTSMAN, A. **Complacência**: Entenda por que o Brasil cresce menos do que pode. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. 272p.

MENDES, G. F. Tributação, finanças públicas e controle da atividade financeira na Constituição Federal de 1988. In: BRANCO, P. G. G.;

MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1538-1593p.

MESQUITA, M.; SCHNEIDER, P. O caminho para o reequilíbrio fiscal. PASTORE, A. C. In: **Como escapar da armadilha do lento crescimento**. São Paulo: Centro de debate de políticas públicas, 2018. 50-99p.

PASTORE, A. C. Desajuste fiscal e inflação: uma perspectiva histórica. In: BACHA, E (Org). **A crise fiscal e monetária brasileira**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. Não paginado.

PORTUGAL, M. Política fiscal na primeira fase do Plano Real, 1993-1997. In: BACHA, E (Org). **A crise fiscal e monetária brasileira**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. Não paginado.

RISTER, C. A. **Direito ao Desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 560p.

TAVARES, A. R. **Direito constitucional econômico**. Rio de Janeiro: Método, 2011. 263p.

TORRES, R. L. Introdução e Princípios Gerais. In: _____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 3-167p.

THE FISCAL CRISIS AND ACHIEVEMENT OF CONSTITUTIONAL OBJECTIVES: THE FISCAL POLICY AS A TOOL FOR DEVELOPMENT

ABSTRACT

This paper proposes to investigate the nature of the fiscal crisis that Brazil has been going through and how it delays the attainment of

the fundamental objectives of the Republic, especially that of national development, provided for in art. 3, II of the Federal Constitution of 1988. We also analyze the fiscal adjustment policy adopted by the Federal Government since 2016, based on the imposition of a growth limit of primary expenditure and the institution of several fiscal and microeconomic structural reforms, as well as their effects on the constitutional program and Welfare State. It was concluded that the New Public Financial Regime is a positive balance for the adjustment of public finances, however, it must be followed by a series of structural reforms for the effective return of fiscal stability and economic development of the country.

Keywords: Fiscal Crisis. New Public Financial Regime. Development. Public Expense. Financial Law. Public Financials.

MEDIDAS ALTERNATIVAS PENAIS: A INSUFICIÊNCIA HISTÓRICA DAS PENAS ALTERNATIVAS ANTE A REALIDADE BRASILEIRA

Victor da Silva Morais¹

RESUMO

O trabalho consiste em analisar a situação presente e a construção passada das medidas desencarceradoras, enfocando-se nas penas alternativas no que tange à sua aplicação conforme estabelecido no Código Penal e à realidade no caso concreto. Ademais, adentra-se na discussão histórica de como tais medidas foram aplicadas no decorrer dos sistemas jurídicos penais do Brasil, bem como faz um comparativo da presente situação com o de países que obtiveram medidas eficazes no desencarceramento da população prisional e na aplicação de medidas alternativas como forma de sanção penal. Chegou-se à conclusão de que urge a tomada de medidas assemelhadas às de casos bem-sucedidos como forma de reduzir a superlotação penitenciária e minorar os efeitos do punitivismo penal, elemento historicamente

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: victormorais99@hotmail.com

constante no ordenamento jurídico pátrio, visando ao benefício do sistema penal brasileiro.

Palavras-chave: Penas Alternativas. Encarceramento em massa. Histórico Penal. Medidas Desencarceradoras. Direito Penal.

1. INTRODUÇÃO

O encarceramento em massa é, historicamente, uma problemática do direito penal brasileiro, indo desde o aprisionamento e punitivismo desproporcional, passando pelos escravos no período do Brasil Imperial e chegando às rebeliões em massa em 2017, o que mostra que o modelo penitenciário pátrio se constitui como problemático para as funções estabelecidas em lei, que é o de punir e ressocializar aquele que cometeu o delito. Nesse âmbito, abre-se a possibilidade da utilização das medidas desencarceradoras para a mitigação da criminalidade, sem incidir em um punitivismo excessivo que existe no sistema penal do Brasil.

As medidas desencarceradoras são promovidas e definidas pelo PNUD e pelo DEPEN (2016) como a promoção do desencarceramento via medidas alternativas penais para as condutas residuais em que haja a necessidade da intervenção penal mínima. Intervenção penal mínima “é uma tendência político-criminal contemporânea que postula a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015). Já Muñoz Conde preceitua que o princípio da intervenção mínima significa “que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito (CONDE, ARÁN, 2010).

A partir da Lei nº 7.209/84, o Código Penal estabeleceu as punições alternativas, que foram ampliadas e atingiram o presente

patamar com a Lei nº 9.714/98, estabelecendo cinco modalidades de punição: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV e art. 46, CP), prestação pecuniária (art. 43, I, CP), perda de bens e valores (art. 45, §3º, CP), interdição temporária de direitos (art. 47, CP) e a limitação de fim de semana (art. 48, CP). São medidas para crimes de menor potencial ofensivo e buscam evitar que réus primários tenham de adentrar no sistema penitenciário, evitando por tabela a reincidência. No entanto, segundo dados do Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP), mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017), cerca de 40% dos presos do sistema penitenciário são provisórios, o que mostra que as medidas alternativas ainda não são aplicadas de forma correta no ordenamento penal brasileiro, havendo brecha, portanto, para análise mais profunda dessas medidas como forma de mitigação da criminalidade sem o uso do encarceramento massivo.

Dessa forma, o presente artigo aborda como a prática do encarceramento foi desenvolvida no Brasil, conforme a historiografia dos Códigos Penais brasileiros, demonstrando que a prática de punitivismo por meio do encarceramento não foi algo construído imediatamente, mas, sim, uma construção contínua, que vai desde o período colonial e se consolida no período corrente. Ademais, a análise de dados comparativos com outras nações para indicar que o uso de medidas de penas alternativas favorece o direito penal como um todo foi utilizada como forma de abordagem deste trabalho, como uma maneira de visualização da situação calamitosa brasileira não apenas perante o próprio país mas também perante o mundo.

2. CONTRAPONTO DA REALIDADE BRASILEIRA EM FACE AO APRESENTADO EM OUTROS PAÍSES

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), no que tange ao ano de 2016, a população carcerária brasileira constituía-se de 726.712 presos (como mostra o

gráfico I), enquanto o número de vagas rondava em torno de 368.049 em todo o país. O evidente déficit de vagas revela preocupação com o sistema penitenciário, haja vista que a ocupação é de quase 200% na relação entre presos e número de vagas e esse número vem ascendendo consideravelmente nos últimos anos, como revela o gráfico II, tendo também um índice de encarceramento de 300 presos a cada 100 mil habitantes. Essas gritantes informações trazem a visão de que medidas desencarceradoras devem ser adotadas de alguma forma para desafogar o sistema penitenciário nacional, conforme gráficos abaixo:

Gráfico 1: Presos no sistema penitenciário brasileiro entre 2006-2016



Fonte: DEPEN/INFOPEN (2016)

Gráfico 2: Correlação entre número de presos e número de vagas, bem como o déficit de vagas no sistema penitenciário



Fonte: DEPEN/INFOPEN (2016)

A primeira visão a ser abordada é a partir do exemplo positivo fornecido por outras nações, bem como uma comparação com o que há de similar no ordenamento jurídico brasileiro. Uma nação que pode servir de exemplo é a Holanda, onde, segundo dados da World Prison Brief (WPB), a população penitenciária foi reduzida de 20.463 presos em 2006 para 10.115 em 2016. A razão dessa redução perpassa por diversas camadas do direito penal, iniciando com a aplicação de medidas alternativas, em que 51.800 das 185.000 sanções aplicadas no ano de 2008 eram multas e 40.600, serviços comunitários, bem como cerca de 90% dos crimes foram solvidos a partir de multas ou serviços comunitários, como dito por W.J van der Wolf e R. van der Wolf (2008, p.10). Já nos casos em que se aplicam o encarceramento, entre o ano de

1990 e de 2006, segundo dados do WPB, o índice de encarcerados saltou de 45 para 126 a cada 100.000 habitantes. O embrião para as mudanças vistas entre 2006 e 2016 veio com o Ato de Princípios Penitenciários de 1998, que trazia escopo legal aos direitos humanos e punha como princípio norteador da sentença não o da separação, mas o princípio da associação, garantindo o mínimo de atividades e infraestrutura para os apenados, bem como sua salvaguarda legal (WJ VAN DER WOLF; R. VAN DER WOLF, 2008, p.141). Essa segurança jurídica, instituída pelo governo holandês em 1999, começou a render frutos em 2006 a partir da redução do número de encarcerados, de forma que a Holanda saiu de uma das maiores médias europeias de encarcerados (126 encarcerados para 100.000 habitantes) para a média de 59 para 100.000 pessoas, constituindo-se, assim, como exemplo para o Brasil, onde há 700.000 encarcerados e 326 presos para cada 100.000 pessoas.

Outra nação que tem a trazer no que tange à redução da população carcerária é a Rússia, sendo esse o país que oferece maiores possibilidades de intercâmbio com o Brasil, visto sua semelhança em termos de tamanho populacional, seja em população total, seja em carcerária. O World Prison Brief também traz dados da Federação Russa e mostra que a população carcerária saiu de 823.403 presos em 2006 para os 646.085 presos, como aponta o Gráfico III. Existem algumas hipóteses de como se realizou esse trabalho, tanto no âmbito de como realizou a redução *per se*, como o modo que ela organizou, devido aos grupos ainda presentes e encarcerados. As três hipóteses mais fortes para os resultados obtidos são, de acordo com Fonseca et al (2017, p; 61):

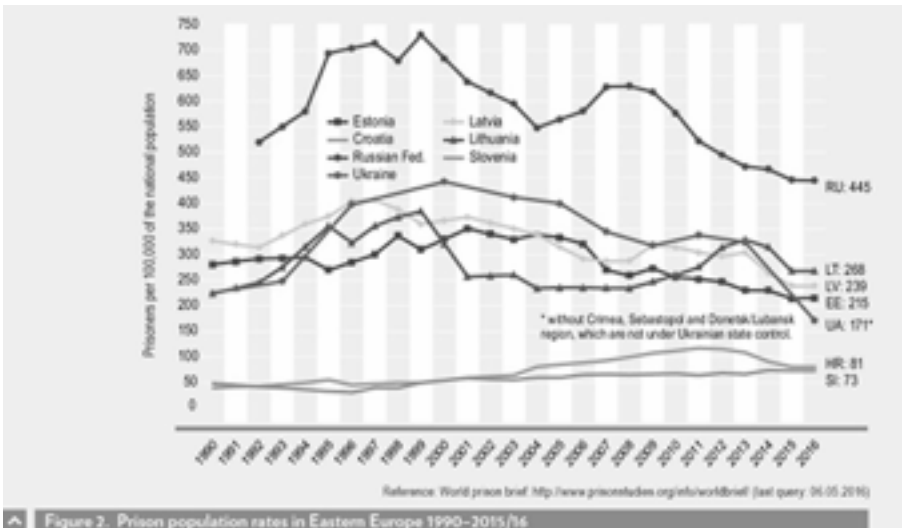
1. A transferência da gestão do sistema prisional pelo Ministério de Assuntos Internos para o Ministério da Justiça, medida importante no sentido de desvincular o sistema do legado dos campos de trabalho forçado e melhorar as condições prisionais;
2. Mudanças no Código de Processo Penal, em 2001, como a limitação temporal para prisão provisória e a

transferência dessa decisão dos promotores para os juízes;

3. Anistias seguidas e em larga escala, voltadas à redução da superpopulação prisional, com aproximadamente 200 mil liberações e 40 mil reduções de pena.

Ainda assim, cabem as devidas ressalvas quando se fala do sistema russo, principalmente no que tange à arbitrariedade das prisões e às consequências gravosas da superpopulação, também apresentados por Fonseca et. al (2017, p.61), como as epidemias de tuberculose e o enorme contingente de apenados entre homens adultos, de modo que 1 em cada 4 homens já passaram pela cadeia. De todo modo, essa redução apresentada pelo sistema russo pode mostrar, para um sistema em crise como o brasileiro, de que maneira se portar diante de uma população carcerária de tamanho estratosférico, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 3: Índice de encarceramento no Leste Europeu e Rússia (índice RU no gráfico) entre 1990-2016



Fonte: World Prison Brief (2016)

No aspecto brasileiro, primeiro devem se observar os dados de aplicação de pena alternativa e pena privativa de liberdade para realizar a comparação efetiva com o adotado pelos países referidos, tendo como foco principal a reincidência e a criminalidade entre os casos comparados. No relativo à aplicação da sentença, dados do IPEA de 2015 mostram que 46,8% dos réus são condenados à pena privativa de liberdade, enquanto apenas 12,2% são condenados a cumprirem penas alternativas e outros 6% a algum tipo de medida alternativa (IPEA, 2015, p. 37). Outra informação importante trazida pelo IPEA é a de que 37% dos presos provisórios não são condenados à pena privativa de liberdade, mostrando o “sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça do país” (IPEA, 2015, p.38), sendo esse um dos cerne do problema do encarceramento massivo brasileiro.

O CNJ também traz dados de suma importância para o entendimento de tal problemática, pois trata das sentenças aplicadas de forma geral no Brasil. Segundo dados de 2017, dos casos penais totais julgados no Brasil, cerca de 281.007 cominaram execuções de natureza não privativa de liberdade, enquanto que, em apenas 156.285 dos casos, realizaram-se, de fato, execuções de penas não privativas de liberdade. Ademais, a série histórica mostra uma ascensão muito mais forte das penas privativas de liberdade, mostrando o salto da casa dos 190.000 em 2012 para os 281.000 apresentados pelo estudo do ano de 2016.

Ante o exposto, faz-se necessário também comparar os índices de criminalidade mais recentes entre as nações aqui citadas. O primeiro ponto a se ressaltar é que a aplicação de penas alternativas e as medidas de desencarceramento não mudam por si só o índice de criminalidade, mas exercem um papel de suma importância na conscientização e na abordagem dos delitos para com a sociedade. No relativo à Holanda, durante o período de maior encarceramento, durante as décadas de 80 e 90, o CBS (Central de Estatísticas dos Países Baixos) monitorou um aumento da criminalidade de 53 crimes a cada 1.000 pessoas para 93 para 1.000 no ano de 2000, iniciando, a partir desse período, uma redução que culminou no número de 49 crimes para 1.000 pessoas

em 2017. A redução coincidiu com o início da aplicação do Ato de Princípios Penitenciários de 1998, bem como com a adoção de medidas já supracitadas, como a maior aplicação de multas e medidas alternativas em vez do encarceramento.

Já no que tange à Rússia, evidencia-se um caso mais palpável de comparação com o Brasil. O país apresenta uma redução da criminalidade latente desde 2007, segundo dados da TASS (Agência Rússia de Estatística), atingindo seu pico em 2017, com a taxa de 140.000 crimes totais na nação, perfazendo uma redução de 19% em comparação com o ano de 2016, em que houve cerca de 174.000 crimes. Ademais, o número de homicídios que residia em torno dos 44.502 por ano em 2002 reduziu para 13.120 assassinatos cometidos em 2012, distanciando da realidade da década de 2000, quando a Rússia era o país com maior índice de homicídios do mundo.

Ambos os casos, principalmente o russo, devido à sua semelhança em termos numéricos com o Brasil, mostram formas de se trabalhar com a criminalidade sem a necessidade do encarceramento massivo da população. Para discutir isso em perspectiva, vale também a análise histórica do ordenamento jurídico penal brasileiro e como a situação do encarceramento alcançou tal patamar. Desse modo, parte-se da análise presente para o exame da construção do Direito Penal brasileiro e como se chegou à situação corrente, tanto no aspecto do punitivismo gerado pelo penalismo brasileiro quanto pelo encarceramento em massa ocasionado por esse punitivismo.

3. ESCOPO HISTÓRICO DA APLICAÇÃO DAS PENAS NO BRASIL E SUA EFETIVIDADE PRÁTICA

Em termos doutrinários e históricos, há também a mostra de como, no decorrer do tempo, há uma deficiência na aplicabilidade das penas alternativas no Brasil e como isso acarretou na constituição do encarceramento em massa no país. A gênese do direito penal brasileiro

está em seu período colonial, com o uso das Ordenações Portuguesas, principalmente a partir de 1603, com as Ordenações Filipinas, caracterizadas pela aplicação de um penalismo brutal e desumano. Como bem aponta José Frederico Marques (2000), “era no famoso Livro V, que vinha regulado, nos seus institutos básicos, o procedimento penal. Sob o signo de seus sistemas normativos, cruel e despótico, ali acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário com regras processuais inquisitivas”; Luís Regis Prado (2004) completa raciocínio semelhante ao trazer que “A matéria criminal está disposta de forma assistemática e irracional: os comportamentos incriminados em número excessivo, referem tipos difusos, obscuros, derramados, por vezes, conflitantes”. Assim, aplicavam-se penas desproporcionais e desumanas, tais como trabalhos forçados, degredo e desterro, exílio, açoite, galés e penas de morte de várias formas, como a forca, esquartejamento, morte com tortura e o instituto denominado “morte para sempre”, em que o condenado era morto pela forca e tinha seu corpo exposto até sua completa decomposição, mostrando o caráter de desproporcionalidade adotado pela legislação.

Esse instituto das Ordenações Filipinas foi suprimido com a Independência do Brasil e a formação do Código Criminal de 1830. Este mostrou uma evolução imensa, sendo considerado uma legislação de vanguarda, tendo as seguintes características, como aponta Roberto Lyra:

- 1) No esboço de indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando já os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda, e depois, na Itália e na Noruega; 2) na fórmula da cumplicidade (co-delinquência como agravante), com traço do que viria a ser a teoria positiva a respeito; 3) na previsão das circunstâncias atenuantes da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa e napolitana, e adotadas muito tempo após; 4) no arbítrio judicial, no julgamento de menores de 14 anos; 5) na responsabilidade sucessiva, nos crimes por meio de imprensa, antes da lei belga e,

portanto, é esse sistema brasileiro e não belga, como é conhecido; 6) a indenização do dano *ex delicto* como instituto de direito público, também antevisão positivista; 7) na imprescritibilidade da condenação. (LYRA, 1977)

No entanto, o Código Criminal de 1830 foi responsável por manter algumas práticas que iam de encontro à humanização da pena, apesar da inegável evolução existente. O primeiro ponto provém da manutenção da pena de morte, cuja permanência no Código sofreu um grande golpe com o caso de Manuel Mota Coqueiro, condenado à pena capital por homicídio erroneamente. Apesar de sua morte ter sido a de mais destaque devido ao erro ocorrido, a última pena de morte comutada no país só viria em 1876, com o enforcamento do escravo Francisco, no estado de Alagoas. E isso leva ao segundo ponto do Código Criminal, que manteve não apenas a escravidão mas também o desequilíbrio no tratamento entre escravos e homens livres, de forma que aqueles que eram escravos recebiam penas mais duras em relação aos crimes cometidos por homens livres. Por fim, o Código Criminal Imperial ainda mantinha a ligação entre Igreja e Estado, o que trazia a previsão penal de crimes como heresia e blasfêmia, como traz Dotti (2005). Em suma, o Código Criminal trouxe seus avanços, principalmente no que tange à humanização da pena, mas manteve uma prática de desequilíbrio penal e, por ser o período que se instituiu o encarceramento, gerou a estratificação mantida até hoje no sistema penitenciário brasileiro, além de ser a raiz do punitivismo encarcerador.

Com o advento da República, em 1889, o Brasil encarava um cenário diferente não apenas pelo fim do período monárquico mas também pela abolição da escravatura, ocorrida um ano antes. Com esse cenário, viu-se a necessidade de reformular o sistema de Direito Brasileiro, sendo, portanto, o primeiro Código republicano, o Código Penal de 1890. Sobre esse, Shecaira e Corrêa Júnior (2002) trazem que “mesmo diante de tantas modificações, as penas conservavam ainda seu caráter instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social”. Ademais, a construção do Código de 1890 sofreu

com defeitos técnicos e imperfeições conceituais, sendo colocadas em pauta sucessivas reformas, todas sem sucesso de aceitação. Uma das principais falhas foi a inspiração do penalismo clássico, que cominava as penas com o caráter meramente retributivo, o que estabelecia uma dicotomia estrita entre o delito e a pena, gerando um déficit de penas alternativas o qual direcionava todos aqueles que cometiam delito (que, vale salientar, pelo período, eram em sua imensa maioria antigos escravos libertos pela Lei Áurea) para o sistema prisional. Além disso, diversos crimes foram codificados como forma de encarceramento da massa recém-liberta, principalmente o crime de vadiagem, cujo texto do Código Penal estabelecia como uma das hipóteses da vadiagem “a exibição pública de exercícios de habilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem” (art. 402, Código Penal de 1890). Esse artigo é a síntese do caráter punitivista e, pelo próprio modo em que foi positivado o CP de 1890, encarcerador sobre a população que havia sido recém-liberta e que constituía, no censo de 1872, cerca de 5,7 milhões da população brasileira, cerca de 42% do período. Esse Código permaneceu positivado até o ano de 1940, sobrevivendo o período da República da Espada e da República Velha brasileira.

Em 1937, Getúlio Vargas estabeleceu o Estado Novo, gerando outra quebra do paradigma político, em que saía de cena a democracia frágil do período da República Velha e entrava o autoritarismo, o que levou a um curto período em que houve a volta da pena de morte e os crimes políticos, com banimento de partidos políticos, sendo normatizado pela Constituição Outorgada de 1937. Em meio a esse cenário, o de mais uma quebra no ordenamento político, fez-se necessária a preparação de um Código Penal, que também revogaria o problemático Código Penal de 1890. Em 1942, entra em vigor o Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. O Código Penal de 1940, atualmente em vigor, caracterizou-se por ter finalidade tanto retributiva como preventiva, além de ter conciliado as doutrinas em voga no período. A sua construção foi complementada com a Constituição de 1946, que impunha limites ao punitivismo estatal e “consagrou, formalmente, a individualização e a

personalidade da pena. Nesse contexto, a Lei nº 3.274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002).

Esses avanços, todavia, não se refletiram no que tange às penas alternativas por alguns motivos. Primeiramente, devido ao próprio período em que o Código Penal se estabeleceu, ainda no Estado Novo varguista, apesar de, como citado, esse problema ter sido corrigido em parte por conta da Constituição de 1946. Poucos anos depois, 18 anos para ser mais exato, ocorreria o Golpe Militar de 1964, o que levaria a outro processo em que não se consideraria tanto as penas alternativas, havendo um retorno à criminalização de práticas políticas e a tentativa de reviver as penas de morte e perpétua por meio do Código Penal de 1969, que fracassou e foi revogado em 1978. Desse modo, as penas alternativas só floresceram no ordenamento por volta de 1984, quando houve a primeira reforma penal, a qual pretendia simplificar o sistema de execuções penais. O principal dessa alteração foi a possibilidade de que as penas inferiores a quatro anos pudessem ser substituídas por penas restritivas de direitos, sendo elas: a prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e interdição ou suspensão temporária de direitos. Regida pela Lei nº 7.210/84, essas mudanças foram chaves para que se estabelecessem as penas alternativas no Brasil e se desenvolvesse uma política de menos desencarceramento, mesmo que mínima, em comparação com a legislação anterior.

Por fim, a modificação penal no que tange à execução das penas alternativas mais recente ocorreu no ano de 1998, por intermédio da Lei nº 9.714/98. Esta alteração fez-se necessária devido ao incurso da Constituição Federal de 1988, pois essa estabelecia princípios e sanções penais não presentes no Código Penal. Como traz Fontana (2000), o primeiro aspecto é a ampliação do leque devido à Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), em que “previu-se através do instituto da Transação Penal, a não aplicação da pena privativa de liberdade às contravenções penais e aos crimes em que a pena máxima cominada não seja superior a um ano”. Ademais, incluíram-se mais duas penas

restritivas de direitos ao rol estabelecido pela Reforma de 1984, sendo elas a prestação pecuniária e a perda de bens. Por outro lado, Fontana (2000) traz pontos críticos de que “a lei abriu lastimável vácuo ao permitir a substituição da pena ao reincidente”, o que na visão do autor gera insegurança jurídica por conta dos casos pendentes e expectativas falsas em relação àqueles que cometem os delitos, além de prever que “algumas penas substitutivas tenham duração inferior à pena substituída (art. 55, CP), o que representa incerteza absoluta quanto à resposta penal e descaracteriza a pena que deve ser certa quanto a espécie e duração” (FONTANA, 2000).

Em suma, a análise pormenorizada do histórico do sistema penal brasileiro, apesar das inovações por vezes apresentadas, principalmente no Código Criminal de 1830, mostra que a construção da aplicação do encarceramento em massa foi lenta e gradativa, tendo como pontos principais para a situação atual alguns aspectos. O primeiro é o do punitivismo excessivo para a população negra e pobre, desde o período das Ordenações Filipinas, haja vista o escravismo existente e que punia de forma tenebrosa aqueles que eram submetidos a tal regime, sendo esse sistema de castigos mantido para essa população mesmo depois do Código de 1830, caracterizado pela imensa desigualdade existente para o tratamento entre homem livre e escravo (como no supracitado caso Manuel da Mota Coqueiro, em que o erro de julgamento que houve foi considerado uma mancha histórica, enquanto julgamentos de escravos eram basicamente um tribunal de condenação), enquanto no período republicano houve a criminalização de práticas comuns à população negra. Outro ponto é que, historicamente, pouco se adotavam as penas alternativas humanizadas (e aqui cabe esses parênteses de humanizada, pois as Ordenações Filipinas traziam penas alternativas, mas essas eram totalmente contrárias a qualquer direito humano, como já apresentado), de forma que mesmo a multa consistia um instrumento jurídico pouco utilizado para a magnitude e a abrangência dos Códigos Civis, tendo uma mudança de panorama apenas em 1984. Por fim, a própria idade e período que o atual Código Penal constitui não abrange de forma

adequada nem o período contemporâneo, tampouco adentra a fundo na problemática carcerária brasileira.

Assim, chega-se na situação presente, na qual as estatísticas apresentadas se aplicam, mostrando o panorama atual pós-Reformas Penais de 1984 e 1998. Dessa maneira, temos a visão de que, apesar de todos os problemas gerados nos últimos anos, a análise da construção das leis penais mostra que o processo de encarceramento em massa e as suas consequências são de uma formação lenta, provinda desde os tempos imperiais, e a preocupação com as penas alternativas só veio incorrer de forma mais incisiva na década de 1980, deixando pouco espaço amostral para a comparação efetiva entre delitos que se aplicam às penas alternativas e às penas de prisão, além de não se incutir a política de sanções alternativas no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que o encarceramento em massa é visto como o único modo de solucionar a criminalidade em ascensão, pois o ordenamento penal, salvo poucas exceções, não se acostumou a ofertar penas alternativas, desencadeando um efeito cascata no sistema penitenciário nacional, que iniciou com a superlotação e culminou nas crises de rebelião de 2017 no Amazonas e no Rio Grande do Norte

Dessa maneira, devido à insuficiência da cominação de penas alternativas, as experiências de outras nações com as penas alternativas e o desencarceramento, como as já supracitadas Holanda (em termos de medidas de execução penal exclusivamente dito, como o referido sistema holandês de multas) e, mais recentemente, a Rússia (por meio das medidas que desafogaram o sistema carcerário), servirão de grande valia para que a aplicação do direito penal saiba mitigar o conflito entre encarceramento em massa e o aumento da criminalidade de forma satisfatória.

4. CONCLUSÕES

Ante o exposto, essa análise conclui que a situação de insuficiência da aplicação de medidas desencarceradoras, mais especificamente voltada à aplicação de penas alternativas no direito penal brasileiro, não ocorreu da noite para o dia, mas foi uma construção constante, formada desde o período colonial brasileiro, cujos efeitos foram mitigados, em termos de posituação das penas restritivas de direitos ou penas alternativas, apenas na década de 80 do século XX.

Dessa maneira, incutiu-se uma cultura, tanto no aspecto jurídico quanto no aspecto leigo, de que a criminalidade só se resolveria por meio do encarceramento em massa, o que gerou uma concepção massiva do Direito Penal Simbólico, ou seja, é exigida mais severidade por parte da opinião pública como forma de mitigação da criminalidade. Porém, como verificado no decorrer desse artigo, historicamente, volta-se para o punitivismo e severidade e, com isso, o problema central da superlotação, do encarceramento em massa e da superpopulação carcerária, em vez de ser mitigado, é mantido e aumentado.

Portanto, o caráter trazido por esse artigo indica que a correlação entre aumento do punitivismo e redução da criminalidade, em termos históricos, não trouxe resultados satisfatórios, haja vista o imenso período de caráter punitivista na história brasileira e a ocorrência de poucas revoluções penais significativas (tendo como destaque o Código Criminal de 1830, mas que manteve muito das raízes ainda encontradas na crise carcerária moderna). Ademais, o espaço amostral histórico de aplicação das medidas desencarceradoras no Brasil é ínfimo, pois, além de ter sido completamente estabelecido seu regime há pouco mais de 20 anos, o ciclo vicioso que cobra mais punitivismo com o aumento da criminalidade reduz a possibilidade de aplicação de penas alternativas. Desse modo, verificar-se-á em trabalhos oportunos a possibilidade de maior aplicação de soluções similares às apresentadas e propostas nesse artigo, como a do Sistema Penal Holandês (que demanda maior trabalho de base, bem como uma profunda mudança do sistema penal como um

todo) ou do Sistema Penitenciário Russo (esse de caráter mais urgente, que foca mais na dinâmica desencarceradora *per se*). A partir dessa perspectiva é que se pode ter uma análise mais clara deste contraponto, já provado em outras nações, de que o punitivismo não equivale a reduzir crimes, mas o contrário, isto é, quanto maior for a aplicação de medidas desencarceradoras para crimes de menor potencial, maior redução ocorrerá na prática de delitos.

REFERÊNCIAS

BBC. **Holanda enfrenta ‘crise penitenciária’: sobram celas, faltam condenados**. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37966875>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal de 1890**. Rio de Janeiro, 11 out. 1890.

_____. Lei. 7.209/1984, 11 de julho de 1984, altera dispositivos do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União, DOU**, Brasília, 11 jul. 1984.

_____. Lei nº 9.714/1998, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília: **Diário Oficial da União**, 26 nov. 1998.

CONDE, F. M.; ARÁN, M. G.. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Postulados, Princípios e**

Diretrizes para a Política de Alternativas Penais. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

DOTTI, R. A. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUENKEL, F. **The rise and fall of prison population rates in Europe.** 2016. Disponível em: <<https://escnewsletter.org/newsletter/2016-2/rise-and-fall-prison-population-rates-europe>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

DUTCH NEWS. **Dutch reported crime rate continues to fall, new CBS report shows.** 2018. Disponível em: <<https://www.dutchnews.nl/news/2018/05/dutch-reported-crime-rate-continues-to-fall-new-cbs-report-shows/>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

FONSECA, A. L.; et al. **Fora de Foco: Caminhos e descaminhos de uma política de alternativas à prisão.** São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2017.

FONTANA, M. **As penas restritivas de direitos, a partir da Lei 9.714/98.** 2000. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10669-10669-1-PB.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas.** Rio de Janeiro: Ipea, 2015.

LYRA, R. **O centenário do código criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2000.

MOSCOW TIMES. **Moscow Crime Rate Hits Decade Low, Prosecutors Say**. 2018. Disponível em: <<https://themoscowtimes.com/news/moscow-crime-rate-hits-decade-low-prosecutors-say-60472>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SHECAIRA, S. S.; CORRÊA JÚNIOR, A. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WOLF, W.-J. v. D.; WOLF, R. v. D. **The Dutch criminal justice system**. Nijmegen: Wolf Publishers, 2008.

WORLD PRISON BRIEF. **World Prison Brief data: Netherlands**. 2017. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/netherlands>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

_____. **World Prison Brief data: Russian Federation**. 2017. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/russian-federation>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J.H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CRIMINAL ALTERNATIVES MEASURES: HISTORICAL INSUFFICIENCY OF ALTERNATIVE SENTENCES TOWARDS BRAZILIAN REALITY

ABSTRACT

This paper proposes to analyze the present situation and past formation of the alternative sentences in the Brazilian legal order, focusing in the application in accordance with the Brazilian Penal Code and with the reality cases. Furthermore, enters in historical discussion about these measures have been applied in Brazilian Penal Systems, as well compares the present situation with nations who has obtained effective policies to relieve prison overcrowding and who applies alternative sentences in their Penal Systems. It was concluded that urges the take of similar actions to the successful cases as a way to reduce the prison overcrowding and mitigate the penal punitivism effects, aiming the benefits of Brazilian Penal System.

Keywords: Alternative Sentences. Mass Incarceration. Historic Penal. Measures to reduce incarceration. Penal Law.

***NULLA EXECUTIO SINE TITULO* NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO DA RELAÇÃO ENTRE CULPA E PRISÃO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Luighi Ferrer Rocha Bezerra¹

RESUMO

Dado o atual estado de crise jurídica referente à relativização do princípio da presunção de não culpabilidade em função de execuções provisórias da pena, que resta longe de pacificado com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, o presente artigo tem como escopo um estudo mais aprofundado sobre as bases e institutos de tal fundamento constitucional, traçando um paralelo com o princípio do *nulla executio sine titulo*, da execução no Processo Civil e que é cabível à baila. Inicialmente, discute-se justamente a distinção para a aplicação de tal preceito na ciência criminal. Em seguida, analisa-se o instituto das prisões processuais à luz da Constituição Federal, bem como a relação entre tais institutos e a decretação de culpa do réu no processo. Logo após, procede-se à análise do conflito social causado pela valorização da liberdade e da desvalorização

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

E-mail: luighibezerra@gmail.com

do poder judiciário enquanto fomentador de tal segmento, culminando em uma análise dos desdobramentos do julgamento pelo STF das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. Por fim, conclui-se que o princípio de que não há execução sem título deve ser aplicado ao processo penal como forma de limitar o poder punitivo do Estado, sob pena de graves danos ao tecido de direitos fundamentais consubstanciado no ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Processo Penal. Presunção de Não Culpabilidade. Prisão. Culpa. Direitos Fundamentais.

“Somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que somos”

(Eduardo Galeano)

1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil sustenta-se, em seus alicerces fundadores, em um sistema de garantias fundamentais cujos desdobramentos principais se perfazem na figura do princípio da dignidade humana. Dele, decorre uma noção que, por muito tempo, resta controversa e suscetível a interpretações nefastas à aplicação jurídica de seus institutos: a presunção de não culpabilidade.

Rompendo uma matriz secular de processos acusatórios em que, ao acusado, sequer era dado o direito de exercer uma defesa

propriamente constituída, os ensinamentos de Cesare Beccaria² manifestavam-se notadamente na valoração da liberdade enquanto direito fundamental dos mais preciosos, observando que a mancha negativa de uma prisão na vida de um réu não podia ser compensada em caso de absolvição superveniente. A consagração de tais ideais se deu em 1789, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual declarava, em seu art. 9º, que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Como é de se saber, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura inconstante e oscilante quando do exame da constitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, tendo fixado recentemente uma posição mais forte na matéria através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 45. No entanto, essa oscilação também representa uma inconstância de pensamento crítico acerca de um tema tão caro ao Estado Democrático de Direito.

A princípio, o debate aqui trazido à baila carece de um estudo terminológico e da nomenclatura a que se tratam os julgamentos e discussões sobre o assunto. É de se fazer notar, inicialmente, a diferença cabal entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da presunção de não culpabilidade, sendo o último o objeto de estudo deste trabalho.

A distinção a ser feita entre os dois termos é o momento processual de sua utilização. A presunção de inocência é regra geral que presume que não há de incidir contra qualquer cidadão o pesar de um processo acusatório sem que haja fundadas razões para tal, sendo,

2 Jurista italiano notável por sua obra *Dos Delitos e das Penas*, cujas contribuições iluministas para a humanização do direito criminal são influência e referência até os dias atuais.

portanto, princípio norteador do inquérito policial e da decisão de recebimento da denúncia pelo juízo. Diferentemente, a presunção de não culpabilidade norteia o processo em juízo, visando que só poderá ser declarado culpado aquele indivíduo contra quem haja sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos do consagrado art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

A importância de um debate construído sob premissas interpretativas sólidas e bem fundadas é cada vez mais significativa em tempos de desidratação de um pensamento crítico acerca do tema. É prática a ideia de que o apelo social por um punitivismo imediatista acaba se convertendo em um problema muito maior: acusados por pequenos delitos e ignorados pelo princípio da insignificância acabam profissionalizando-se no crime em presídios que não oferecem o mínimo de condições de ressocialização do indivíduo.

Nesse cerne, o presente artigo tem por objetivo realizar minuciosa análise do tema em questão através de princípios basilares do sistema processual penal brasileiro e do ordenamento jurídico pátrio como um todo, tomando como base as fundações da Constituição Federal de 1988 e buscando solidificar um entendimento de pacificação social acerca do tema da execução provisória da sentença.

2. DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO INSTITUTO DO *NULLA EXECUTIO SINE TITULO* À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO E DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Inicialmente, é mister reforçar a necessidade da cautela ao buscar aproximar da ciência processual penal conceitos notadamente servidos ao processo civil ao longo dos anos. O direito criminal, como

um todo, deve ser tratado como ramo autônomo e com ciência e desenvolvimentos próprios.

Tal observação preliminar é significativa a partir do momento em que se constata que muito do progresso das ciências criminais, mais notadamente do processo penal, viu-se maculado por uma constante aplicação de normas vigentes no âmbito cível das relações no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, leciona o professor Walter Nunes da Silva Júnior:

Os direitos fundamentais, plasmados em forma de princípios na Constituição, constituem a espinha dorsal da teoria do processo penal, com alcance distinto ao de sua aplicação no processo civil. Isso porque há uma distinção ontológica entre um e outro, na medida em que, sendo o escopo do processo civil a composição da lide envolvendo interesses de particulares e, eventualmente, do poder público, o do processo penal é o regramento do exercício do dever-poder de punir do Estado. (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 23)

É assim, dadas tais considerações, que aqui, ao tratar-se da aplicação de conceitos gerais do processo na seara criminal, buscase traçar paralelos entre as duas ciências, visto que, teleologicamente, paralelos não se cruzam, mas apenas se acompanham mutuamente.

Embarcando mais especificamente no instituto do princípio *nulla executio sine titulo*, entende-se que este, em tradução literal, significa que “não há execução sem título”. É a ideia tratada no Processo Civil de que é necessário um título judicial ou extrajudicial que comprove a materialidade e a realidade de tal procedimento de constrição, devendo-se tal fato à ideia de que, na execução, intervém-se na liberdade patrimonial do indivíduo no polo passivo, colocando-o em posição desfavorável. (NEVES, 2018, p. 1061)

No Processo Penal, opera-se em semelhante rumo. No entanto, observa-se que a autonomia violada na seara criminal não é a patrimonial, mas a liberdade do indivíduo em sentido amplo. Ainda, o

título da execução penal deve ser, como preceitua o texto constitucional, estritamente judicial: uma sentença condenatória transitada em julgado.

Neste ramo, torna-se que a máxima do título é ainda mais importante na análise aqui realizada, visto que, no âmbito cível, o processo é um meio de pacificação social que decorre da falha em se resolver a causa extraprocessualmente, enquanto que, na seara criminal, por outro lado, o processo é, de fato, a única via para se alcançar eventual punição a um indivíduo.

Tomando esse gancho, traremos as peculiaridades de cada ramo de maneira a guiar a compreensão e iniciar a estabelecer premissas mais sólidas de interpretação sobre o tema.

2.1 Principiologia hodierna aplicada no Direito Processual Civil em contraste ao Processo Penal

O Processo Civil passou, em seus últimos tempos, por muitas reformas no ordenamento jurídico vigente. O advento do novo Código de 2015 trouxe inovações precipuamente na questão da execução, com uma adaptação de seus institutos à realidade moderna.

Em tal faceta, observa-se que, hoje em dia, o Processo Civil lida com uma flexibilização muito maior da preciosa segurança jurídica anteriormente desprendida aos autos.

No novo processo, o título deixou de ser sinônimo de certeza jurídica, principalmente devido à possibilidade de concessões prévias, também se permitindo a utilização de meios executivos atípicos. Admite-se essa atipicidade porque se entende que nem sempre o legislador é capaz de prever todos os meios executivos possíveis e utilizáveis (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 87). De tal forma, deu-se ao Judiciário o poder de determinar as medidas executivas.

Diametralmente oposto nesse sentido é o Processo Penal, no sentido de que as condenações, prisões e execuções devem seguir um rito específico de tipicidade no que tange aos indícios contundentes de autoria e prova de materialidade. De mesma forma, flexibilizações não

podem ser admitidas em tal esfera, visto que a dúvida é um benefício que assiste ao réu, através do famoso princípio do *in dubio pro reo*.

O Processo Civil, notadamente no âmbito da execução, tem como principal escopo a satisfação integral do direito da parte exequente, sendo o executado mero objeto ou meio para que se alcance tal interesse. Diversamente, é necessário que o Processo Penal seja visto como um instrumento de garantias em sua acepção mais forte, invariavelmente prezando pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. Há o verdadeiro deslocamento do encargo processual para o titular da ação penal.

Outro ponto que merece reverente destaque é o da consequência de uma execução antecipada nas duas ciências distintas. No Processo Civil, há, atualmente, a possibilidade de se conviver com a dúvida razoável como algo que não atrapalhe a eficácia de uma constrição, visto que, invariavelmente, a grande maioria dos casos envoltos na esfera cível possuem uma natureza essencialmente patrimonial e que, portanto, a reversibilidade dos danos se perfaz bastante possível.³

Essa última ideia é absolutamente inapropriada a um processo criminal. Como já destacado anteriormente, a incerteza é cabalmente uma forma de descaracterização da culpa e da mais longínqua possibilidade de uma eventual condenação do réu. Em tal seara, uma execução antecipada não fundada em sentença transitada em julgado ou uma prisão cautelar decorrente de decisão não fundamentada em indícios suficientes não é reversível em seu sentido subjetivo. Não há como se restituir o tempo de liberdade perdido de um cidadão injustificadamente preso.

É nesse sentido que deve atuar a interpretação do Código de Processo Penal, visando que este seja permeado pelo invólucro garantista

3 Nesse sentido, é importante destacar que as execuções antecipadas no ramo processual civil acontecem por risco do exequente, que responde objetivamente pelos danos causados ao executado. Para tal, deve haver a garantia do juízo, principalmente na forma de caução suficiente e idônea (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 507).

da Constituição Federal e tendo seus institutos diretamente analisados à luz do rol dos direitos e garantias fundamentais.

3. DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS CAUTELARES: EXECUÇÃO, PRISÃO E CULPA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Elemento de notável obviedade, mas que, aparentemente, gera certa crise de compreensão entre sociedade e aplicadores da lei, é a diferenciação entre execução penal de sentença condenatória e prisão em sentido estrito.

É princípio basilar e norteador do Direito Penal que este seja a *ultima ratio*⁴ do sistema jurisdicional. Só se aplica a lei penal no caso de falha de todos os outros meios menos gravosos, visto que a imposição de sanção de tal natureza ocasiona restrição e privação ao indivíduo de um de seus maiores bens jurídicos tutelados por direito fundamental: a liberdade.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

A fundamental manutenção do instituto da prisão cautelar, como medida indispensável à promoção da escorreita instrução probatória, assegurando-se a aplicação da lei penal e impedindo-se distúrbios inúteis à segurança pública, desvirtua-se para o nefasto campo da aplicação da pena antecipada, que, confrontada com a presunção de inocência, somente pode resultar em malfadada presunção de culpa. (NUCCI, 2011, p. 288)

O texto original do Código de Processo Penal brasileiro foi editado na época em que a prisão era regra e a liberdade, exceção. A redação

4 Do latim, “último recurso”.

antiga do art. 393 autorizava a prisão desde a primeira condenação. Isso mudou por uma virada no pensamento social e legislativo, no sentido de que a reforma de 2011 do texto legal ocorreu para inverter o parâmetro adotado em tal temática. (SILVA JÚNIOR, 2012, p. 404)

Pensando nisso, o legislador exterioriza tal ideal no tão discutido Título IX do Código de Processo Penal, intitulado “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”.

Em primeiro plano, o art. 282 do diploma legal fundamenta tais espécies de medidas de forma a embasá-las na utilidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal. Ainda se encontram descritos os casos em que se vale das medidas para evitar a prática de infrações penais e para que sejam valoradas a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado.

A prisão preventiva, como elemento chave para compreensão da ideia deste tópico, traz em seu bojo, no art. 312 do Código de Processo Penal, os seguintes termos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Nesse cerne, entende-se que, assim como a tutela provisória está para o Processo Civil, a prisão preventiva está para o Processo Penal. Distinção importantíssima e de clara noção é a de que a execução penal não se confunde com a prisão processual. Executar é implementar um título jurídico. Não existindo ainda um título jurídico a ser executado (sentença penal condenatória transitada em julgado), as prisões no curso do processo servem unicamente aos propósitos destacados nos dispositivos que regulam as medidas cautelares no Código de Processo

Penal, sem prejuízo de eventual detração da pena quando de sua efetiva execução.

Observando por esse lado, há de se ter profundo apreço pelos pressupostos, fundamentos e critérios para a aplicação de tal medida. Em tal ótica, o *fumus boni iuris* representa os pressupostos, enquanto que os fundamentos se traduzem no *periculum in mora*.⁵ No artigo transcrito logo acima, observa-se que a primeira parte retém justamente os requisitos, enquanto que a segunda demonstra os fundamentos da decretação da prisão preventiva. (SILVA JÚNIOR, 2012, p. 429)

O que se observa, portanto, é a existência de um rol taxativo de hipóteses em que tal medida mais gravosa pode ser adotada na prática, tendo o legislador corretamente restringido a atuação judicial em tal sentido na busca de minimizar arbitrariedades.

Em sentido estrito, o *fumus boni iuris* se traduz na probabilidade de procedência da pretensão acusatória contra o indivíduo. O reconhecimento da efetiva materialidade delitiva é compulsório para que seja válida a prisão preventiva, não podendo ela ser decretada mediante mera suposição. Em tal ponto, é interessante a observação de José Frederico Marques (2000, p. 60) de que se faz necessária a comprovação tanto da tipicidade quanto da antijuridicidade de tal fato.

A mesma concretude não é observada em relação à autoria do crime. O legislador foi claro na segunda parte do já transcrito art. 312 ao separar em duas categorias diferentes “prova da existência do crime” e “indício suficiente de autoria”, de forma que a razoável probabilidade já é suficiente para que seja válida a decretação da prisão. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 27)

Em outro plano, o *periculum in mora*, que literalmente se traduz em “perigo da demora”, reflete a necessidade e a indispensabilidade da

5 Nesse sentido, o *fumus boni iuris* (ou probabilidade do direito pretendido) simboliza o *fumus commissi delicti*, enquanto que o *periculum in mora* (necessidade ou urgência da prestação) corresponde ao *periculum libertatis*.

decretação da prisão preventiva nas finalidades postas. Nesse ângulo, a redação de que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal” remete a um trinômio importantíssimo: providência de segurança social, forma de instrução do processo e garantia da eficácia da lei penal.

Não abordamos aqui o estudo da prisão em flagrante por entender que ela se caracteriza mais como uma detenção administrativa do que propriamente judicial, visto que ainda passa pelo crivo do Poder Judiciário na audiência de custódia para que seja convertida em prisão preventiva, medida cautelar diversa ou até mesmo relaxada.

3.1 O conteúdo do art. 283 do Código de Processo Penal e a antítese entre culpa e prisão

Mais importante, para este plano de análise, é o conteúdo normativo do art. 283 do mesmo Código de Processo Penal, que preceitua:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

É um ponto relevante principalmente quando se contrapõe tal artigo à redação do já comentado inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, que lega: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Pois bem, embasado na distinção já feita anteriormente, observa-se que a culpa em sentido estrito só é razão para prisão quando esta já se encontra em sua fase de execução. Fato é que, durante o processo,

justifica-se a reclusão do indivíduo somente mediante fundamentação clara, razoável e adequada do magistrado.

O entendimento de que se pode haver decretação de culpa e, portanto, execução antecipada da pena após condenação em segunda instância não pode prosperar de maneira alguma, tendo em vista o exposto e os claros termos dos dispositivos legais transcritos.

É de se notar que a inocência não se exaure quando do fim da análise dos fatos no processo, isto é, no segundo grau de jurisdição. Por existirem circunstâncias jurídicas que se translucidam em causas de absolvição, nulidade ou extinção da punibilidade ainda nos Tribunais Superiores, não há que se falar no esgotamento ou relativização do princípio da não culpabilidade nesse momento processual.

Com efeito, é importante lembrar que o legislador, na ocasião da Reforma Tópica de 2008, revogou expressamente o art. 594 do Código de Processo Penal, que possuía a redação de que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”.

Nada obstante, não há impedimento algum para que, em se configurando as hipóteses legais, seja decretada a prisão preventiva, temporária ou outra medida cautelar, visto que o art. 311 do Código de Processo Penal autoriza o cabimento em qualquer fase da ação penal ou mesmo de investigação policial. Assim, é sadio firmar que as prisões processuais encontram respaldo na ordem jurídica vigente, não obstante o princípio basilar da presunção de inocência.⁶

3.2 Efeitos e eficácia do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade em termos

Interessante é se debruçar sobre as repercussões jurídicas acerca do princípio da presunção de não culpabilidade. Em duas frentes

6 Importante acautelar que aqui se utiliza o termo “inocência”, em lato sensu, e não “não culpabilidade” pelo fato de que as prisões processuais podem ocorrer em

gerais, o que se assume é que o preceito constitucional do art. 5º, LVII, serve como um parâmetro que subordina as interpretações das normas vigentes como um todo, bem como age como limitador da atividade legislativa em torno do tema.

Em um sentido processual mais estrito, precisa é a classificação quanto às premissas impostas pelo princípio da presunção de não culpabilidade elencada por Alexandre de Moraes:

Primeiramente, o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*);

Em segundo lugar, há a necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa;

Por fim, há absoluta independência funcional do magistrado na valoração livre das provas. (MORAES, 2006, p. 393)

Como premissa interpretativa, é mister ressaltar justamente a maneira com que o princípio da presunção de não culpabilidade afeta a leitura do Código de Processo Penal. Além de todos os dispositivos pertinentes já suscitados neste trabalho, faz-se notar que a Reforma Tópica de 2008, que instaurou também o princípio acusatório de maneira mais solidificada em nosso ordenamento, veio a derrogar muitos dispositivos que iam de encontro à liberdade provisória e enclausuravam

qualquer fase processual ou pré-processual, incluindo até o inquérito policial, de forma que, nessa fase, ainda se afigura presente o espectro amplo do princípio da presunção de inocência.

o indiciado, réu ou sentenciado em verdadeiro estado de presunção de culpa.

Como ponto chave do Processo Penal, tem-se que o ônus da prova compete em sua inteireza ao órgão acusador, justamente pela decorrência da ideia de que todos são inocentes até que se prove o contrário. Pelo outro lado, não cabe ao acusado provar sua inocência, sendo a defesa técnica assistida pelo defensor um meio de endossar a não culpabilidade e validar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por último, é um desdobramento do princípio da presunção de não culpabilidade o importantíssimo *in dubio pro reo*, já mencionado anteriormente no tópico 2.1, que determina que a dúvida é um benefício assegurado exclusivamente ao réu, devendo o magistrado decidir em favor do acusado quando estiver diante de tal circunstância no julgamento acerca da culpabilidade ou não deste. (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 542)

4. O BINÔMIO LIBERDADE VS. EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Na prática, o que costuma se observar é um sentimento social de que a liberdade de quem responde a processos penais é considerada infâmia e o retrato de uma dita “impunidade” e de ineficácia das estruturas do Poder Judiciário, confirmando um verdadeiro populismo sensacionalista contra as instituições jurídicas.

No entanto, uma das premissas de interpretação dos institutos processuais penais é justamente a de um princípio de sistema de Estado Democrático. Sendo este dotado de medidas de pesos e contrapesos no escopo de equilibrar interesses e representatividades, é de se esperar que as instituições judiciais atuem de maneira a refrear anseios de uma maioria acrítica que se volta a destituir de legitimidade dispositivos

constitucionais fundantes da República. É em tal sentido que se configura o papel contramajoritário do Poder Judiciário.

O que não se pode olvidar, de fato, é que a pretensão punitiva é estritamente estatal, não tendo o acusado que colaborar com a flexibilização de sua liberdade para que isso se concretize. Entende-se, assim, que o interesse de conferir tal “efetividade” deveria ser apreciado pelo próprio Estado, dando maior celeridade ao curso dos processos e fazendo jus ao direito fundamental à razoável duração do processo, garantido no texto constitucional em seu art. 5º, LXXVIII, e não adiantando execuções penais.

Em tal circunstância, a celeridade do processo é um benefício para ambas as partes processuais. Como já ressaltado, revigora o Poder Judiciário enquanto órgão de pacificação social, produzindo resultados com vistas a garantir a aplicação dos direitos fundamentais aos que se incluem no ordenamento jurídico.

Por outro lado, é importante ressaltar o fundamental papel da celeridade processual para os acusados em processos criminais. Nesse sentido, ao mostrar os riscos de um processo que se estende por muito tempo sem uma resolução própria, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 307) é extremamente didático em seu ensinamento:

Imagine-se a decretação da prisão cautelar pelo crime de roubo, cuja pena varia de quatro a 10 anos de reclusão. Leve-se em consideração, também, os benefícios previstos em execução penal, como a progressão possível, atingindo um sexto do cumprimento no regime anterior. Portanto, um réu não pode ficar detido por mais de um ano, como regra, no regime fechado, uma vez que várias hipóteses podem ocorrer: (a) condenação a pena mínima, de quatro anos, cujo montante de um ano representa um quarto do total; (b) condenação a pena média de seus anos, cujo montante de um ano simboliza um sexto do total; (c) absolvição. Nas duas primeiras hipóteses, nota-se um exagero punitivo, pois, mesmo quando condenado, não ficaria o réu preso no regime fechado mais que oito meses, na primeira situação, nem mais que um

ano, na segunda. Quanto à terceira, tem-se a total impossibilidade de recuperação do ano perdido.

Se esse mesmo réu ficar preso por tempo muito superior a um ano, invade-se seara mais grave, pois ele começa a atingir patamares de cumprimento de pena, em regime fechado, sem a percepção de qualquer tipo de benefício. (NUCCI, 2011, p. 307)

Como ressaltado, uma prisão cautelar que se estenda por tempo demasiado termina se convertendo em verdadeira execução antecipada da pena, fato contrário ao momento apropriado de tal evento, que seria somente após uma sentença condenatória transitada em julgado. Também, leva-se em conta a questão de que quanto mais tempo o indivíduo passa encarcerado, maior o dano a ele e, conseqüentemente, à sociedade quando do retorno dele ao convívio.

Com efeito, deve-se perceber que a ausência de diligência estatal quanto à eficácia da lei penal em si também é fato que fere direitos fundamentais, deixando de prover segurança à sociedade e de garantir a efetividade da lei penal. Isso se afigura principalmente nos casos em que já é esperada a atuação do Estado no sentido de punir um indivíduo pelo cometimento de um crime, mas o modelo processual vigente o impede de agir.

Porém, o que exerce tal controvérsia não é um sistema recursal de “excessos de direitos” ou de valorização à impunidade, mas, sim, um estado de morosidade que adia o trânsito em julgado até que este possivelmente nunca aconteça. Na prática, recursos são apresentados tempestivamente nos prazos do Código de Processo Penal, mas levam meses nos gabinetes dos Tribunais até que sejam decididos ou sentenciados.

5. AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54 E SEUS DESDOBRAMENTOS

Em sua mais recente análise do tema, o Supremo Tribunal Federal veio por fixar novo entendimento acerca da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância, declarando, portanto, a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade tinham como objetivo a simples confirmação de que o texto legislativo incluído no CPP através da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, encontrava-se em conformidade com o disposto na Constituição Federal.

É de simples análise, diante do exposto neste trabalho, que a declaração de constitucionalidade deveria ser absolutamente indiscutível. No entanto, o mesmo Pretório Excelso já havia decidido contrariamente em outra oportunidade, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, em que foi decidido, em regime de repercussão geral, que a execução antecipada da pena não feria o texto constitucional.

Mesmo diante da decisão favorável no recente julgamento em âmbito de controle de constitucionalidade concentrado, é necessário se observar que a procedência das Ações Declaratórias de Constitucionalidade foi declarada por uma margem mínima de 6 votos a 5.

É inevitável a vista de que alguns dos votos proferidos na decisão foram dados com verdadeira ortodoxia, privilegiando argumentos de toda natureza com exceção da jurídica.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto contrário à procedência das ADCs, determinou que “se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena,

mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade.”⁷ É de se estranhar que em tal caso, na Suprema Corte do país, depare-se com argumentos que vão de encontro justamente à função contramajoritária do STF, atendendo a interesses coletivos populistas de um claro punitivismo.

Na mesma linha, apesar de votar pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, o Ministro Dias Toffoli editou em seu voto um verdadeiro pedido de desculpas, buscando se eximir da “culpa” de, basicamente, declarar constitucional a Constituição Federal. Reiterou incontáveis vezes que se tratava de um julgamento abstrato e que, portanto, não estariam julgando uma pessoa em específico, bem como encerrou sua fala afirmando que o parlamento poderia rever o dispositivo ali contestado e mudá-lo⁸, ponto este que será discutido a seguir neste trabalho.

De toda forma, importante é a defesa do Min. Celso de Mello, ao afirmar que a atuação do Estado em punir a criminalidade não pode ser feita de modo a transgredir as garantias fundamentais, além de afirmar que “a proteção das liberdades representa encargo constitucional de que o Judiciário não pode demitir-se, mesmo que o clamor popular manifeste-se contra”.⁹

Em linhas gerais, atingiu-se o resultado esperado em um julgamento de consequências políticas e que desperta ânimos da sociedade como um todo. No entanto, a forma como se deu tal julgamento pode ainda levantar pontos problemáticos, que se tornam o centro de intensas

7 Voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, no plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 7 de novembro de 2019.

8 Voto do Ministro Dias Toffoli no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, no plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 7 de novembro de 2019.

9 Voto do Ministro Celso de Mello no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, no plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 7 de novembro de 2019.

discussões no Poder Legislativo e, possivelmente, em sede de um novo controle de constitucionalidade sobre as normas supervenientes.

5.1 O princípio da presunção de não culpabilidade como cláusula pétrea

Acerca do conceito das cláusulas pétreas, definidas no art. 60, §4º da Constituição Federal, não poderia ser mais clara a lição do Min. Ayres Britto em seu voto no julgamento da ADI 2.356:¹⁰

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de “originário”) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.

Assim, as cláusulas pétreas se manifestam como um instrumento de garantia de existência e efetividade dos direitos fundamentais, impedindo a modificação formal da Constituição que vise a abolir disposições consideradas como direitos e garantias individuais, o voto direto, secreto, universal e periódico e a separação dos Poderes.

Nessa seara, a análise a ser feita é a de que o princípio da presunção de não culpabilidade não pode ser alvo de relativizações legislativas, notadamente pelo fato de que é uma das garantias individuais que preza por um dos bens mais caros ao ser humano: sua liberdade.

10 STF ADI nº 2.356. Relator: Min. Néri da Silva. Relator para o Acórdão: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 25/11/2010. Data de publicação: DJe de 19/05/2011.

O Projeto de Emenda Constitucional nº 5, de 2019¹¹, que visa a inserção de um inciso XVI no art. 93 da Constituição Federal para positivar a possibilidade de execução provisória da pena após a condenação por órgão colegiado, é uma clara ofensa ao texto da própria Constituição, colocando em embaraço toda a construção jurídica, argumentativa e doutrinária sobre o tema.

Pode-se depreender que a Carta Magna possui esse sistema de freios justamente para que sejam resguardados os direitos fundamentais contra oportunismos políticos e clamores infundados, prezando para que não haja retrocesso na ordem do Estado Democrático de Direito.

6. CONCLUSÕES

Em uma sociedade em que inocentes se presumem acusados e acusados se presumem culpados, é importante o respeito às instituições e, principalmente, ao texto constitucional, no tocante aos direitos e garantias fundamentais.

Isso posto e diante do embasamento jurídico desenvolvido no trabalho, percebe-se a necessidade da aplicação do princípio *nulla executio sine titulo* no Processo Penal, firmando que a pena só pode ser executada após sentença condenatória transitada em julgado, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

Reforçada a ideia de que as prisões no curso do processo são plenamente possíveis e, inclusive, absolutamente necessárias para os casos previstos em lei, analisa-se que a culpa do acusado não é fundamento para sua prisão, mas, sim, para a execução de sua pena ao final do processo com o trânsito em julgado. Fundamentos para a

11 A proposta da PEC está disponível na página do Senado Federal, no endereço: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>>

conversão de detenções em prisões preventivas são aqueles definidos na interpretação conjunta e sistemática do art. 283 e 311 do Código de Processo Penal.

No entanto, apesar da recente decisão na instância máxima do Poder Judiciário, os desafios ainda persistem. O abuso do instituto das prisões cautelares, amplamente discutido neste artigo, torna-se um meio constitucional e amparado no arcabouço legal para que se distorça a função inicial de tais medidas. Apesar da necessidade da existência da prisão no curso do processo, exala-se a necessidade de extrema circunspeção quando de sua aplicação para evitar arbitrariedades e execuções forçadas, enfatizando ainda mais a indispensabilidade da devida fundamentação nas decisões judiciais.

Para a insustentável inquietação social acerca do tema, é necessária uma ponderação acerca da própria função do Direito Penal como um todo. Deve-se avaliar que, para a coletividade, é mais danosa a condenação de um inocente do que a absolvição de um culpado, visto a lesão apenas potencial desta segunda, enquanto que a primeira representa uma mácula real e material ao indivíduo. De tal sorte, é necessário que se aguarde até o momento de verdadeira formação da culpa de alguém para que se possa puni-lo de forma adequada e razoável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República** Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**: Execução. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal**. 2. ed. Natal: Owl Editora Jurídica, 2015.

_____. **Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume Único**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 906, p. 287-315, abr. 2011. Mensal.

**NULLA EXECUTIO SINE TITULO IN CRIMINAL PROCEDURE:
AN ESSAY ABOUT THE RELATION BETWEEN GUILT AND
PRISON IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

ABSTRACT

Given the current state of legal crisis regarding the relativization of the principle of presumption of non-culpability due to provisional executions of the sentence, which remains far from pacified with the recent ruling of the Federal Supreme Court, this article aims to further study the bases and institutes of such constitutional foundation, drawing a parallel with the principle of *nulla executio sine titulo*, of execution in Civil Procedure and which is appropriate to the matter. Initially, the distinction for the application of such precept in criminal science is precisely discussed. Then, we analyze the institute of procedural prisons in the light of the Federal Constitution, as well as the relation between such institutes and the defendant's decree of guilt in the process. After that, we analyze the social conflict caused by the appreciation of freedom and the devaluation of the judiciary as a promoter of this segment, culminating in an analysis of the unfolding of the judgment by the Supreme Court of Declaratory Constitutionality Actions 43, 44 and 54. Finally, it is concluded that the principle that says there is no execution without a title should be applied to criminal proceedings as a means of limiting the punitive power of the State, under penalty of serious damage to the system of fundamental rights embodied in the existing legal system.

Keywords: Criminal Procedure. Presumption of Non-Culpability. Prison. Guilt. Fundamental Rights.



AVALIAÇÃO CRÍTICA DA NEGAÇÃO DA ANÁLISE DO CONTEÚDO MATERIAL DO TIPO PENAL CORRESPONDENTE AO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

Samara Sandra Tamanini¹
Airto Chaves Junior²

RESUMO

Pela via do método dedutivo, subsidiado pela pesquisa bibliográfica, a presente pesquisa tem por objeto o estudo do Princípio da Intervenção Mínima ao crime de tráfico de drogas, na modalidade vender. Objetiva-se analisar se é adequado, político-criminalmente, afastar a tipicidade material da conduta do agente que vende ínfima quantia de drogas, tendo em vista a ausência de lesão e perigo de lesão ao bem jurídico declaradamente tutelado, qual seja, a saúde pública. Assim, questiona-se: diante do Princípio da Intervenção Mínima e do bem jurídico penalmente protegido pela norma que trata da matéria, é possível afastar a tipicidade material da conduta do agente que vende ínfima quantia de drogas? Justifica-se a pesquisa ante o descompasso entre a orientação dos

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).
E-mail: samaratamanini@hotmail.com

2 Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Professor do curso de pós-graduação em Direito da UNIVALI, da ESMESC e da EMPSC.
E-mail: airto@chavesjrcriminal.com.br

Tribunais Superiores do Brasil (tipicidade penal da conduta independentemente da quantia comercializada) e os fundamentos teóricos do Princípio da Intervenção Mínima (exigência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico para que seja legítima a intervenção penal).

Palavras-chave: Crime de Tráfico de Drogas. Princípio da Intervenção Mínima. Teoria do bem jurídico. Tipicidade Material.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa intitulada “avaliação crítica da negação da análise do conteúdo material do tipo penal correspondente ao tráfico de drogas no Brasil” tem por objeto o estudo da aplicação do Princípio da Intervenção Mínima à conduta adequada formalmente ao crime de tráfico de drogas.

Objetiva-se analisar se é adequado, político-criminalmente, afastar a tipicidade material do comportamento do agente que vende ínfima quantidade de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tendo em vista a ausência de lesão, ou mesmo, perigo de lesão, ao bem jurídico declaradamente tutelado, qual seja, a saúde pública.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho com o estudo legal e doutrinário do crime de tráfico de drogas no que toca ao núcleo vender, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

Na sequência, tratar-se-á dos critérios de legitimação da intervenção penal a partir da função limitadora do bem jurídico. Nesse ponto, procurar-se-á conectar o bem jurídico protegido formalmente pela norma às finalidades do ordenamento jurídico e à política criminal (critério teleológico-material) com as finalidades consagradas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (teses

constitucionalistas) para: a) dimensionar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima (bem jurídico limitador da legislação penal); e b) estabelecer critérios a partir dos quais se possa determinar corretamente o merecimento de pena.

Por fim, pretender-se-á realizar uma análise crítica da atual orientação sedimentada nos Tribunais Superiores, estabelecida no sentido de que toda e qualquer conduta que se amolde formalmente ao injusto penal do artigo 33 da Lei de Drogas é passível de punição.

A pesquisa é encerrada com as considerações finais, nas quais serão apresentados os pontos conclusivos destacados acerca do objetivo geral do pesquisado.

Quanto à metodologia, a fase de investigação denota a utilização do método dedutivo, o qual foi subsidiado por pesquisa bibliográfica.

2. O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE “VENDER”

Dispõe o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 que vender drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sujeita o indivíduo à pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de multa (BRASIL, 2006).

Para Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 738), o núcleo do tipo “vender” significa alienar a droga mediante o recebimento de uma contraprestação de valor econômico.

Todavia, faz-se necessário esclarecer que a referida conduta é complementada pelo “ainda que gratuitamente” no tipo penal, resultando na consumação do crime mesmo que não haja cobrança de valores, intuito de obtenção de lucro pelo indivíduo ou até efetiva entrega da droga a terceiro (LIMA, 2016, p. 739).

A expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, prevista no final do art. 33 da Lei de Drogas, no que lhe concerne, “constitui fator vinculado à ilicitude,

porém inserido no tipo incriminador torna-se elemento deste e, uma vez que não seja preenchido, transforma o ato em atípico” (NUCCI, 2010, p. 358).

O objeto material do tráfico, de acordo com o artigo 1º, parágrafo único c/c o artigo 66, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006, são as drogas, isto é, substâncias ou produtos capazes de causar dependência, tais como as “substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998” (BRASIL, 2006).

A saúde pública é declarada como o bem jurídico supraindividual e de tutela imediata tutelado pela Lei de Drogas (NUCCI, 2010, p. 356).

O dolo, enquanto elemento subjetivo do tipo, é verificado quando o agente, com consciência e vontade, pratica o núcleo “vender”, ciente de que explora droga sem autorização ou determinação legal ou regulamentar (LIMA, 2016, p. 743).

Além disso, o crime de tráfico de drogas é classificado como um “tipo de perigo abstrato”, que nada mais é, segundo Pierpaolo Cruz Bottini (2019, p. 87), que uma “técnica utilizada pelo legislador para criminalizar comportamentos sem exigir um resultado lesivo concreto”. Assim, o crime se consuma com a mera conduta, “independentemente da existência de um dano dela decorrente”.

A abstração do perigo é entendida como uma presunção da probabilidade do dano por parte do legislador na construção do tipo. Então, seguindo essa lógica, independentemente da quantidade da droga vendida, a tipicidade penal sempre subsistirá.²

Ocorre, no entanto, que paira o questionamento se a ínfima quantia de drogas vendida realmente seria apta a provocar uma situação de perigo de lesão à saúde pública.

À vista disso, na sequência, iniciar-se-á a desconstrução dessa presunção de perigo de lesão a toda e qualquer conduta, analisando,

2 Neste sentido, colhe-se da obra de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 736):

especificamente, a tipicidade penal da venda de ínfima quantia de droga. Para isso, no próximo tópico, serão apresentados os critérios de legitimação da intervenção penal a partir da função limitadora do bem jurídico.

3. O BEM JURÍDICO PENAL

A construção de um conceito de bem jurídico³ se inicia no século XIX (BITENCOURT, 2018, p. 57, v. 1). Foram muitas as concepções construídas com o intuito de definir o que se entende sobre o tema. Conforme Juarez Tavares (2004, p. 23-37), há quatro correntes conceituais, a saber: positivista, neokantiana, ontológica e funcionalista.⁴

Pela análise de Juarez Tavares (2004, p. 15-16), a evolução histórica do conceito de bem jurídico, do positivismo ao funcionalismo,

“Por mais que alguém seja flagrado entregando ínfima quantidade de droga a terceiro para fins de consumo, como se trata de crime de perigo abstrato, subsiste a relevância penal da conduta, já que o tipo do art. 33 está voltado para o combate à divulgação e propagação do uso de drogas. Afinal, cuida-se, o tráfico de drogas, de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou”. No mesmo sentido (NUCCI, 2010, p. 355).

3 Conforme Luís Greco (2004, p. 90-91, v. 49), no Brasil, a doutrina tradicional conhece o conceito de Bem jurídico dogmático, ou seja, não se costuma reconhecer qualquer função crítica, limitadora, político-criminal a ideia. Somente em investigações mais recentes, como pelo penalista Juarez Tavares, é que se começou a desenvolver um conceito de Bem jurídico como diretriz ao legislador.

4 Conforme o autor, a concepção positivista de bem jurídico possui como ideia principal que “toda norma penal incriminadora deve possuir um antecedente causal”. A noção de bem jurídico varia conforme o positivismo jurídico ou sociológico. Segundo o positivismo jurídico, “somente a lei prevê os bens jurídicos, pois estes partem da vontade do Estado”. De outro lado, pelo positivismo sociológico, bem jurídico é um interesse juridicamente protegido, tal como a vida, patrimônio, integridade, honra etc.

demonstra a dependência de uma eleição política acerca do que se pretende proteger, porém, inicialmente reflete aquilo que se propõe a formular como propósito do Direito Penal.⁵

O questionamento sobre a missão do Direito Penal é um tema de discussões ancestrais. Ao longo do tempo, restaram consolidadas duas vertentes principais: proteger bens jurídicos ou assegurar a vigência da norma. Todavia, o posicionamento doutrinário majoritário admite a primeira vertente, ou seja, que o Direito Penal é um instrumento protetor

No que se refere à concepção neokantiana, substitui-se a noção de “bem” por um “hipotético valor cultural” ligado à interpretação da norma, isto é, deduzido da ratio legis. Essa proposta coincide com o positivismo jurídico, pois o bem jurídico é limitado a identificar aquilo que o legislador protege, sem qualquer questionamento sobre a sua legitimidade. Na sequência, a concepção ontológica, defendida por Welzel, pretende que o bem jurídico é aquele que protege a norma, semelhante à concepção anterior, contudo, diferenciando-o pelo grau de preferência, ao caracterizá-lo como portador de valores ético-sociais. Finalmente, a concepção funcionalista de bem jurídico, a qual pode ser organizada em três grupos. O primeiro deles é o “estrutural”, cuja norma penal serve de instrumento de controle social, assegura e legitima o autocontrole do poder político, porém mantendo-se um “Estado de estabilidade”, que corresponde aos fundamentos da convivência social ou da organização do sistema penal. O segundo grupo é denominado de “modelo funcional próprio” e corresponde às propostas de Jakobs, o qual defende que “a norma penal somente interessa para assegurar as expectativas de uma conduta correta” dentro de um círculo tautológico. Para ele, o bem jurídico serve para validar as normas, ao invés de interpretá-lo como um interesse ou pressuposto existencial. Por último, o terceiro grupo refere-se ao “modelo funcional impróprio” que, em conformidade com Claus Roxin, revigora um conceito de bem jurídico que limita o ius puniendi a partir de uma política criminal fundada na Constituição Federal.

5 Embora não fique claro o que venha a ser bem jurídico, ao menos pode ser estabelecido aquilo que, definitivamente, ele não é: um interesse juridicamente protegido; o representante de uma sociedade ética idealizada; uma relação sistêmica ou uma função integrada ao fim de proteção da norma penal (TAVARES, 2004, p. 39).

dos bens jurídicos (SANTOS, 2012, p. 5; BITENCOURT, 2018, p. 56, v. 1; MUÑOZ CONDE, p. 90).

Trata-se de uma concepção do funcionalismo penal teleológico, valorativo ou moderado que surgiu em 1970, com a obra precursora intitulada **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**, do penalista alemão Claus Roxin (2000, p. 82). No referido escrito, Roxin propõe analisar a teoria do delito sob um prisma político-criminal, ou seja, em conformidade com os valores do Estado social e democrático de Direito.

O Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, proposto por Claus Roxin (2013, p. 18-19), implica um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, “na medida em que pretende demonstrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”. Nesse ínterim, bem jurídico pode ser compreendido como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.

No dizer de Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 26), o bem jurídico, para determinar a criminalização, deve partir do ponto de vista qualitativo, de modo a verificar a natureza do bem jurídico lesionado, e do ponto de vista quantitativo, que tem por objeto a extensão (grau de relevância) da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico penal.

Vê-se, então, que a criminalização é limitada em dois níveis. No primeiro nível (criminalização primária), exercida pelo legislador, só será legítima a proibição de determinados comportamentos quando eles representarem conteúdo lesivo aos bens jurídicos penalmente tutelados (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 388). Daí as teses constitucionalistas, as quais inserem “o bem jurídico como o esforço na proibição constitucional do excesso” (HASSEMER, 2005, p. 70) e a

Constituição como um “limite negativo de valoração” (BUSATO, 2017, p. 54, v. 1).⁶

Já no segundo nível (criminalização secundária), exige-se do intérprete da lei um procedimento mental denominado por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2019, p. 398) de “juízo de tipicidade”, que significa uma valoração do comportamento, formalmente adequado ao tipo penal, no âmbito da tipicidade material.⁷ Em outras palavras, é necessário que a conduta tenha violado gravemente o bem jurídico penalmente tutelado no âmbito abstrato (critério de lesividade).

Contudo, afirmar que a intervenção penal tem como pressuposto a ofensa ao bem jurídico não é suficiente, pois estar-se-ia admitindo a punição de toda e qualquer conduta sob esse pretexto, revelando que o “bem jurídico é sempre um critério de oportunidade incriminadora” (PEREIRA, 2003, p. 309).⁸ Nesse sentido, parece imprescindível argumentar outros limites à intervenção penal, mais

6 Além disso, convém registrar que os “bens jurídicos” não devem ser confundidos com “direitos fundamentais” eventualmente previstos na Constituição Federal, pois nem todos esses direitos se convertem em bens jurídicos penalmente tutelados (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 371).

7 Para Paulo César Busato (2017, p. 329-330, v. 1), a norma só pode ser reconhecida como relevante se contemplar uma “pretensão conceitual de relevância” e uma “pretensão de ofensividade”, esta última consubstanciada em um ataque intolerável (alto nível de relevância) a um bem jurídico penalmente protegido. Daí que o tipo de ação é composto pelas dimensões formal e material.

8 Conforme Winfried Hassemer (2006, p. 74, v. 3), “há uma tendência do legislador penal moderno de atender a bens jurídicos que são formulados de forma muito vaga e que não mais estão voltados imediatamente para interesses individuais [...]”. Isso permite que o legislador penal criminalize “quase todos os tipos de condutas desviadas e roube o conceito de bem jurídico seu potencial de controle”. Ainda, altera a função do conceito de Bem jurídico que, de sentido negativo, passa a ser empregada no sentido de que “o legislador deverá salvaguardar tudo o que puder ser considerado Bem jurídico, ainda que tenha de recorrer à pena”.

inerentes ao conteúdo e à extensão da norma (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 358).

Dentre essas limitações, estipula-se que a norma penal, assim como as demais normas jurídicas, possui uma função eminentemente protetora. Porém, a norma penal e as demais normas jurídicas são diferentes, sobretudo em razão da gravidade das medidas aplicadas pela norma penal para cumprir com essa missão, de modo que será possível intervir somente nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes (critério de fragmentariedade) (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 90).

Ademais, essa função de proteção exercida pelo Direito Penal corresponde somente a uma parte, e certamente a última, intervindo quando fracassarem todas as outras barreiras que concorrem junto dele para a proteção de bens jurídicos (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 108). Por isso, a intervenção penal é a *ultima ratio* (critério de subsidiariedade) (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 383).

Ao compreender esses critérios da lesividade, fragmentariedade e subsidiariedade, é possível remetê-los como desdobramentos do Princípio da Intervenção Mínima, já que constituem um filtro político-criminal das condutas que justificam a intervenção mínima do Direito Penal.

Justifica-se a intervenção penal porque toda incriminação interfere na liberdade do indivíduo. Assim, não só a pena mas também o delito devem encontrar fundamento numa concepção política democrática, que se converta em um suporte valorativo dos pilares sobre os quais gravita todo o sistema teleológico do Direito Penal (PUIG, 1994, p. 31).

Porém, a ideia de proteção de bens jurídicos pela via do Direito Penal necessita ser enfrentada, pois, conforme anota Paulo César Busato (2017, p. 15-17, v. 1), o Direito Penal oferece uma proteção meramente simbólica de bens jurídicos, já que só será legítimo intervir *ex post factum*. Nesse sentido, a missão do Direito Penal é a realização do “controle do intolerável”, identificado pela existência de um ataque grave a um bem

jurídico essencial ao desenvolvimento do indivíduo em sociedade, sendo esta a justificativa da imposição de uma norma jurídico-penal.

Sendo assim, em vez de tratar o bem jurídico penal como objeto de proteção em um dado conceito, melhor seria tê-lo como encargo argumentativo necessário a partir do qual, “[...] legitimamente, um tipo penal pode ser criado e a ação adequada formalmente a este tipo pode ser, no plano concreto, considerada relevante a ponto de ser legítima a imposição da pena prevista no tipo” (CHAVES JUNIOR, 2019, p. 18, v. III).

4. A INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA DE TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

O Princípio da Intervenção Mínima expressa um ulterior limite político-criminal à intervenção punitiva do Estado, estabelecendo a presença do Direito Penal quando for estritamente necessário e imprescindível. Nas palavras de Paulo César Busato (2017, p. 3, v. 1), a intervenção penal constitui uma “violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita”.

No Brasil, esse princípio é tratado como Princípio da Insignificância ou bagatela, nomenclatura que foi utilizada por Claus Roxin⁹ (2000, p. 48) na obra **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Porém, critica-se essa terminologia por ser incoerente com a importância do tema e não expressar o seu verdadeiro sentido e orientação, induzindo o leitor a associar o referido princípio a uma

9 Conforme o autor, não se criminaliza violações irrelevantes ao bem jurídico penal, “já que é exigido uma ‘violência’, a qual não se compreende como uma agressão mínima, senão a de certa intensidade, semelhante à ameaça, que deve ser ‘sensível’ para ingressar no marco da criminalidade”.

questão desprezível, quando, na verdade, representa o “foro central de filtragem político-criminal” (BUSATO, 2017, p. 61, v. 1).

Registra-se, consoante Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 83, v. 1), que a insignificância se refere à “gravidade, extensão ou intensividade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado”. Por isso, deve ser avaliada a desproporcionalidade da ofensa com a gravidade da sanção cominada (pena) a fim de alcançar “necessidade, justiça e proporcionalidade de eventual punição do autor do fato”.

Sucedo que não raro é possível observar precedentes dos Tribunais Superiores Brasileiros pugnano pela tipicidade da conduta de vender ínfima quantia de drogas. Exemplo disso pode ser extraído do Habeas Corpus 11.695/RJ¹⁰ do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, em que foi considerada típica a ação perpetrada a partir de 0,25 decigramas de cocaína. Assim também em: Habeas Corpus 156.543/RJ¹¹, diante de 0,50 decigramas de cocaína; Habeas Corpus 155.391/ES¹², em razão de 0,20 decigramas de crack; e no Habeas Corpus 141.500/SP¹³ do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, pelo fato de o agente vender 0,33 decigramas de cocaína e trazer consigo 0,57 decigramas de maconha.

Argumenta-se, para tanto, que não se afasta a tipicidade material da conduta ao delito de tráfico de drogas por se tratar de crime de perigo

10 STJ, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000.

11 STJ, HC 156.543/RJ, rel. Min. OG Fernandes, 6ª T., j. 25/10/2011, DJe 09/11/2011.

12 STJ, HC 155.391/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 02/09/2010, DJe 27/09/2010.

13 STF, HC 141.500/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 13/11/2018, DJe 22/11/2018.

abstrato ou presumido, sendo irrelevante, para esse específico fim, a quantidade de droga empregada para a prática do núcleo “vender”.¹⁴

Não bastasse isso, os julgados demonstram mera discricionariedade dos intérpretes da lei em punir toda e qualquer conduta relacionada às drogas, revelando estranha transformação do Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos em um Princípio de Total Proteção dos Bens Jurídicos.

No Habeas Corpus 11.695/RJ, por exemplo, consta que não se deve prejudicar a tipicidade do delito, que estaria vinculada à potencialidade da droga, ao risco social e à saúde pública, e não à lesividade comprovada em cada caso concreto, tampouco seria possível reconhecer que a venda de ínfima quantia de drogas é uma conduta penalmente irrelevante, pois acarretaria descriminalização, o que é inviável, já que há o interesse público na repressão do delito de tráfico de drogas.¹⁵

14 Ao se consultar os precedentes dos Tribunais Superiores, é possível diagnosticar o quanto é aceita a seguinte orientação: “Não se afigura possível a aplicação do Princípio da Insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente”. Conforme: STJ, HC 122.682/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 18/11/2010, DJe 06/12/2010. No mesmo sentido: STJ, HC 463.656/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 04/10/2018, DJe 24/10/2018; STJ, HC 240.258/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 06/08/2013, DJe 13/08/2013; STJ, HC 156.543/RJ, rel. Min. OG Fernandes, 6ª T., j. 25/10/2011, DJe 09/11/2011; STJ, HC 155.391/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 02/09/2010, DJe 27/09/2010; STF, HC 88.820-8/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 05/12/2006, DJe 19/12/2006; STJ, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000; STF, HC 91.759-3/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1ª T., j. 09/10/2007, DJe 30/11/2007; STF, HC 87.319-7/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 07/11/2006, DJe 15/12/2006.

15 STJ, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000.

Já pelo Habeas Corpus 318.936/SP¹⁶ do Superior Tribunal de Justiça, registrou-se que é inaplicável o Princípio da Insignificância em razão dos bens jurídicos penalmente tutelados, quais sejam, a “segurança pública”¹⁷ e a “paz social”¹⁸.

Tem-se, porém, que, quando se tratar do tráfico de drogas em pequena quantidade, é perfeitamente possível reconhecer a atipicidade material da conduta.

Muito embora o acúmulo de delitos de perigo abstrato seja uma característica de “criminalização explícita” (HASSEMER, 2006, p. 74, v. 3), os intérpretes da lei não devem abandonar o conteúdo material da conduta, pois qualquer núcleo praticado em torno de mínimas quantias não guarda sintonia com os pressupostos teórico-dogmáticos dos fins

16 STJ, HC 318.936/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 27/10/2015, DJe 09/11/2015.

17 Nesse cenário, o mais curioso é que, embora se discorra que o crime de tráfico de drogas é de perigo abstrato, sendo o perigo de lesão presumido, não possibilitando afastar a tipicidade material da conduta, tratando-se de outros delitos, como nos crimes de posse e porte de munições de uso permitido, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm reconhecido essa possibilidade, diante da inexpressividade da lesão provocada à segurança pública (bem jurídico já utilizado como justificativa para a não aplicação da insignificância no crime de tráfico de drogas). Exemplos: STF, HC 133.984/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., j. 17/05/2016, DJe 01/06/2016; STJ, AgRg no HC 499.601/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 06/08/2019, DJe 12/08/2019; STJ, AgRg no HC 496.066/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 11/04/2019, DJe 26/04/2019; STF, HC 132.876/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 16/05/2017, DJe 01/06/2017.

18 Claus Roxin (2004, p. 10) anota que a “paz social” já é protegida, indiretamente, como reflexo da proteção de outros bem jurídicos. Evidentemente, todo crime, de certo modo, perturba a sociedade em geral. Então não há embasamento algum para a alegação de que se protege a “paz social” no crime de tráfico de drogas.

do Direito Penal (de concepção teleológico-valorativa).¹⁹

Sendo assim, em todos os tipos penais que admitam a graduação, para mais ou para menos, da lesão ou perigo ao bem jurídico, deve-se avaliar o conteúdo material do crime, sendo possível verificar as ofensas irrelevantes, em especial, nos crimes de perigo, posto que “o conceito de perigo é essencialmente graduável” (ZAFFARONI *et al*, 2010, p. 229-230, v. 2).

Nesse sentido, verificando-se que a venda de ínfima quantia de drogas não coloca a saúde pública em potencial situação de perigo, inexistente amparo para a incidência do Direito Penal, senão como uma medida autoritária e carente de racionalização dos critérios da intervenção mínima.

Quanto à pretensão dos Tribunais Superiores de justificar a penalização da venda de ínfima quantia de drogas em razão do interesse público na repressão do delito, é nítido que se deixa de avaliar, dogmaticamente, o caso concreto para se concentrar nos efeitos que o delito provoca na sociedade. Porém, há de se convir que “[...] não se mostra razoável que a opinião pública, de linguagem voluntarista e largamente manipulada pelos meios de comunicação de massa, seja o termômetro quando se trata de criminalização de comportamentos [...]” (CHAVES JUNIOR, 2018, p. 118).

Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 83, v. 1) pontua essa resistência da aplicação do Princípio da Insignificância a determinados crimes como consequência da natureza ou importância do bem jurídico tutelado. Ocorre que não se trata de discutir a importância social do bem jurídico penal (tal como uma sociedade livre de drogas), tampouco a necessidade de proteção jurídica eficaz (mesmo porque a tutela realizada pelo Direito Penal, conforme já se verificou, é naturalmente retardatária),

19 No mesmo sentido, Hernán Hormazabal Malarée (1992, p. 171) propõe que a tipicidade “no se agota simplemente con el proceso lógico formal de subsunción. Implica, además, en un momento posterior un proceso de valoración”.

mas destacar que, por tal via interpretativa, estão fabricando punições que, a rigor, não deveriam ocorrer.

De igual modo, pela gama de bens jurídicos coletivos, há inegável expansão da punibilidade, mesmo porque não existem regras para postulá-los, permitindo que o Estado interfira na liberdade das pessoas, pela via do Direito Penal, de qualquer maneira. Por isso, Luis Greco (2011, p. 4) os descreve como “uma perfeita construção *ad hoc* para legitimar qualquer proibição, pois basta mencionar conceitos como a ‘segurança pública’ ou a ‘paz jurídica’ e já se harmonizou o tipo problemático com a ideia de proteção de bens jurídicos”.

Neste ponto, observa-se que, ao invés de traçarem limites ao exercício de punir do Estado aos casos penalmente relevantes, é preferível punir toda e qualquer conduta com fundamentações genéricas e articuladas em “bens jurídicos fictícios” (ROXIN, 2004, p. 10). O fato é que não basta constatar a importância abstrata da saúde pública ou qualquer outro postulado como bem jurídico, sem exigir similar grau na afetação do referido bem, seja ele coletivo ou individual, em crimes de dano ou de perigo.

Desse modo, é patente a desorientação em torno da tipicidade penal, havendo verdadeira “jurisprudência de conceitos” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 419) no Brasil, já que se concebe a venda de irrisória quantia de drogas como uma conduta típica, ainda que não afete o bem jurídico em maior ou menor grau.

Não se observa, portanto, o reconhecimento da periculosidade como critério de relevância penal da conduta, o que resulta em decisões totalmente na contramão do Princípio da Intervenção Mínima. Por tais constatações, é possível diagnosticar que a orientação articulada pelos Tribunais Superiores de que não se aplica o Princípio da Insignificância no crime de tráfico de drogas condiz com um flagrante Direito Penal *prima ratio*, haja vista a antecipação da proibição criminal, bem como a

abertura em torno da tipicidade, bastando que a conduta tenha previsão junto ao Direito positivo.

5. CONCLUSÕES

A partir da pesquisa que se finaliza, foi possível concluir o seguinte:

A adoção do Princípio da Insignificância significa que determinado comportamento, embora possua congruência formal com o tipo penal, não é apto a afetar de forma relevante o bem jurídico penalmente tutelado, de modo que excluirá a tipicidade penal em razão da ausência de ofensividade.

O intérprete da lei não deve abster-se de realizar por completo o juízo de tipicidade; pelo contrário, enquanto analista objetivo e imparcial, logo se espera que vivencie mentalmente o caso concreto e, dentro dos parâmetros da legalidade e da intervenção mínima, estabeleça a necessidade ou não de punição do autor a partir da conduta que lhe foi disposta a julgamento.

É que, dentro de parâmetros legítimos, a tipicidade penal existirá somente nos casos que a venda de drogas provocar potencial perigo de lesão à saúde pública. Essa demonstração é indispensável para a caracterização do delito, independentemente do núcleo do tipo, sem o qual fica esvaziado o conteúdo e a finalidade da punição, esta última recaindo sobre meros atos de desobediência e condutas inócuas.

Essa linha de raciocínio compreende uma filtragem político-criminal, na medida em que o Direito Penal só deve intervir na liberdade dos indivíduos quando houver uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (critério de lesividade), estando, porém, condicionado também ao fracasso de outros instrumentos de controle

social (critério de subsidiariedade) e somente quando esta lesão ou perigo de lesão for suficientemente grave (critério de fragmentariedade).

Por isso, não se sustenta a atual orientação dos Tribunais Superiores Brasileiros de que o tráfico de drogas é crime de perigo abstrato pelo que a quantidade de drogas apreendida é irrelevante, sendo o perigo de lesão presumido em caráter absoluto.

Aliás, a leitura da presunção de perigo de lesão presume, igualmente, a punibilidade do agente, encaminhando-o sem volta à grave e desproporcional punição a partir da mínima ou, até mesmo, absoluta inexistência da ofensa ao bem jurídico penal.

Observa-se, então, que não há intervenção penal vinculada ao mínimo necessário, pois, se fosse o caso, reconhecer-se-ia a possibilidade de afastar a tipicidade material (e consequentemente a tipicidade penal) da conduta do agente que comercializa inexpressiva quantidade de droga. O que se verifica é uma expansão desmedida do Direito Penal, tendência esta que tem sido verificada especialmente em delitos de tipo abstrato e com bens jurídicos coletivos.

De todo exposto, concluiu-se, por fim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal representa o excesso do poder punitivo do Estado, já que a venda de ínfima quantia de droga, apesar de não apresentar gravidade suficiente (grau de relevância) de perigo de lesão para que possa justificar a intervenção mínima do Direito Penal, é igualmente criminalizada e suscetível de punição pelo modelo jurídico-criminal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1, 24. ed. rev. ampl. Livro digital. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** [livro eletrônico]: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral, v.1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018.

_____. O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da Intervenção Mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos Tribunais Superiores. **Revista Católica Law Review**. v. III, n. 3, nov., 2019.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal**: Introducción. Arganda Del Rey: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, jul-ago, 2004.

_____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. *In*: BAIGÚN, David *et al.* **Estudios sobre la justicia penal**: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. Sobre a arquitetura de um Direito Penal da Segurança. **Revista Direito Público**, Doutrina Estrangeira, v. 3, n. 14, out-dez, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MALARÉE, Hernán Hormazabal. **Bien jurídico y estado social e democrático de derecho**: (el objeto protegido por la norma penal). 2. ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: Editora B de F Ltda., 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Bens Jurídicos Coletivos e Bens Jurídicos Políticos**, Portugal: Coimbra Editora, 2003.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1994.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena?** Sobre a legitimação das proibições penais. Texto distribuído aos inscitos no seminário ocorrido em Porto Alegre, nos dias 18 a 20

de março de 2004, em homenagem ao Professor Claus Roxin, de Direito Penal econômico, organizado pelo Prof. Cezar Roberto Bitencourt.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

STF. HC 87.319-7/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 07/11/2006, DJe 15/12/2006.

_____. HC 88.820-8/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 05/12/2006, DJe 19/12/2006.

_____. HC 91.759-3/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1ª T., j. 09/10/2007, DJe 30/11/2007.

_____. HC 133.984/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., j. 17/05/2016, DJe 01/06/2016.

_____. HC 132.876/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 16/05/2017, DJe 01/06/2017.

_____. HC 141.500/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 13/11/2018, DJe 22/11/2018.

STJ, AgRg no HC 499.601/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 06/08/2019, DJe 12/08/2019.

_____. AgRg no HC 496.066/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 11/04/2019, DJe 26/04/2019.

_____. HC 122.682/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 18/11/2010, DJe 06/12/2010.

_____. HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000.

_____. HC 155.391/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 02/09/2010, DJe 27/09/2010.

_____. HC 156.543/RJ, rel. Min. OG Fernandes, 6ª T., j. 25/10/2011, DJe 09/11/2011.

_____. HC 240.258/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 06/08/2013, DJe 13/08/2013.

_____. HC 318.936/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 27/10/2015, DJe 09/11/2015.

_____. HC 463.656/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 04/10/2018, DJe 24/10/2018.

TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función en Derecho penal.** Traducción de Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro.** v. 2, 1. Rio de Janeiro: Renavan, 2010.

CRITICAL EVALUATION OF THE DENIAL OF ANALYSIS OF MATERIAL TYPE CONTENT MATCHING DRUG TRAFFICKING IN BRAZIL

ABSTRACT

Through the deductive method, supported by bibliographic research, this research aims at the study of the Principle of Minimal Intervention to crime of drug trafficking, in the mode of selling. The objective is to analyze whether it is appropriate, politically-criminally remove the material typicality of the conduct agent who sells a small amount of drugs, in view of the absence of injury and danger of injury to the legal good declared to be protected, which is, public health. Thus, the question arises: Given Principle of Minimal Intervention and the legal property criminally protected by the rule dealing with the matter, is it possible to rule out the materiality of the conduct of the agent who sells the small amount of drugs? The research is justified in view of the mismatch between the guidance of the Higher Courts of Brazil (criminal typicality of conduct regardless of the amount traded) and the theoretical grounds of the Principle of Minimal Intervention (requirement of injury or danger of injury to the legal asset in order to be legitimate criminal intervention).

Keywords: Drug Trafficking Crime. Principle of Minimal Intervention. Theory of Legal Good. Material Typicality.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O PROJETO DE LEI 477/2018

Franklin Sóstenes Soares Alcantara
Victor Rocha Costa²

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar, sob o ponto de vista constitucional, o tratamento diferenciado oferecido às micro e pequenas empresas no processo de recuperação judicial, considerando que, como um corolário do princípio da preservação da empresa, o processo recuperacional visa à superação da crise econômico-financeira do devedor. Para tanto, observar-se-ão as particularidades das micro e pequenas empresas que justificam a necessidade desse tratamento diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no processo de recuperação judicial. Por fim, analisa-se ainda o Projeto de Lei nº 285/2011 do Senado Federal (PLP 477/2018 na Câmara de Deputados) e o efeito de suas alterações

para o processo de recuperação das micro e pequenas empresas.

Palavras-chave: Microempresa. Pequena empresa. Tratamento diferenciado. Preservação da empresa.

1. INTRODUÇÃO

O rol dos direitos individuais e coletivos da Constituição Federal brasileira é inaugurado pelo artigo 5º, que, em seu caput, assevera que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O princípio da igualdade, portanto, passa a ser pedra angular para o desenvolvimento e interpretação dos demais direitos previstos. Não se pode, todavia, compreender a igualdade prevista no texto de 1988 sob uma perspectiva estritamente formal. Diz respeito, assim, ao ensinamento aristotélico de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

De acordo com Bulos (2018), a igualdade material é a concretização da própria isonomia formal, que sai do papel para se realizar na prática. Assim sendo, desenvolve-se sob diversas vertentes, dentre as quais a da isonomia tributária, que incide sobre o aspecto econômico e preconiza que é vedado à União, aos estados e aos municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação econômica equivalente (art. 150, I da Constituição Federal). A previsão da isonomia, portanto, ao ser materializada, não necessariamente implica o oferecimento de um tratamento idêntico. O artigo 170 da Constituição Federal, ao instituir os princípios regentes da ordem econômica brasileira, elege, em seu inciso IX, como sendo uma dessas diretrizes o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no Brasil.

Tal previsão, ratificada no artigo 179, foi materializada no ano de 2006 pela Lei Complementar nº 123, que delimitou o âmbito de incidência desse tratamento especial. Para além do texto legal citado,

tal previsão também se encontra espaiada pela legislação extravagante, merecendo destaque a Lei de Falência e Recuperação Judicial, que prevê a oferta de tratamento especial para micro e pequenas empresas no plano de recuperação judicial, o qual será objeto de análise pormenorizada no presente artigo, que tem o escopo de analisar o instituto da recuperação judicial de micro e pequenas empresas a partir do Projeto de Lei 477/2018. Para tanto, cumpre-nos inicialmente apresentar o instituto da recuperação judicial e a sua relevância para o direito empresarial.

2. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A figura da recuperação empresarial, introduzida no direito falimentar brasileiro por meio da Lei 11.101/2005, substituiu o antigo – e obsoleto – instituto da concordata. Este, com dispositivos que acabavam conduzindo à falência as empresas a ele submetidos, não fora capaz de acompanhar o dinamismo das relações empresariais e a crescente valorização da importância social da empresa. Acerca dessa mudança paradigmática, afirma Oliveira (2005):

Ao acabar com a concordata e criar as figuras da recuperação judicial e extrajudicial, a nova lei aumenta a abrangência e a flexibilidade nos processos de recuperação de empresas, mediante o desenho de alternativas para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora.

A recuperação empresarial surge, então, como uma tentativa de acompanhar os novos paradigmas reguladores do direito falimentar, que, tendo em consideração a função social da empresa, passou a ser norteado pelo princípio da preservação da atividade empresarial. Tal preferência fica evidente na construção legislativa da Lei 11.101/05, em

que se expressam os objetivos e as diretrizes do processo de recuperação empresarial judicial e extrajudicial. Conforme afirma Mamede (2018) mencionando os ensinamentos de Thiago Fantini, as finalidades da recuperação listadas no art. 47 da lei supramencionada obedecem a ordem taxativa de prioridade, colocando em primeiro lugar a manutenção da fonte produtora; em segundo lugar, a manutenção do emprego dos trabalhadores; e, por fim, em terceiro lugar, os interesses dos credores. Com efeito, embora continue representando objetivo a ser alcançado, o direito dos credores à liquidação de seus créditos passa a ser submetido a uma ponderação com a responsabilidade social inerente à empresa, por meio da proteção do mercado e de suas respectivas implicações sociais. Acerca da concepção de função social, Fachin (1988) afirma:

A expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade [...] fixadas no interesse público e [que] têm por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção de reação anti-individualista.

Porquanto o texto constitucional de 1988 destaca a função social como elemento basilar da noção de propriedade, tem-se, como desdobramento direto dessa definição constitucional, o princípio da função social da empresa, que diz respeito, segundo os ensinamentos de Coelho (2011), ao cumprimento da pretensão do legislador constituinte por parte dos bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial. Trata-se, portanto, da consideração da relevância das atividades por ela desenvolvidas em diversos âmbitos da tessitura social, levando-se em conta, por exemplo, os empregos gerados pela atividade de empresa. Com efeito, a partir dessa perspectiva, é de se esperar que os procedimentos referentes às empresas tenham como

finalidade a preservação de sua atividade, e, por conseguinte, da sua contribuição social.

É sobretudo nesse aspecto que se difere, portanto, a recuperação judicial da antiga figura da concordata, que tinha um viés mais liquidatório do que recuperatório. Exemplo dessa mudança paradigmática diz respeito à possibilidade de participação de empresas em recuperação de licitações para obras e serviços públicos. Enquanto a antiga concordata impedia essa contratação, a nova legislação (Lei 11.101/05) silencia quanto a esse aspecto, razão pela qual é entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a inaplicabilidade da previsão da legislação anterior em vista do princípio supramencionado, conforme se segue:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

[...]

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.

3. À luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder

público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, *é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor*, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, *pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade*, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

(Agravamento em recurso especial Nº 309.867- ES - 2013/0064947-3, grifo nosso)

Tal entendimento pela não vedação se justifica quando analisada a conjuntura de grande parte das empresas brasileiras, que possuem como principal cliente o Estado. Se o *status* de empresa em recuperação judicial impedisse que essas empresas firmassem contratos com a administração pública, seriam ocasionadas dificuldades econômico-financeiras a elas que comprometeriam sua viabilidade e, conseqüentemente, a própria recuperação. Já estando em execução o contrato, caberá à Administração avaliar pela sua rescisão ou não conforme previsão do Art. 77, IX da Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

No mesmo diapasão em prol da preservação da empresa, entende o STJ que ficam impedidos de serem alienados ou retirados do estabelecimento do devedor os bens essenciais à sua atividade empresarial, também visando à permanência das ações desenvolvidas pela empresa e suas projeções no campo social.

Também nesse sentido, visando a facilitar a sucessão empresarial de estabelecimentos da empresa em recuperação, determina o §1º do art.

60 da Lei 11.101/05 que a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas não implica a sucessão das obrigações do devedor. Do contrário, a massa falida dificilmente atrairia adquirentes e, por consequência, a empresa não seria preservada, gerando os danos já mencionados.

Com efeito, os instrumentos mencionados caracterizam a visão majoritária do ordenamento jurídico brasileiro acerca da recuperação judicial no sentido de reconhecê-la como instrumento de preservação da atividade empresarial, dada a função social desempenhada pelas empresas segundo previsão constitucional e infranconstitucional. Se, então, o processo recuperacional tem como objetivo a manutenção do exercício da empresa, deve se adequar às particularidades de cada caso para que tal pretensão se mostre eficiente. É o caso especialmente das micro e pequenas empresas, objeto desse trabalho. O importante papel por elas desempenhado perante a sociedade brasileira e a sua condição de vulnerabilidade, aspectos tratados a seguir, atuam como causas ensejadoras de um tratamento especial legalmente previsto.

3. O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar, no seu Título VIII, dos princípios gerais da atividade econômica, elenca no seu rol o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte - constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil - como uma dessas diretrizes, visando à existência digna e de acordo com os ditames da justiça social (art. 170, caput e inciso IX, da Constituição Federal de 1988). Ainda nesse diapasão, o artigo 179 ratifica essa previsão principiológica, estabelecendo que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela *simplificação de*

suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.
(grifo nosso)

Com efeito, os incentivos oferecidos a essas empresas não representam ofensa ao princípio da isonomia esculpida no texto constitucional brasileiro, mas representam, em verdade, a concretização desse princípio por ter como objetivo proporcionar a viabilidade da atividade desses pequenos empreendimentos e a sua concorrência paritária no mercado. Foi nesse sentido que foi também elaborada a Lei Complementar 123/2006, denominada Estatuto da Microempresa, como forma de regular essa diferenciação legal prevista na Constituição Federal. É o entendimento do ex-presidente do STF, Joaquim Barbosa:

O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte.

De acordo com dados do Anuário de Trabalho nos pequenos negócios 2016 (Sebrae/DIEESE, 2018), as micro e pequenas empresas (MPEs) correspondem a cerca de 99% dos estabelecimentos empresariais do Brasil e ainda são responsáveis pela manutenção de 54,3% dos empregados formais nas empresas privadas não agrícolas do país. Apesar dos números suntuosos, a realidade das MPEs brasileiras é de vulnerabilidade e fragilidade. Porquanto dispõem de uma renda inferior e, por conseguinte, de um baixo capital de giro, são especialmente atingidas em situações de crise, posto que, diferentemente das grandes

empresas, que geralmente possuem negócios internacionais, não podem recorrer ao mercado externo diante da queda da economia interna.

As diferenças entre pequenas e grandes empresas não se resumem a aspectos quantitativos, que são até mais fortemente presentes nos aspectos qualitativos, e uma pequena empresa não deve ser encarada como uma miniatura de uma grande empresa.

(KORKEAMAKI; RUTHEFORD, 2006 apud PEÑALOZA e FIGUEIREDO, 2011)

Nesse sentido, cumpre-nos apontar a teoria schumpeteriana, que atribui preponderância ao papel do crédito no desenvolvimento das empresas. Com efeito, nesses momentos de crise em que são atingidas pela falta de capital, especialmente, demonstrar-se-ia mais latente essa necessidade, cuja análise precisa compreender as peculiaridades desse modelo de negócios, conforme pontuam Madi e Gonçalves (2012):

Na realidade das MPEs, [...] Há uma tendência de fusão do dinheiro pessoal do empregador/proprietário com o dinheiro institucional que revela limites para a sobrevivência e expansão das empresas de pequeno porte. Nesse sentido, as possibilidades de geração de vantagens competitivas das MPEs podem estar vinculadas ao crédito.

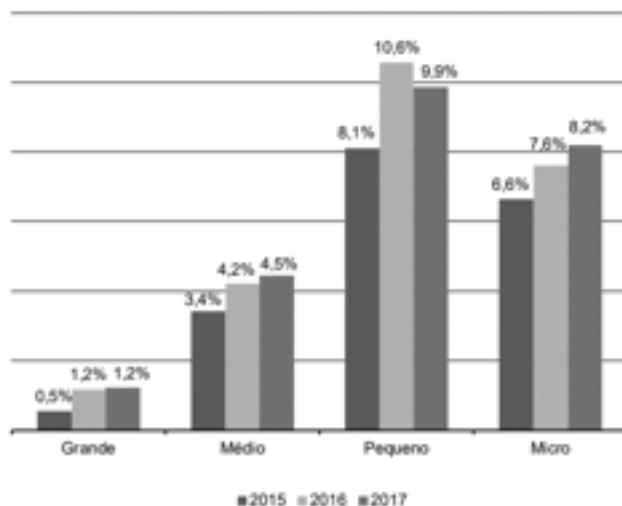
Com efeito, as características e objetivos do empresário, principalmente no que tange à sobreposição de propriedade e gestão, devem ser levadas em consideração, tendo em mente que, nesses empreendimentos, comumente a figura do administrador se confunde com a do proprietário, inexistindo um administrador profissional que possa gerir a empresa e promover uma saudável gestão da estrutura de

capital. Desse modo, acaba havendo confusão entre o capital da empresa e os recursos do proprietário (PEÑALOZA e FIGUEIREDO, 2011)

A má gestão da estrutura de capital, especialmente em momentos de crise tem como consequência direta a perda de competitividade por parte das empresas, que, com dificuldades de competir com grandes concorrentes, acabam vendo aprofundada sua crise, conforme afirma Cunha (2012):

Nesse contexto, as pequenas, principalmente, e as médias empresas encontram-se perante uma situação desafiadora, pois nelas há uma fusão de fatores que dificultam a administração do negócio, envolvendo a falta de profissionalização dos tomadores de decisão e das pessoas nelas inseridas, a limitação do capital e da estrutura administrativa, comparadas às grandes empresas com as quais concorrem numa economia aberta de mercado.

Com efeito, tem-se que as peculiaridades inerentes à condição de micro e pequena empresa as colocam, naturalmente, em situação de vulnerabilidade diante do mercado. Não é interessante para a ordem econômica do país, todavia, diante da larga participação dessas empresas na dinâmica nacional e da sua importância na geração de empregos, que elas venham a ter dificuldades financeiras que, podem, inclusive, induzir à sua falência.



Fonte: https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf

O gráfico acima, do Relatório de Economia Bancária 2017 do Banco Central do Brasil, já apresenta os altos índices de inadimplência das micro e pequenas empresas no país, com tendência de crescimento nos últimos anos, diante do momento de crise vivenciado. É nessa seara que se introduz, portanto, a necessidade da oferta de condições especiais que visem a garantir a viabilidade dessas empresas e a sua competitividade no mercado financeiro. Para tanto, como já exposto, a previsão principiológica contida nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal se materializou na ordenança infraconstitucional por meio da Lei Complementar 123/2006, que estabelece normas gerais inerentes ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Esse tratamento diferenciado, que se manifesta na existência de um regime simplificado de arrecadação tributária (Simples nacional) e na dispensa de algumas obrigações trabalhistas, também se faz presente nas ações voltadas à inserção dessas empresas no mercado. Com efeito,

o inciso I do art. 48 da Lei 123/2006 indica que a Administração Pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte. A medida busca evitar que as licitações públicas sejam tomadas exclusivamente por empresas que, por serem mais desenvolvidas economicamente, possuem condições mercadológicas que impossibilitam uma justa concorrência.

Dessarte, é fincado no compromisso constitucional de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte e em harmonia, ainda, com os preceitos basilares do Estatuto da Microempresa demonstrados até então, que a lei 11.101/2005 (Lei de Falências) estabelece tratamento especial às microempresas e empresas de pequeno porte no processo de recuperação judicial, que será desenvolvido no capítulo subsequente.

4. O TRATAMENTO ESPECIAL PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A previsão da oferta de tratamento especial para as micro e pequenas empresas (MPEs) consta nos artigos 70 a 72 da Lei 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial) e visam a adequar o princípio da preservação da empresa às necessidades impostas pelas particularidades dessas formas empresariais. Materializam, desse modo, as previsões constantes no artigos 170 e 179 da Constituição Federal, que, ao tratar da Ordem Econômica, impuseram a concessão de um tratamento diferenciado às MPEs.

Tal previsão legal, já presente no texto original da lei, sofreu alterações com a Lei Complementar nº 147 de 2014, visando à maior adequação desse instituto à realidade das MPEs. A adoção do plano especial de recuperação, convém afirmar, trata-se de uma faculdade do empresário, que, de acordo com o art. 70, §1º, deve demonstrar essa opção já na petição inicial. Uma das maiores diferenças desse modelo para o convencional é a inexistência da Assembleia de Credores, órgão que

tem como responsabilidade, dentre outras, deliberar sobre a aprovação ou a rejeição do plano de recuperação no procedimento convencional. No caso da recuperação judicial de microempresas que adotem o plano especial, o juiz analisará, para a concessão da recuperação judicial, apenas o atendimento às demais exigências legais. Acerca da importância desse plano especial, afirma Coelho (2011):

De fato, se a crise assola microempresário ou empresário de pequeno porte, em vista das reduzidas dimensões das atividades econômicas exploradas, não se justifica observar a complexa sistemática prevista pela lei para as sociedades devedoras de médio ou grande porte. Os recursos disponíveis são poucos e modesto o passivo. Se não houvesse na lei regras específicas para a reorganização das empresas de micro ou pequeno porte, seguramente quem as explora não acabaria tendo acesso ao benefício.

A inexistência da Assembleia de Credores, além de facilitar a aprovação do plano de recuperação, ainda tem o importante papel de garantir celeridade ao procedimento recuperacional, o qual pode se estender por muitos anos. Dada a realidade de muitos pequenos empresários no Brasil, em boa parte dos casos uma demora demasiada para a concessão resultaria na inviabilidade da manutenção da atividade empresarial. Trata-se, portanto, da efetivação também do princípio da viabilidade da atividade empresarial, decorrência direta da função social da empresa.

Apesar disso, não se pode afirmar que os credores não podem intervir no processo. Aplica-se também a esse caso a previsão do art. 55 da LRF, que impõe um prazo de 30 dias contados a partir da publicação da relação de credores para a sua manifestação. De acordo com o art. 72, parágrafo único, a objeção por parte de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes será causa de decretação da falência.

Outrossim, o art. 71, I, afirma que serão abrangidos pelo plano especial todos os créditos existentes na data do pedido, “com exceção dos decorrentes de repasses de recursos oficiais, os fiscais e os previstos

nos §§3º e 4º do art. 49”. A redação desse inciso, todavia, foi dada por alteração recente promovida pela Lei Complementar nº 147 de 2014. Até então, apenas os créditos quirografários eram abrangidos por esse plano. Tal alteração se mostra importante no sentido de adequar o instituto à realidade das empresas-alvo, visto que, na redação original, créditos com garantia real – categoria em que se incluem boa parte das dívidas de empréstimos bancários – não estavam inclusos no plano.

Ademais, o art. 71, em seus incisos II e III, traz o tratamento que deve ser oferecido às dívidas, com a previsão de parcelamento em até 36 parcelas mensais e sucessivas, a serem pagas com carência máxima de 180 dias a partir da distribuição do pedido para o pagamento da primeira parcela. Sobre as parcelas mencionadas, é ainda prevista a aplicação de juros equivalentes à taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia). Pode ainda conter proposta de abatimento do valor das dívidas. No que tange à taxa de juros aplicável, a redação anterior à Lei Complementar 147 impunha, em vez da SELIC, uma taxa de juros de 12% ao ano. Nova proposta de alteração circula no Congresso Nacional, conforme será abordado em capítulo específico.

Com efeito, evidencia-se que as condições especiais para a recuperação de microempresas apontadas são essenciais para a adequação desse instituto à realidade de empresas que, conforme apresentado em capítulo anterior, possuem peculiaridades que a distinguem das médias e grandes empresas e as tornam mais suscetíveis à incidência de crises.

Em nome do atendimento ao princípio da isonomia e tendo como objetivo garantir a viabilidade da recuperação judicial dessas empresas sem que isso incorra em um tratamento injusto, impõe-se, portanto, além de benefícios, algumas limitações à utilização do instituto. Conforme menciona Tomazette (2018):

Em contrapartida à simplificação do procedimento, o uso da recuperação especial será mais restrito, pois não poderá ser usada por um devedor qualquer, não

abrangerá credores quaisquer e seu plano de recuperação não poderá ter medidas quaisquer.

Trata-se, portanto, de medida claramente constitucional, visto que não fere o princípio da isonomia, mas lhe confere materialidade, garantindo, ainda, a efetivação dos princípios gerais da atividade econômica, que visam a assegurar a existência digna e os ditames da justiça social, por mais que encontre falhas em sua execução e, por vezes, não tenha a devida eficácia no que se refere à garantia da preservação da atividade empresarial das micro e pequenas empresas. Ademais, as regras que impõem esse tratamento especial, constantes na Lei de Falência e Recuperação Judicial, são objeto de proposta de lei que visa a alterar algumas de suas disposições a fim de torná-las mais adequadas à situação das empresas de pequeno porte e fomentar o uso desse instituto. Tal proposta será analisada a seguir.

5. ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA PLP 477/2018 E SUAS REPERCUSSÕES NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

O Projeto de Lei Complementar 285/2011 do Senado Federal, atualmente sob apreciação da Câmara Legislativa com a nomenclatura PLP 477/2018, insere uma série de alterações no que diz respeito ao processo de recuperação empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte. Considerando que o princípio da preservação da empresa é assumido como pressuposto do processo de recuperação empresarial, e considerando a previsão principiológica do tratamento constitucional diferenciado às MPEs, torna-se pertinente avaliar quais as repercussões diretas dessas alterações no cotidiano da atividade dessas empresas.

A princípio, a proposta de lei complementar ora em análise intenciona, por meio de seu art. 1º, estender ao processo de recuperação

judicial das MPEs a previsão do art. 67 da Lei 11.101/2005, que concede aos créditos decorrentes de obrigações contraídas durante o processo de recuperação judicial o caráter de créditos extraconcursais, inclusive os créditos inerentes às despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, nos casos de decretação da falência. Como descreve Ramos (2016) os créditos extraconcursais são aqueles “que devem ser pagos antes de qualquer outro crédito concursal, por maior que seja a sua preferência na ordem de classificação”.

Embora em um primeiro momento aparente remeter somente ao processo de falência, uma análise pormenorizada esclarece quais seriam as implicações desse dispositivo normativo no processo de recuperação empresarial. Na medida em que permite que os créditos das obrigações contraídas durante o processo de recuperação sejam considerados extraconcursais, o dispositivo possibilita, por consequência, que empresas em processo de recuperação continuem firmando novas obrigações necessárias à permanência de suas atividades, já que garantem que essas empresas continuem dotadas de confiabilidade perante os credores. Do contrário, se os créditos firmados nesse período não gozassem do caráter extraconcursal, isto é, se não lhes fosse garantida a quitação antes de qualquer outro crédito concursal, a empresa enfrentaria dificuldades em encontrar, por exemplo, credores dispostos a continuar fornecendo material necessário ao desempenho da atividade empresarial.

Cumpre-nos apontar, ademais, que essa aplicação estendida do artigo 67 – que certamente atende aos mandamentos da preservação da empresa – já é usualmente utilizada por meio de construção jurisprudencial, já abrangendo, inclusive, as micro e pequenas empresas. O projeto de lei, portanto, teria o condão de uniformizar os entendimentos e, assim, atuar como garantidor de segurança jurídica.

Ademais, a alteração trazida pelo art. 2 da proposta altera o inciso II do art. 71 da Lei 11.101/2005, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

II – preverá parcelamento em até 48 (quarenta e oito) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros

equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) ou de 12% a.a. (doze por cento ao ano), o que for mais vantajoso, e poderá conter a proposta de abatimento do valor das dívidas.

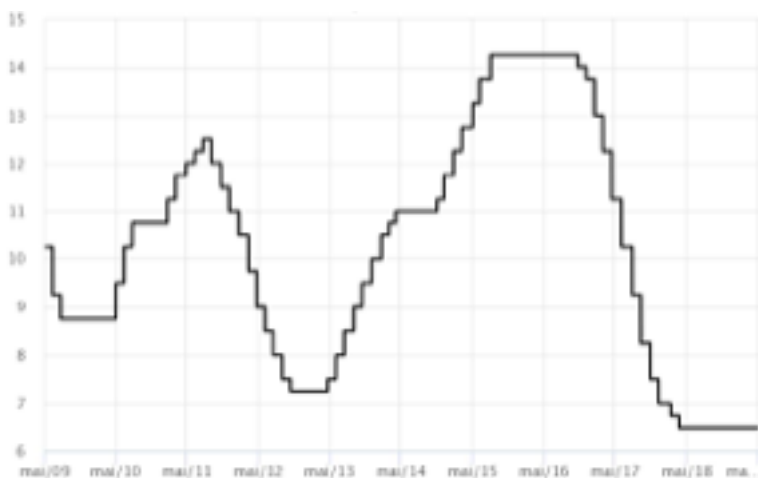
Trata-se efetivamente de duas mudanças que substituirão a redação do inciso II, tal qual ela é atualmente (“Preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas”), para passar a adotar a redação supramencionada: 1) o *quantum* inerente à possibilidade de parcelamento passaria de 36 (trinta e seis) parcelas mensais para 48 (quarenta e oito) parcelas mensais, iguais e sucessivas; 2) haveria a possibilidade de escolha entre o acréscimo da taxa de juros do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) ou da taxa de 12% a.a. (doze por cento ao ano). Analisaremos cada uma a seguir.

Em que pese não ser medida suficiente para garantir sozinha o sucesso da recuperação empresarial, é inegável a força estratégica que um maior parcelamento do crédito pode ter, especialmente para empresas de baixo capital como as MPEs, desde que devidamente acompanhado de outros meios como os descritos no art. 50 da Lei 11.101/2005, para que a empresa consiga se manter nos momentos de crise. Dessarte, por acreditar que um período maior pode ser fundamental para a adequada reorganização da empresa, entendemos que a concessão de um novo prazo preza pelo princípio da preservação da empresa, podendo ser um diferencial ao sucesso da operação. O prazo de 48 meses, portanto, configura-se como uma proteção que obedece ao mandamento constitucional do tratamento diferenciado. Ademais, sendo facultativa a adoção do plano especial de recuperação pelas MPEs, cabe às empresas analisar o caminho mais benéfico, em nada obstando a redação do inciso II do art. 71 da Lei 11.101/ 2005.

Ademais, a alteração que objetiva a possibilidade de escolha entre a taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) e a taxa

de 12% a.a. (doze por cento ao ano) é fruto de uma evolução legislativa. Até o ano de 2014, quando foi alterado pela Lei Complementar nº 147, o inciso II do art. 71 da Lei 11.101 previa tão somente a possibilidade do acréscimo da taxa de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano); após a referida alteração, passou-se a ser possível apenas a aplicação da taxa Selic. A proposta da PLP 477/2018 pretende, então, unir ambos os entendimentos que a lei já assumiu, possibilitando tanto o acréscimo da taxa Selic quanto a incidência da taxa de 12% ao ano, ficando a escolha por uma ou outra à conveniência da empresa. É importante ressaltar que a possibilidade de escolha entre as taxas é resultado de uma das várias emendas sofridas durante a tramitação da PLP 477/2018, que advém do Projeto de Lei do Senado nº 285/2011.

Dessarte, entendemos que a alteração em análise também é carregada de aspectos positivos às MPEs. Conforme estabelece o Comitê de Política Monetária (Copom) do Banco Central do Brasil (BCB), a taxa Selic até 08 de maio de 2019 é de 6,50% ao ano, o que verifica grande vantagem – quase metade – quando comparada à possibilidade de incidência de juros com a taxa de 12% ao ano. Contudo, nem sempre essa vantagem se verifica na prática. Isso porque, conforme expresso no Gráfico 02, nem sempre a taxa Selic se faz menor que 12% ao ano, como já ocorreu, por exemplo, no período entre o início de 2015 e o início de 2017. É interessante às MPEs, portanto, a possibilidade de poder optar por uma ou outra taxa a depender da conjuntura a qual se submete. Abaixo, gráfico do BCB (2019):



Fonte: https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf

Outro ponto em apreciação se refere à proposta de revogação dos artigos 191-A do Código Tributário Nacional (CTN) e 57 da Lei 11.101/2005. Ambos versam sobre a necessidade de apresentação de certidão negativa de débitos tributários como condição para a concessão da recuperação judicial. Embora não se trate de mudança que atinja tão somente as MPEs, essas empresas costumam sentir em maior grau os entraves gerados pela necessidade de comprovar a regularidade fiscal. Com a proposta, portanto, as dívidas deixam de ser um entrave ao gozo do benefício da recuperação judicial. Pretende-se, portanto, atingir um número maior de empresas em situação que requeira a incidência da recuperação judicial.

Conforme se apresentaram alguns dos principais aspectos que caracterizam as dificuldades particulares das micro e pequenas empresas, compreende-se que, ao conferir maior celeridade ao processo de recuperação e eliminar determinadas barreiras, atenuam-se os danos causados às microempresas. Ademais, o aumento do prazo de pagamento dos débitos de 36 para 48 meses, diante das dificuldades

apontadas, certamente ainda proporcionariam uma maior possibilidade de execução do plano de recuperação judicial para as MPEs.

6. CONCLUSÕES

Considerando a relevância social e econômica que as micro e pequenas empresas exercem sobre a sociedade como um todo, revela-se o dever do Poder Público no tratamento diferenciado a essas empresas na medida em que possibilite viabilidade, preservação e desenvolvimento das atividades empresariais protagonizadas por elas. Com efeito, a função social da empresa, enquanto interesse supraindividual, é um pressuposto fundante do Direito Empresarial que implica a concepção de que as empresas devem exercer suas atividades fincadas também em interesses coletivos, como, por exemplo, a produção e fornecimento de produtos à comunidade, a oferta de trabalho e a prestação de serviços. Em razão disso, a preservação da atividade empresarial figura como interesse precípua do ordenamento jurídico empresarial, devendo-se executar o possível para que a recuperação das empresas em crise se efetive. Trata-se de assumir a relevância do papel desempenhado.

Em se tratando de microempresas e empresas de pequeno porte, o intuito de recuperá-las e, conseqüentemente, o interesse pela preservação dependem de um tratamento especial, tendo em vista a vulnerabilidade que elas possuem quando comparadas às grandes empresas e seus conglomerados. Trata-se de tratar os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade. É essa a razão de existir do mandamento constitucional que determina a possibilidade de tratamento diferenciado às MPEs, materializando-se em um processo de recuperação especial, com condições que visam atentar às particularidades dessas empresas. Não se trata, portanto, de um procedimento ideal ou que resolva com plenitude o problema da vulnerabilidade econômica de micro e pequenas empresas. Atende, todavia, a importante comando principiológico e já representa um importante passo para a concretização dos demais

princípios e fundamentos da ordem econômica esculpidos no artigo 170 da Constituição Federal.

Com efeito, a oferta de um tratamento diferenciado não caracteriza violação ao princípio da isonomia, mas, em verdade, representa uma tentativa de materialização, prevista expressamente nos artigos 170, VI, e 179 da Constituição Federal, que tornam latente a constitucionalidade do tratamento em comento.

A partir das considerações apresentadas ao longo do presente trabalho, provou-se não somente necessária como também benéfica às microempresas e empresas de pequeno porte as alterações propostas pela PLP 477/2018. Essas alterações justificam-se pela confluência entre o princípio da preservação da empresa e o mandamento constitucional de tratamento diferenciado às MPEs, que preconizam, conjuntamente, a necessidade de lançar mão de artifícios jurídicos normativos que facilitem a recuperação judicial dessas formas de empresa. A razão de existir da PLP decorre, então, da necessidade de tratamento especial aliada à insuficiência do tratamento que hoje lhes é dado.

Não resta dúvidas, nesse sentido, acerca da justeza social e constitucional das alterações preconizadas pela PLP 477/2018, que se mostram bem intencionadas e planejadas com o intuito de pragmaticamente possibilitar a recuperação empresarial da MPEs, atacando os principais gargalos que hoje se fazem presentes na solução das crises que incidem sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, sobremaneira, por intermédio da garantia de maior celeridade e confiabilidade para a obtenção de novos créditos.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Tabela 1: meta para taxa SELIC.** Disponível em: < <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic>>. Acesso em 30 de Abril de 2019.

_____. **Relatório de Economia Bancária 2017.** Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf>. Acesso em 29 de Abril de 2019.

_____. Congresso Nacional. **Projeto de Lei Complementar nº 477/2018**, inteiro teor. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1642701&filename=PLP+477/2018>. Acesso em 22 de Abril de 2019.

BULOS. U. L. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COELHO, F.U. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, M.A.N. **O perfil da administração financeira de pequenas e médias empresas.** 2012. Dissertação (Mestrado Executivo em Administração). Escola brasileira de administração pública e de empresas. FGV. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8061/000317971.pdf>>. Acesso em 23 de Abril de 2019.

FACHIN, L.E. **A Função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural).** 1a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

KORKEAMAKI, T., RUTHEFORD, M. Industry Effects and Banking Relationship as Determinants of Small Firms Capital Structure

Decisions. Spokane: Gonzaga University, 2006.

MADI, M.A.C.; GONÇALVES, J.R.B. Produtividade, financiamento e trabalho: aspectos da dinâmica das micro e pequenas empresas (MPEs) no Brasil. In: SANTOS, A.L.dos. et al. (orgs.). Micro e Pequenas Empresas Mercado de Trabalho e Implicação para o Desenvolvimento. Rio de Janeiro: IPEA, 2012

MAMEDE, G. **Falência e Recuperação de Empresas - Direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, C. M. de. Principais mudanças na legislação falimentar. Migalhas. 2005. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11874,91041-Principais+mudancas+na+legislacao+falimantar>>. Acesso em 17 de Abril de 2019.

PEÑALOZA, V; FIGUEIREDO, F de C. Fatores que influenciam a estrutura de capital em micro e pequenas empresas. **Pretexto**. Belo Horizonte, v.12, n.1, jan/mar. 2011. p 9-28. Disponível em: < <http://www.fumec.br/revistas/pretexto/article/view/658/565>>. Acesso em 22 de Abril de 2019.

SEBRAE. Anuário do trabalho nos pequenos negócios: 2016. São Paulo: DIEESE, 2018. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario%20do%20Trabalho%20nos%20Pequenos%20Neg%C3%B3cios%202016_.pdf>. Acesso em 16 de Abril de 2019.

TOMAZETTE, M. **Caderno FGV Projetos: Recuperação de empresas**. Rio de Janeiro, ano 13, n. 13. Set. 2018, p. 136-145. Disponível em: <http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernos_

recuperacaojudicial-final-site.pdf.>. Acesso em 22 de Abril de 2019.

THE CONSTITUCIONAL PRINCIPLE OF THE MICRO AND SMALL BUSINESSES DIFERENTIAL TREATMENT: THE COMPANY PRESERVATION AND THE BILL 477/2018

ABSTRACT

The current work aims to analyze, under the constitutional perspective, the differential treatment offered to micro and small businesses in the judicial recovery process, seeing that as corollary of the principle of company preservation. Therefore, shall be observed the particularities of micro and small companies that justifies the need of that differential treatment in Brazilian legal order, whit emphasis in the judicial recovery process. Lastly, shall be yet analyzed the 285/2011 Bill from House Senate (PLP 477/2018 in the chamber of deputies) and the effect of its changes in the recovery process of micro and small businesses.

Keywords: Microbusiness. Small business. Differential treatment. Company preservation