

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1071

(Ano XIV)

(12/02/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



A barbaridade nossa de cada dia
Eduardo Luiz Santos Cabette, 07.

ARTIGOS

Jurisprudência como fonte de direito e forma de assegurar a estabilidade das relações jurídicas

Kiyoshi Harada, 19.

Análise dos métodos de exame da constitucionalidade de intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais

Caio Henrique Alcântara, 23.

A exigência de vacinação no âmbito do serviço público

Danilo França Falcão Pedrosa, 33.

Recuperação judicial para os entes do terceiro setor

Carla Pinheiro Lima, 44.

O (não) cabimento dos lucros cessantes na rescisão unilateral dos contratos administrativos: proposta de revisão do tema

Raphael Diógenes Serafim Vieira, 77.

A aplicação da técnica de ampliação do julgamento colegiado e o julgamento não unânime de embargos de declaração na ótica do STJ

Pedro Campos de Azevedo Freitas, 98.

Justiça de Transição e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ráisa Bakker de Moura, 104.

O conteúdo jurídico-filosófico da dignidade da pessoa humana: uma análise à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Marcelo Perez da Cunha Lima, 119.

A humanização e a efetividade do processo executivo na interpretação do STJ em relação às impenhorabilidades do art. 833, incisos IV, VI e X, do CPC

Pedro Campos de Azevedo Freitas, 136

A discricionariedade judicial sob a perspectiva de Hebert Hart e Ronald Dworkin.

Hellen de Macêdo Maciel e Gabriela Casagrande Gazzone, 145.

O princípio da anterioridade anual com foco em concursos públicos

Jorge Henrique Sousa Frota, 158.

O ativismo judicial e Paulo Brossard: atualidade de um debate

Caio Valença de Sousa, 186.

A extensão dos efeitos da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais

Pedro Campos de Azevedo Freitas, 200.

Gestão penal da imigração: utilização do sistema penal para controle dos fluxos migratórios

Hellen De Macêdo Maciel, 209.

Marinha do Brasil e a rosa das virtudes: uma ótica constitucional

Gisele de Almeida Barreto Belchior, 223.

Ativismo judicial e judicialização da saúde: análise do tema repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça – STJ

Caio Valença de Sousa, 231.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas: um novo paradigma diante do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR

Eduardo Santos Sales, 250.

A posição do STJ frente à dupla intimação sobre atos processuais

Pedro Campos de Azevedo Freitas, 283.

A BARBARIDADE NOSSA DE CADA DIA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

1 – OS FATOS

A comunicadora Bárbara Zambaldi Destefani, do Canal “Te Atualizei” do Youtube teve sua monetização cancelada por uma decisão proferida em processo administrativo do TSE, sem que fosse sequer notificada a respeito, bem como sob a alegação genérica de prática de “fake News” sem que se apontasse especificamente qual ou quais teriam sido as notícias ou alegações falsas por ela proferidas.

Já há alguns meses sofrendo esse prejuízo profissional que chega a atingir recursos alimentares da própria implicada e de sua família (ela tem um filho menor enfermo), sem conseguir nem mesmo saber qual a acusação que contra si paira no referido processo que, segundo consta, corre em sigilo, o que seria de se esperar por parte da comunidade de jornalistas e comunicadores em geral, não importando qual sua coloração política – ideológica? Seria a reação de solidariedade com a colega oprimida. Mas, não foi nada disso que aconteceu.

Eis que a conta do Twitter de Bárbara recebe um selo azul de autenticação da plataforma, tendo em vista tratar-se de figura pública com muitos seguidores e alto alcance midiático. O selo azul indiretamente confere credibilidade àqueles que o possuem, pois que significa tratar-se de perfil autêntico, bem como de maior capacidade influenciadora. No entanto, na verdade, o que o selo azul do Twitter realmente significa é que aquele perfil visualizado é o original e não algum imitador, apenas isso.

O que deveria ser algo indiferente ou rotineiro na dinâmica das redes sociais, acabou se transformando em uma polêmica criada exatamente por outros jornalistas e comunicadores, os quais pleiteavam a retirada do selo conferido. Mas, nem todos ficaram somente em uma crítica meramente deslocada ou sem sentido. Houve quem partisse para o abuso com a inequívoca intenção de ofender a honra da comunicadora em questão. Um

desse chegou a afirmar no Twitter que Bárbara não merecia o selo azul, mas sim “uma tornozeleira eletrônica”. Seguiu afirmando, sem apontar fatos, que a comunicadora só faria “mentir” e seria uma “negacionista” (seja lá o que isso signifique). Não bastasse isso, aludiu ao filho menor de Bárbara, afirmando que a criança no futuro iria se envergonhar da mãe, tendo em vista ser ela uma propagadora de “mentiras na internet”. No seguimento, naquilo que se poderia chamar de um *discurso direto de ódio*, insinuou que o “futuro” da comunicadora poderia “também ser na cela”, dando a entender que não somente uma “tornozeleira” usada em criminosos seria suficiente, mas haveria necessidade, em algum momento, da própria prisão de Bárbara. Além disso, afirmou que Bárbara deveria (seria um conselho seu) se candidatar a cargo que lhe conferisse imunidade, reiterando indiretamente a afirmação de que ela poderia ser presa. Não resta dúvida de que o jornalista em questão atribuiu claramente o epíteto de “criminosa” a Bárbara, já que somente usam tornozeleiras eletrônicas e ficam confinados em celas tais pessoas, salvo algumas exceções de inocentes e indivíduos que sofrem abusos de autoridade, aos quais com certeza não estava se referindo o profissional em suas mensagens no Twitter.

Bárbara limitou-se a responder às ofensas e insistir na indagação ao jornalista sobre quais seriam seus crimes, quais seriam suas mentiras, pois, afinal de contas, nem mesmo o TSE até o momento a notificou a respeito e ela não é acusada formalmente de absolutamente nada. Quanto a isso o jornalista fez ouvidos moucos.

São estes os lamentáveis fatos que se passaram.

2 – A BÁRBARA INVERSÃO DE VALORES

Como já foi dito, o que se esperaria da classe dos jornalistas e comunicadores em geral com relação à situação de Bárbara, seria uma ação solidária para que pelo menos se justificassem ou fundamentassem as medidas contra ela tomadas. Isso não por uma questão de bondade, caridade ou mero espírito de corpo, mas por uma reação de autopreservação. Ora, hoje é a comunicadora em destaque que sofre restrições injustificadas e não fundamentadas de acordo com a lei. E amanhã? Quem será? Poderá ser o próprio jornalista acima focado ou quaisquer outros comunicadores de redes sociais ou de veículos de massa, artistas, escritores, acadêmicos, pessoas comuns etc.. Está em jogo a liberdade de pensamento, opinião, expressão e imprensa.

Entretanto, parece ser difícil para o indivíduo polarizado ideologicamente enxergar no “outro” um semelhante, exercitar um mínimo que seja de empatia.

Há bastante tempo escrevi um texto acerca da necessidade de conscientização quanto ao fato de que os direitos e garantias individuais não são “direitos dos outros” ou

de “um outro” diverso de nós, são nossos próprios direitos. 1 No bojo daquele texto outrora produzido utilizei uma passagem literária que tomo a liberdade de novamente trazer à baila por seu alto poder ilustrativo e sua extrema pertinência na atual conjuntura. Trata-se de um conto inspirado de Bernardo de Carvalho, intitulado “Estão Apenas Ensaizando”.

O texto literário 2, narra a história de um ator que ensaia a fala de um lavrador que perdeu a esposa durante a guerra e que agora implora à Morte a restituição da mulher amada. Acontece que o ator diz o texto com certo “distanciamento”, o que leva o diretor da peça a frequentemente interromper os ensaios, exigindo muito mais vigor e desespero na interpretação. Não obstante, o ator insiste numa postura indiferente, que considera mais adequada, jamais cedendo aos apelos sensatos do diretor.

Durante o ensaio o ator aguarda a chegada de sua esposa no teatro, olhando constantemente no relógio, já que haviam combinado se encontrarem ali com horário marcado, estando ela atrasada.

É em meio a esse cenário que um personagem adentra o teatro e se dirige ao diretor, dizendo-lhe algo ao pé do ouvido. A simples troca de olhares e a reação da assistente do diretor, desatando em choro, dão ao ator a intuição de que algo terrível acontecera à sua mulher e que esta seria a razão do atraso. Nessa oportunidade o ator está no meio de sua fala e, por fim, encarna como nunca o lavrador desesperado. Nas palavras de Bernardo Carvalho:

“(...) e por fim compreende aterrorizado e a um só tempo a sinistra coincidência da cena e do momento, o que aquele vulto veio anunciar sobre o mundo do lado de fora, com buzinas, motores e sirenes; compreende por que o diretor não o interrompeu desta vez, porque por fim esteve perfeito na pele do lavrador em sua súplica diante da morte; compreende que por um instante encarnou de fato o lavrador, que involuntária e inconscientemente, por uma trapaça do destino, tornou-se o próprio lavrador pelo que aquele vulto veio anunciar; compreende tudo num segundo, antes mesmo de saber dos detalhes do acidente que a matou atravessando a rua a duas quadras do teatro, diante dos olhos arregalados do diretor e da assistente (...)”. 3

1 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Valorizando as Garantias ou a Difícil Arte de Enxergar o Outro como Igual. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9636/valorizando-as-garantias-ou-a-dificil-arte-de-enxergar-o-outro-como-igual>, acesso em 19.01.2022.

2 MORICONI, Ítalo (org.). *Os cem melhores contos brasileiros do século*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000, p. 592 – 595.

3 Op. Cit., p. 595.

Quão lamentável não seria um dia ver toda uma classe de comunicadores brasileiros recebendo um choque de realidade tão intenso como este que a literatura nos proporciona vivenciar!

Este é um claro exemplo de que a cultura geral e, em específico, a literatura, com sua carga sensibilizante, deve integrar a formação do jurista e do homem. Há incontáveis lições a serem aprendidas pelo jurista e por todos (incluindo obviamente jornalistas e comunicadores) com a arte, a literatura, a filosofia..., as quais jamais serão encontradas nas letras frias das leis ou nos limitadíssimos "comentários" doutrinários dos manuais "didáticos".

Na realidade, a reflexão mais urgente e imprescindível para evitar reações irracionais a formularem pretensas justificativas para legislações de terror e autoritarismo ou mesmo para atos à margem da lei e da Constituição, é aquela de recordar e repisar constantemente que o "outro" é um semelhante, portador dos mesmos direitos e garantias que sua condição humana comum impõe e que, quando pensamos retirar-lhe esses direitos é de nós mesmos, nossos familiares, amigos e futuras gerações que retiramos. Desprezar ou destruir os direitos e garantias erigidos ao longo de anos é ato tão insano quanto um suicídio. É matar a própria liberdade.

A verdadeira emergência em tempos de crise é encarnar sem demora o humano que há nos "outros", ou melhor, reconhecer e encarnar irresignavelmente "nossa" humanidade. Isso sob pena de algum dia experimentar essa identificação de forma abrupta como aconteceu ao ator no conto de Bernardo Carvalho.

Afinal, "se os homens não conseguem referir-se a um valor comum, reconhecido por todos em cada um deles, então o homem se torna incompreensível para o próprio homem".⁴ É somente neste estado de confusão mental e desespero diante daquilo que se apresenta como um incompreensível absurdo que se pode conceber a reação tresloucada descrita neste texto. As pessoas que assim agem por se acharem nesse estado de deterioração moral e intelectual são quase dignas de piedade.

Mas, não é somente a desensibilização empática que está a perverter os valores a serem levados em consideração no contexto.

Tendo em vista a condição em que se encontra Bárbara, é incrível que até mesmo juristas não venham manifestar-se de forma contundente a respeito da situação que se desenrolou. Não é admissível ou compreensível nem mesmo aos jornalistas e outros comunicadores sem formação jurídica, a alegação de ignorância a respeito dessa terrível

⁴ CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 39.

perversão, que significou a atitude diante da concessão do selo azul à conta de Twitter da envolvida.

Considerando que Bárbara é tão somente submetida a uma preliminar investigação administrativa do TSE e de Inquéritos em andamento pela Polícia Federal, cuja legitimidade e legalidade já se demonstraram serem altamente duvidosas, 5 é inafastável o reconhecimento de plena aplicação da “Presunção de Inocência”, a qual é considerada uma “regra de tratamento” imposta constitucionalmente. Aliás, ainda que tais procedimentos fossem indiscutivelmente legítimos e legais, nada se alteraria a respeito da necessária obediência constitucional à “regra de tratamento” da “Presunção de Inocência”. Conforme ensina Moraes:

Na cultura da Civil Law, a forma mais tradicional de se compreender a presunção de inocência é considerá-la como uma garantia de que o cidadão será tratado na persecução penal como inocente. Isto é, garante-se que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente sejam aplicados após seu trânsito em julgado. Salienta-se, nesse sentido, que a presunção de inocência como norma de tratamento decorre diretamente dos direitos e garantias processuais do acusado, tais como o devido processo legal, legalidade, imparcialidade, contraditório e ampla defesa, duplo grau de jurisdição, dentre outros, assegurando ao réu o estado de inocente que apenas poderá ser vencido por uma decisão penal condenatória com trânsito em julgado legal e constitucional, ou seja, que tenha respeitado e observado tais princípios supra elencados. 6

Note-se que a “Presunção de Inocência”, como nos alerta Malatesta, não é uma regra ou princípio que tenha sido erigida apenas no âmbito teórico, eventualmente confrontando a realidade dos fatos, derivando dos devaneios de algum nefelibata. Não, a “Presunção de Inocência” é algo que se impõe como um conhecimento por presença que deriva de uma intuição direta da realidade circundante. É fato real e conhecido de todos por experiência diretamente testemunhável que a grande maioria das pessoas não é criminosa. Dessa constatação real é que se chega à “Presunção de Inocência”, a qual, é

5 Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inquérito Judicial das “Fake News”: as obviedades que precisam ser explicadas. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/854579298/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas>, acesso em 19.01.2022.

6 MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 427.

obviamente uma presunção relativa ou “*juris tantum*”, cabendo e exigindo prova em contrário para eventual condenação e tratamento da pessoa envolvida como culpada.⁷

Nessas circunstâncias, Bárbara necessariamente teria de ser tratada como inocente, seja pela Polícia, pelo TSE ou por qualquer juízo ou tribunal, seja pela população em geral e, com ainda mais razão, por seus pares comunicadores e jornalistas. E não foi o que aconteceu.

Entretanto, a inversão de valores é ainda mais intensa do que se possa pensar. Estando Bárbara numa situação clara e evidente de “Presunção de Inocência”, o recebimento de um selo de autenticidade conferido por uma rede social desinteressada e que teria atuado tão somente por uma análise totalmente objetiva de seus critérios de reconhecimento, deveria ser um motivo de reforço dessa “Presunção de Inocência” e, portanto, de questionamento, não da rede social ou da comunicadora, mas do Tribunal que impõe restrições à atuação desta última nas redes sociais, sem qualquer fundamentação plausível. A atribuição do selo de autenticidade pelo Twitter a Bárbara deveria ter sido motivo para mobilização de toda a classe de jornalistas e comunicadores em uma cobrança rigorosa frente ao TSE a fim de que se justifiquem as restrições impostas à comunicadora em questão. Ao contrário disso, o que se viu foi uma avalanche de ofensas à honra da comunicadora e de críticas sustentadas exatamente na decisão judicial restritiva que não se sustenta em fundamentos concretos e se vê ainda mais questionada pelo evidente prestígio e idoneidade comprovados daquela que é oprimida sem maiores demonstrações de legitimidade dessa repressão.

Essa situação invertida somente pode ser explicada pela cegueira deliberada ou patológica provocada pela atuação enviesada seja da nossa “Justiça”, seja dos próprios comunicadores e jornalistas em suas interações e atuações.

Nesse ponto é interessante perceber que o nome da vítima de toda essa perversão, Bárbara, tem duas linhas de significação. Uma delas que pode retratar sua atuação vitoriosa como comunicadora. Popularmente o termo “bárbaro” pode designar aquilo que é muito interessante, de excelente qualidade, como quando se diz: “Ontem assisti a um filme bárbaro”.⁸ Por outro lado, há um significado negativo para o termo “bárbaro”, que pode referir-se ao “estrangeiro”, “forasteiro” ou “a estranha”, isso em razão da origem histórica referente ao emprego do termo por Gregos e Romanos para designar povos diversos considerados inimigos, atrasados, violentos etc. A palavra “bárbaros” derivou no grego de

7 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 133 – 134.

8 BÁRBARO. Significado de bárbaro. Dicionário on line de Português. Disponível em <https://www.dicio.com.br/barbaro/>, acesso em 19.01.2022. “[Popular] que é muito legal, interessante, filme bárbaro”.

“barbar”, que tem o significado de “língua incompreensível”, pois os gregos usavam essa onomatopeia para expressar o que ouviam quando presenciavam estrangeiros falando, um “Bar – bar”, que seria o equivalente ao “blá – blá” em português. 9

É nítido que a comunicadora em questão foi tratada por seus pares como “uma estranha”, conforme se demonstrou já no início deste item, pela absoluta falta de seu reconhecimento como semelhante. Neste sentido, Bárbara foi tratada barbaramente por outros comunicadores e jornalistas (não se trata de trocadilho infame, mas da descrição rigorosa dos fatos). E toda essa barbárie se dá e é possível somente porque vivenciamos um momento de escalada do que Mário Ferreira dos Santos denominou de “Invasão Vertical dos Bárbaros”. O nome da comunicadora se adequa, em sua pessoa e no exercício de sua profissão ao sentido positivo do termo em comento. Mas, seus detratores estão em plena consonância com o “barbarismo vertical”, cuja característica das mais acentuadas é “apresentar a força como superior ao direito”, admitindo sem peias o afastamento do Direito “do campo da Ética para integrar-se apenas no campo da Política”. 10 Nesse plano se dá ainda a ação do “negativo”, que é exatamente o que permite uma “inversão da escala de valores” que atinge todos os setores. 11

3 – OS CRIMES CONTRA A HONRA

Parece que além de uma inversão total quanto à posição que deveriam tomar com relação à situação por que passa a comunicadora Bárbara, bem como quanto à sua condição de presumidamente inocente, a qual se agiganta com a conferência do selo pela rede social Twitter, os detratores da comunicadora em destaque se olvidaram daquilo que tanto parecem gostar, ou seja, dos limites que realmente existem para a liberdade de expressão, seja em geral, seja nas redes sociais, devendo-se ter em conta bens jurídicos como a honra das pessoas afetadas pelas mais diversas manifestações. Não se admite em uma democracia a censura prévia, como tem ocorrido com várias pessoas, mas todos são responsáveis por aquilo que veiculam e, se desbordam voluntariamente e inequivocamente os limites de uma discussão, partindo para ofensas pessoais com dolo de difamar, injuriar ou caluniar, incidem em tipos penais previstos dentre os chamados “Crimes contra a Honra”, bem como em ilícito civil indenizável.

9 BÁRBARA. Significado do Nome Bárbara. Dicionário de Nomes Próprios. Disponível em <https://www.dicionariodenomesproprios.com.br/barbara/#:~:text=B%C3%A1rbara%3A%20Significa%20%22estrangeira%22%2C,que%20significa%20%22l%C3%ADngua%20incompreens%C3%ADvel%22.&text=O%20nome%20se%20tornou%20bastante.filha%20de%20um%20oficial%20romano>, acesso em 19.01.2022.

10 SANTOS, Mário Ferreira dos. *Invasão Vertical dos Bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012, p. 27 – 28.

11 Op. Cit., p. 52.

Utilizando o exemplo já narrado neste trabalho do jornalista e seus impropérios, é possível tipificar, em tese, a conduta de acordo com o Código Penal Brasileiro.

Um primeiro ponto importante é ter presente a distinção entre os crimes de calúnia, difamação e injúria.

O Código Penal prevê três modalidades de crimes contra a honra, a saber: calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). Uma das questões mais importantes é saber diferenciar cada um desses crimes. Assim sendo, vejamos os conceitos: a) Calúnia é a falsa imputação de *fato* criminoso a outrem; b) Difamação é a imputação a alguém de *fato* ofensivo à sua reputação; c) Injúria é a ofensa à dignidade ou decoro de outrem.

Verifica-se que nos dois primeiros (calúnia e difamação) atribui-se sempre um *fato* ofensivo da honra a uma pessoa. A diferença é que na calúnia o *fato* é criminoso e na difamação ele é apenas desonroso, imoral etc. Por seu turno, a injúria constitui não a atribuição de um *fato* (criminoso ou não), mas o mero xingamento, rotulação, palavreado ofensivo. 12

De acordo com o exposto a respeito das ofensas proferidas pelo jornalista envolvido, verifica-se que ele atribui a qualidade negativa de "mentirosa" à comunicadora, alega que o filho menor desta "terá vergonha" dela no futuro, a chama de "negacionista" (seja lá o que isso queira dizer), diz que ela deveria ser encarcerada e/ou ser submetida a monitoramento com "tornozeleira" eletrônica. Todas essas afirmações são obviamente ofensivas diretamente à honra da vítima e não há como afirmar que se fazem sem inequívoca intenção de injuriar. O crime de injúria (artigo 140, CP), está, portanto, em tese, perfeitamente caracterizado e é perpetrado de forma continuada (inteligência do artigo 140, CP c/c artigo 71, CP). A continuidade delitiva se configura porque o agente reitera, mediante várias ações no Twitter, as diversas ofensas, perpetrando crimes da mesma espécie e em condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes.

Observe-se que embora se possa inferir que ao atribuir a condição de mendaz e criminosa à vítima poderia haver também crimes de difamação e calúnia, isso não se sustenta. Explica-se: como já exposto acima, para a configuração de ambos os delitos em comento seria necessário que o ofensor descrevesse *condutas ou situações fáticas* (narrativas com início, meio e fim), as quais indicassem a ofendida proferindo supostas mentiras ou praticando crimes que não praticou. Ocorre que, mesmo quando indagado por Bárbara a respeito de quais seriam as mentiras ou crimes por ela perpetrados, o ofensor simplesmente se cala. Ou seja, fica na mera ofensa escrita leviana sem qualquer substrato narrativo, tal como quando se xinga alguém com um palavrão, o que é exemplo típico de injúria e não de difamação ou calúnia. Fazendo uma ponte com o item anterior, é

12 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal Parte Especial*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 141.

interessante notar que nem o ofensor nem os órgãos públicos se dispõem ou têm capacidade de efetivamente descrever condutas reais, mas apenas de proferir imputações genéricas.

Não é possível pugnar pela excludente de punibilidade prevista no artigo 142, II, CP em prol do jornalista focado, tendo em vista a ressalva legal de que não se aplica a benesse “quando inequívoca a intenção de injuriar”. Certamente o ofensor poderia discordar das ideias e afirmações de Bárbara e as criticar, até mesmo de forma incisiva. No entanto, parte para ofensas pessoais totalmente desnecessárias e que em nada contribuem para o debate de ideias. Ao contrário, quando instado a esclarecer quais seriam as tais ações mentirosas e/ou criminosas, não diz absolutamente nada, não desmente a comunicadora em nenhum ponto específico, não aponta qual infração à lei teria ocorrido para que tanto ela como o público possam avaliar a situação. Não, apenas permanece na conduta social e intelectualmente inútil de assacar ofensas genéricas “ad hominem”. Desse modo, não há como negar que o intento não é de eventual crítica séria, mas tão somente de ofender a honra de terceiro.

Importante salientar que, tendo em vista que o autor teria cometido os crimes de injúria por meio da internet na rede social Twitter, haverá, de acordo com o artigo 141, § 2º, CP, um aumento considerável da pena prevista da ordem do triplo (alteração feita pela Lei 13.964/19). Dessa forma, a pena prevista “in abstracto”, que seria normalmente de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, passará a ser de detenção, de 3 (três) meses a 1(um) ano e 6 (meses). Há a possibilidade de aplicação de incremento penal em cascata, devido ao crime continuado, conforme acima exposto, variando o aumento entre um sexto e dois terços. Entretanto, o mais comum nestes casos é que se opte pela aplicação do maior aumento (triplo), afastando o menor, isso nos termos do artigo 68, Parágrafo Único, CP. Obviamente é inviável cumular o aumento do triplo, previsto no artigo 141, § 2º, CP com o aumento de um terço, previsto no artigo 141, III, CP (crime praticado na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da ofensa). O aumento do § 2º. é uma clara especialização da fórmula geral contida no inciso III, de modo que seu uso conjunto configuraria “bis in idem”, ou seja, o infrator seria punido duas vezes pelo mesmo motivo, o que não é aceitável de acordo com os princípios gerais do Direito Penal. Dessa forma, parece que o mais natural será que o caso seja abrangido pelos Juizados Especiais Criminais, uma vez que, mesmo com as exasperações legais, a pena “in abstracto” tem seu máximo menor que dois anos (inteligência do artigo 61 da Lei 9.099/95).

Não há dúvida de que, além da responsabilidade criminal, haverá o dever de indenizar no cível pela prática de ato ilícito, nos estritos termos dos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil Brasileiro.

Fato é que a avalanche de manifestações ofensivas à comunicadora Bárbara, certamente situa a todos os envolvidos naquilo que Pablo Malo, fazendo referência ao

trabalho de Laird Wilcox, descreve como “difamação ritual” (sendo a palavra “difamação” aqui usada em seu caráter amplo ou lato de ofensa à honra e não em seu sentido estrito técnico – jurídico). Essa “difamação ritual” se constitui da destruição ou do intento de destruição da reputação, “status” ou caráter de uma pessoa ou grupo por meio de linguagem ou publicações injustas. O elemento central da “difamação ritual” é a retaliação por atitudes, opiniões ou crenças, reais ou imaginárias da vítima, com a intenção de silenciar ou neutralizar sua influência, a fim de que sirva de exemplo aos demais, evitando que outros mostrem uma independência ou “insensibilidade” similar e não observem os tabus ou ideias hegemônicas supostamente devidas. A “difamação ritual” não se encaixa num debate aberto ou no intento de argumentar, persuadir ou fazer um contraponto civilizado de ideias. Ela é usada como um meio de “castigo” e “opressão”. Mesmo quando tem elementos cognitivos, seu ânimo é primariamente emocional. A “difamação ritual” é usada para “ferir, intimidar, destruir e perseguir e para evitar o diálogo, o debate e a discussão de que depende uma sociedade livre”. 13

4 – CONCLUSÃO

Percebe-se que o ocorrido com a comunicadora Bárbara Zambaldi Destefani é demonstrativo de um fenômeno de inversão de valores e incapacidade de empatia, ocasionado por uma polarização ideológica cega. Isso leva os indivíduos a atuarem em prejuízo de suas próprias liberdades e direitos, movidos por uma reação emocional de satisfação em observar a opressão sofrida por seus semelhantes, ao ponto de olvidar princípios básicos como a “Presunção de Inocência”. Isso conduz ao descontrole e ao cometimento de abusos no exercício de direitos que seriam legítimos, mas acabam, devido ao uso abusivo, descambando para os ilícitos penal e civil.

Dessa forma é que é possível que a simples conferência de um selo azul do Twitter a uma comunicadora de comprovada capacidade agregadora e que reflete os sentimentos e opiniões de grande parcela da população, se transforme numa polêmica homérica e no linchamento virtual da influenciadora digital.

Um mero pontinho azul na tela. Isso faz lembrar um livro em que Carl Sagan descreve a Terra como um “Pálido Ponto Azul”, explorando uma percepção materialista

13 MALO, Pablo. La Difamación Ritual. Evolución y Neurociencias. Disponível em <https://evolucionyneurociencias.blogspot.com/2017/08/la-difamacion-ritual.html> , acesso em 20.01.2022. Para acesso também ao texto de Wilcox: WILCOX, Laird. The Practice of Ritual Defamation – How Values, Opinions, and Beliefs are Controlled in Democratic Societies. Disponível em https://www.thesocialcontract.com/pdf/twenty-three/tsc_20_3_wilcox_defamation.pdf , acesso em 20.01.2022. Similarmente sobre o tema temos no Brasil: TUMA JÚNIOR, Romeu, TOGNOLLI, Claudio. *Assassinato de Reputações – Um Crime de Estado*. Rio de Janeiro: TopBooks, 2013, “passim”.

apequenada daquilo que somos, bem como do lugar que ocupamos no universo. 14 Embora discordando da visão materialista e diminuidora do humano apregoada por Sagan na sua obra, a expressão “pálido ponto azul” pode ser bem empregada para demonstrar como uma bagatela pode ser motivo para reações exacerbadas de pessoas movidas pelo desejo de calar toda e qualquer dissidência do discurso hegemônico ao qual ideologicamente aderem. A única coisa necessária é um pretexto que possa ser utilizado, mesmo que de forma distorcida, pervertida ou até mesmo invertida.

5 – REFERÊNCIAS

BÁRBARA. Significado do Nome Bárbara. Dicionário de Nomes Próprios. Disponível em <https://www.dicionariodenomesproprios.com.br/barbara/#:~:text=B%C3%A1rbara%3A%20Significa%20%22estrangeira%22%2C,que%20significa%20%22I%C3%ADngua%20incompreens%C3%ADvel%22.&text=O%20nome%20se%20tornou%20bastante,filha%20de%20um%20oficial%20romano> , acesso em 19.01.2022.

BÁRBARO. Significado de bárbaro. Dicionário on line de Português. Disponível em <https://www.dicio.com.br/barbaro/> , acesso em 19.01.2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal Parte Especial*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inquérito Judicial das “Fake News”: as obviedades que precisam ser explicadas. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/854579298/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas> , acesso em 19.01.2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Valorizando as Garantias ou a Difícil Arte de Enxergar o Outro como Igual. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9636/valorizando-as-garantias-ou-a-dificil-arte-de-enxergar-o-outro-como-igual> , acesso em 19.01.2022.

CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

14 SAGAN, Carl. *Pálido Ponto Azul*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, “passim”.

MALO, Pablo. La Difamación Ritual. Evolución y Neurociencias. Disponível em <https://evolucionyneurociencias.blogspot.com/2017/08/la-difamacion-ritual.html> , acesso em 20.01.2022.

MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

MORICONI, Ítalo (org.). *Os cem melhores contos brasileiros do século*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

SAGAN, Carl. *Pálido Ponto Azul*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Invasão Vertical dos Bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012.

TUMA JÚNIOR, Romeu, TOGNOLLI, Claudio. *Assassinato de Reputações – Um Crime de Estado*. Rio de Janeiro: TopBooks, 2013.

WILCOX, Laird. The Practice of Ritual Defamation – How Values, Opinions, and Beliefs are Controlled in Democratic Societies. Disponível em https://www.thesocialcontract.com/pdf/twenty-three/tsc_20_3_wilcox_defamation.pdf , acesso em 20.01.2022.

JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DE DIREITO E FORMA DE ASSEGURAR A ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

A palavra **fonte** significa origem, causa. Nesse sentido fala-se em nascente d'água para designar a sua fonte.

Da mesma forma, o Direito brota de suas fontes materiais e formais.

As fontes formais são representadas por diferentes instrumentos normativos que estão referidos no art.59 da Constituição (Emendas, leis complementares, leis ordinárias etc.).

As fontes materiais são os pressupostos fáticos levados em conta pelo legislador para conferir relevância jurídica. São fatos juridicizados. Determinado acontecimento fático só surte efeito jurídico quando juridicizado pelo legislador. Antes da juridicização será um fato atípico, irrelevante para o mundo do direito.

A fonte do direito pode ser primária ou secundária. A primária é aquela autossuficiente, aplicável coercitivamente. A secundária é aquela dependente da fonte primária para sua aplicação.

Costuma-se dizer que a jurisprudência é fonte secundária ou subsidiária do direito, porque o juiz julga segundo a lei vigente, não lhe sendo lícito inovar a legislação a pretexto de interpretar.

Com o efeito *erga omnes* conferido às ações de natureza coletiva (ADIs e ADPFs), bem como com o advento da repercussão geral, a jurisprudência do STF ganhou um importante espaço, enquanto fonte secundária do direito.

Como o STF é o órgão jurisdicional que dá a última palavra em torno da constitucionalidade ou não das normas, é por meio de sua jurisprudência que os

jurisdicionados constroem as justas expectativas em torno da interpretação das leis, de sorte a se abrigarem sob o princípio da segurança jurídica.

Para tanto, requer uma jurisprudência estável e duradoura, baseada em precedentes.

Com essa finalidade dispõe o art. 926 do CPC:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.”

O *caput* do art. 926 do CPC preconiza uniformização de jurisprudência mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Para a preservação da estabilidade da jurisprudência é imperativo que os tribunais observem rigorosamente seus precedentes, sem o que não se pode cogitar de jurisprudência como fonte material do direito.

Sob pena de gerar total insegurança jurídica, contrariando a finalidade do próprio direito, a jurisprudência enquanto fonte material do direito não pode decidir em um sentido em determinado dia, e decidir em sentido contrário no outro dia acerca de uma situação envolvendo fatos idênticos ou assemelhados.

A integridade referida no citado art. 926 do CPC, por sua vez, busca a conformação da decisão a ser proferida com a unidade do direito. É preciso examinar as decisões proferidas em casos semelhantes e confrontar os pontos de convergência e eventuais pontos de divergência, para decidir pela aplicação de um precedente judiciário que fundamente a decisão a ser proferida.

Sabe-se que dificilmente há situações absolutamente iguais. Cada caso contém uma particularidade. Daí a importância da interpretação dada pelos tribunais, de sorte a manter a unidade do direito.

Por fim, o preceito do CPC sob análise refere-se à coerência que se traduz pela necessidade de observar sempre os precedentes, salvo nas hipóteses de superação ou de alteração legislativa. É o dever de não-contradição. Costumo dizer que a coerência impõe-se até mesmo no erro.

O direito criado pela jurisprudência há de revestir-se do caráter de unicidade substancial ainda que os casos submetidos à apreciação judicial não sejam idênticos.

O § 1º, do art. 926 do CPC determina a edição de enunciados de súmulas dos tribunais, segundo os padrões fixados nos respectivos regimentos internos, espelhando a jurisprudência dominante.

O § 2º prescreve que a edição de enunciados de súmula deve ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação. Em outras palavras, demanda a análise e interpretação das motivações e das particularidades do precedente ou precedentes que resultam na elaboração do enunciado da Súmula.

Resulta do exposto que o CPC de 2015 atribui maior relevância à atividade judiciária na tarefa de aprimorar o ordenamento jurídico.

Só que na prática, a desejada segurança jurídica por via de jurisprudência nem sempre tem trazido resultados esperados.

Algumas decisões do STF não têm observado o disposto no art. 926 do CPC retroanalisado.

Somente a título ilustrativo, no caso de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS (RREE nº 240.785 e nº 574.706) não se permitiu essa exclusão em relação à CPRB que têm o mesmo fato gerador do PIS/COFINS (RE nº 1.187.264). O mesmo aconteceu com a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS (RE nº 592.616). Em sentido inverso está caminhando o julgamento do RE nº 592.616-RG que reconheceu a repercussão geral sobre o tema que versa sobre a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS que já conta com voto favorável do Relator, Ministro Celso de Mello. Foi nomeado como novo Relator, o Min. Nunes Marques, para prosseguimento.

Não há, pois, coerência na jurisprudência do STF, inclusive, quando do julgamento do RE nº 582.525 em que reputou constitucional a inclusão da CSLL na base de cálculo do IRPJ que tem como fato gerador um acréscimo patrimonial.

Ora, se o ICMS não pode compor a base de cálculo do PIS/COFINS por não se caracterizar como mercadoria passível de faturamento, igualmente, a CSLL que é uma despesa feita pelo contribuinte não pode compor a base de cálculo do IRPJ que pressupõe uma riqueza nova.

Essas decisões díspares e conflitantes desobedecem em bloco os requisitos previstos no art. 926 do CPC para a uniformização da jurisprudência, quais sejam, a estabilidade, integridade e a coerência.

Na decisão proferida no RE nº 1.187.264 sob a égide da repercussão geral, quando se decidiu pela *não* exclusão do ICMS da base de cálculo da CPRB não se fez o exame do caso decidido sem sentido contrário no RE nº 574.706, quando determinou a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, avaliando os pontos de convergência e eventual ponto de divergência, na realidade, inexistente, para proferir uma decisão que pudesse conservar a unicidade do direito, bem como a coerência da jurisprudência. Difícil de entender a exclusão em um caso e inclusão em outro caso idêntico ou semelhante.

Concluindo, o STF ultimamente não vem contribuindo para a estabilidade das relações jurídicas, não se constituindo efetivamente em fonte secundária do direito.

Decisões dispares e conflitantes são o mesmo que leis conflitantes e antagônicas entre si, frustrando as justas expectativas dos jurisdicionados em torno da aplicação das leis em vigor e, por conseguinte, semeando a insegurança jurídica.

ANÁLISE DOS MÉTODOS DE EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DE INTERVENÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAIO HENRIQUE ALCÂNTARA:

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: O exame da constitucionalidade de normas e atos do Poder Público é parte fundamental da função jurisdicional, em privilégio à força normativa das Constituições. A doutrina apresenta diversos modelos a partir dos quais a análise deve ser realizada, pois essa exige parâmetros claros sobre os limites da intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais e em que medidas esses podem ser restringidos. Nesse contexto, o presente artigo consiste em um estudo sobre tais modelos, concluindo-se por um dos métodos como o mais adequado à proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Suporte fático. Âmbito de proteção. Intervenção estatal. Fundamentação constitucional da intervenção.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Conceito de Suporte Fático. 2.1 Âmbito de proteção restrito e amplo. 2.2 Regulamentação e restrição. 2.3 Definição do suporte fático 3 Considerações Finais. Referências

1 INTRODUÇÃO

As medidas que propõem a concretização de determinados direitos fundamentais por vezes envolvem e restringem outros direitos fundamentais, ou até os mesmos direitos de outros grupos de indivíduos. Nesse sentido, a análise da constitucionalidade desse sistema depende de parâmetros claros sobre os limites da intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais e em que medidas esses podem ser restringidos.

Não há consenso sobre os referidos parâmetros necessários ao exame da constitucionalidade de uma norma, existindo uma pluralidade de metodologias à disposição do intérprete. A preferência por um desses métodos perpassa por conclusões prévias sobre conceitos como os de suporte fático dos direitos fundamentais, âmbito de proteção destes, entre outros.

Com fundamento na obra de Virgílio Afonso da Silva (2010) — *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia* —, realizar-se-á a apresentação das principais controvérsias doutrinárias sobre o tema, de modo a justificar a escolha por um método, apresentando as razões pelas quais este se sagra o mais adequado à análise de constitucionalidade de intervenções estatais no âmbito dos direitos fundamentais.

2 O CONCEITO DE SUPORTE FÁTICO

Pontes de Miranda (1983) é um dos doutrinadores que, em sua obra, distingue o conceito de suporte fático abstrato e suporte fático concreto. Abstrato seria aquele conjunto de fatos que, ao se realizarem, possuem uma consequência jurídica prevista em lei. Já o suporte fático concreto é a realização de tais atos que compõem o suporte fático abstrato. No presente artigo, as discussões sobre o tópico partem da perspectiva do suporte fático abstrato.

Enquanto em determinados ramos do direito a identificação do suporte fático não é complexa — por exemplo, no art. 121 do Código Penal (BRASIL, 1940), é o ato de matar outro ser humano que contém o suporte fático apto a fazer incidir os efeitos da norma — ao se tratar do Direito Constitucional, mais especificamente sobre as normas que resguardam direitos fundamentais, a resposta não é tão simples.

É intuitivo afirmar que o objeto da proteção constitui o suporte fático de determinada norma. Na medida em que o art. 5º, caput, da CRFB/88 prevê o direito à vida, o bem jurídico protegido 'vida' estaria incluso no suporte fático. A essa parcela que contém atos, fatos, estados ou posições jurídicas protegidos pelas normas de direitos fundamentais se dá o nome de *âmbito de proteção* do direito fundamental. Apesar de ser elemento essencial do suporte fático, é importante destacar que não constitui a totalidade deste.

O segundo elemento integrante do suporte fático é a existência de uma intervenção estatal, ação contra a qual o âmbito de proteção atua para garantir o direito fundamental. Apenas quando verificada uma intervenção ocorrerá a ativação da norma jurídica.

Conforme será mais detalhadamente discutido a seguir, tanto a definição do âmbito de proteção quanto de intervenção estatal provocam controvérsias. Quanto ao primeiro, diante da necessidade de, no caso concreto, se estabelecer o grau de amplitude da proteção do direito. Quanto ao segundo, em razão do debate sobre a possibilidade de "regulamentações" serem incluídas no conceito.

Para Alexy (2008), são apenas esses dois elementos que compõem o suporte fático. Silva (2010) entende que essa formulação não é a mais adequada, na medida em que uma intervenção estatal constitucionalmente fundamentada não constitui uma violação, mas uma restrição constitucional de direito fundamental. Ou seja, a ativação da consequência jurídica, que define o suporte fático abstrato ora abordado, não ocorre e, portanto, esses elementos mostram-se insuficientes.

Para solucionar essa insuficiência, Silva (2010) defende a existência de um terceiro elemento no conceito de suporte fático: a fundamentação constitucional da intervenção. Ou seja, apenas quando o Estado intervir de forma não fundamentada no âmbito de proteção de um direito fundamental é que se verificará uma violação desse.

Ocorre que essa fórmula tem por pressuposto que a intervenção estatal atua no sentido de restringir ou violar o direito fundamental, raciocínio que não se aplica às hipóteses nas quais a ação do Estado é necessária para a materialização desse direito, grupo dentro do qual se destacam os direitos sociais.

Os problemas relacionados aos direitos sociais consistem na falta de realização desses direitos, que decorre da inação estatal, ou mesmo de uma ação insuficiente. Silva (2010) visualiza que dessa realidade resulta uma necessidade de modificação dos conceitos de âmbito de proteção e de intervenção estatal.

Quanto ao primeiro elemento, o significado de proteção se relaciona a um fazer positivo do Estado que fomente a realização do direito. Conseqüentemente, a intervenção estatal sofre uma inversão, constituindo elemento do suporte fático dos direitos sociais a omissão ou ação estatal insuficiente.

O terceiro elemento permanece no conceito de suporte fático de forma semelhante. Na hipótese dos direitos sociais, o fundamento constitucional deve existir para eventualmente justificar a omissão estatal, de modo que, no cenário de inexistência dessa explicação, se verificará violação aos direitos fundamentais.

Exposto o conceito de suporte fático, cabe destacar que a doutrina não diverge apenas sobre os elementos que o compõem. Em verdade, existem diversas visões que se relacionam à amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, bem como sobre a possibilidade de a intervenção estatal constituir apenas regulamentação do direito, não apta a configurar violação ou restrição desse.

Firmar um posicionamento dentro dessas discussões é fundamental para a definição do mais adequado método de análise da constitucionalidade de uma medida que envolve direitos fundamentais, de modo que se passa a apresentar os diferentes posicionamentos sobre o tema, justificando-se a opção por determinadas orientações.

2.1 Âmbito de proteção restrito e amplo

As teorias que pressupõem um âmbito de proteção denominado restrito entendem que nem toda ação, estado ou posição jurídica que abstratamente poderiam ser incluídas no âmbito de proteção de um direito fundamental, devem sê-lo. Ou seja, há a exclusão *a priori* desses da esfera de abrigo da norma que prevê um direito fundamental.

Se as teorias baseadas em um suporte fático restrito sustentam tal necessidade de delimitação — que enseja a referida exclusão — do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, cabe analisar algumas das principais propostas de como essa circunscrição deve ser estipulada.

Maunz e Zippelius (1994, *apud* Silva, 2010) sustentam que, na análise constitucional, é possível reconhecer a essência de cada direito fundamental, especialmente a partir dos elementos histórico — contexto no qual aquela norma foi criado; e sistemático — a partir da relação daquele direito com os demais.

É importante não confundir a utilização do elemento sistemático com um sopesamento entre princípios. A incompatibilidade de determinada interpretação de um direito fundamental com os demais indicaria os próprios limites em torno dos quais o direito foi positivado pelo legislador, não uma restrição posterior que varia conforme o caso concreto.

A essa solução é formulada a relevante crítica de conservadorismo excessivo. Ao se basear no âmbito de proteção previsto pelo legislador no momento histórico da criação da norma, veda-se a atualização desse âmbito conforme a modificação da sociedade, que pode passar a visualizar o direito fundamental em questão de forma bastante distinta.

Friedrich Muller (1990, *apud* Silva, 2010) apresenta como critério de delimitação do âmbito de proteção a ideia de especificidade. Segundo o autor, qualquer limitação estatal que proíba uma ação, ato ou posição jurídica constituiria restrição apenas se atingisse a estrutura necessária para o exercício daquele direito. Se o direito fundamental puder ser exercido, não obstante a imposição de limitação estatal, de outras formas, não se trataria de uma restrição propriamente dita, conceito circunscrito ao que atinge o típico e o específico do direito.

A crítica quanto ao conservadorismo excessivo introduzido pelo âmbito de proteção restrito também é realizada em face do critério de Friedrich Muller, ainda que em termos distintos. Nesse caso, o conceito de especificidade, que exclui a proteção de intervenções que não impedem completamente o exercício do direito por outras formas, pode resultar na aplicação dos direitos fundamentais apenas aos seus exercícios mais tradicionais e consolidados, já que a existência destes justificaria intervenções que impedissem exercícios novos e/ou não-convencionais dos direitos.

Em síntese, por definição, é comum a todas as teorias que defendem o âmbito de proteção restrito, independentemente do critério elencado para exclusão *a priori* de uma conduta do âmbito de proteção de um direito, que essa exclusão pode ser realizada. Nesse sentido, a principal crítica ataca não os critérios, mas esse próprio fundamento, pois a partir do momento em que é possível excluir certa ação, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de um direito fundamental, permite-se ao legislador ordinário sua modificação ou abolição independentemente de fundamental constitucional, com base apenas em seu juízo de conveniência e oportunidade.

Silva (2010) exemplifica esse imbróglio: ao se julgar em abstrato que a exibição de nádegas em público não é exercício da liberdade de expressão, afasta-se *a priori* uma conduta que, dependendo dos contextos e valores envolvidos — como em um desfile de Carnaval, por exemplo —, deveria ser considerada socialmente adequada.

Contrapõem-se à visão sobre o âmbito de proteção apresentada pelo tópico anterior os defensores de uma natureza ampla desse. Essa corrente rejeita a possibilidade de exclusão *a priori* de situações ou condutas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Conforme define Silva (2010), é protegido à primeira vista, por um direito, toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do conteúdo temático desse direito.

Isso significa que toda atividade artística é protegida pela liberdade artística, ou que toda expressão é protegida pela liberdade de expressão? Sim, mas isso não quer dizer que toda atividade artística ou que toda expressão serão julgadas constitucionais, apenas que, *prima facie*, deve-se compreendê-las como protegidas pelos respectivos direitos ao cujo conteúdo temático pertencem. Sobre tal distinção, discorre Silva (2010, p. 109):

[...] uma das principais características da teoria aqui defendida é a distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente. Essa distinção fundamental na dogmática dos direitos fundamentais, está na base da ideia de um suporte fático amplo. É por isso que a pergunta sobre “o que faz parte do âmbito de proteção de um direito fundamental” tem consequências menos drásticas aqui, e poderia ser substituída pela pergunta: “o que é protegido *prima facie* por esse direito?”

A opção por esse modelo reduz a complexidade da primeira etapa de exame do suporte fático. Enquanto a defesa de um âmbito de proteção restrito exige a definição de critérios que justifiquem o afastamento de determinadas situações da esfera de um direito fundamental, aqui, a relação com o conteúdo temático desse direito é suficiente para se concluir sobre o âmbito de proteção e passar às próximas fases da análise.

Deve ficar claro, entretanto, que essa menor complexidade derivada da ausência de exclusão de atos do âmbito de proteção não significa uma banalização dos direitos fundamentais, na medida que o modelo de âmbito de proteção amplo determina apenas um acolhimento inicial que, após o prosseguimento do processo de exame, pode ter a constitucionalidade afastada.

2.2 Regulamentação e restrição

Um dos elementos do suporte fático é a existência de uma intervenção estatal que incide sobre o que é salvaguardado pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Nesse ponto, a divergência doutrinária que merece ser abordada consiste na possibilidade de se diferenciar uma intervenção que restringe os direitos fundamentais, e que por isso mereceria ser rejeitada, da intervenção que apenas os regula, o que seria essencial ao convívio social.

Na tentativa de realizar de maneira justificada essa distinção, Rawls (1982, *apud* Silva, 2010) dispõe que restrição é aquela intervenção que atinge o conteúdo de um direito fundamental, enquanto aquelas intervenções que afetam apenas a forma de exercício desses direitos constituem regulamentações.

Tribe (1978, *apud* Silva, 2010) destaca a possibilidade de que intervenções na forma do exercício podem resultar em limitações ao conteúdo, de modo que complementa a tese de Rawls com a afirmativa de que aparentes regulamentações podem configurar restrições se por excesso influenciarem no núcleo do direito.

Silva (2010) rechaça ambas as teses como visões adequadas à compreensão da intervenção estatal enquanto componente do suporte fático. O autor o faz ao apontar que existem regulamentações que atingem apenas a forma de exercício, mas que ainda assim merecem ser rejeitadas por implicarem no que Rawls e Tribe descreveriam como restrição. No mesmo sentido, destaca que restrições, intervenções que inequivocamente invadem o conteúdo do direito fundamental, podem ser adequadas e permitidas em determinado contexto fático.

Sobre o que denomina de regulamentações restritivas, Silva (2010) cita o exemplo de uma hipotética lei brasileira que vedasse a manifestação de partidos comunistas no dia 10 de fevereiro de cada ano, entre 14h e 18h. Apesar de se tratar de uma regulamentação mínima, que não veda o direito de reunião ao apresentar uma pequena limitação temporal ao exercício desse, a ausência de justificativa provavelmente resultaria na declaração de sua inconstitucionalidade.

Já em relação às restrições permitidas, Silva (2010) cita a Lei nº 9.504/97, a Lei Eleitoral, que no art. 39, §5º, I, tipifica como crime eleitoral, no dia da eleição, o uso de alto-falantes e amplificadores de som ou a promoção de comício ou carreata. (BRASIL, 1997). Os comícios, expressão do direito de reunião, são proibidos no dia da eleição, com o fito de garantir a ordem e o voto livre dos eleitores. Essa proibição é claramente uma interferência estatal que atinge o conteúdo do direito de reunião e, pelas teorias de Rawls e Tribe, não obstante sua razoabilidade dentro do ordenamento jurídico, deveria ser classificada como restrição e rejeitada.

A partir das supracitadas críticas acerca da classificação das intervenções entre restrições e regulamentações, conclui Silva (2010, p. 108) que não existem fundamentos aptos a justificar essa divisão:

A partir disso se percebe que a distinção entre restrição e regulamentação perde muito do seu sentido. Como se viu, há restrições constitucionais e regulamentações inconstitucionais. Além disso, conceitualmente é difícil — se não impossível — distinguir uma ideia da outra.

Em síntese, a intervenção estatal é interpretada de forma restrita por autores que visualizam determinadas intervenções como regulamentações, não aptas a participar da composição do suporte fático. Silva (2010), entretanto, apresenta a contraproposta de uma intervenção em sentido amplo, na qual qualquer intervenção estatal deve ser compreendida como potencial violação ou restrição aos direitos fundamentais, a depender da análise da justificação constitucional que suporta o ato. Nesse sentido, não caberia falar em qualquer tipo de intervenção ínfima que, por ser apenas regulamentadora, não necessitaria de tal justificação.

2.3 Definição do suporte fático

Apresentadas as divergências doutrinárias sobre os elementos do suporte fático, cabe concluir pelos entendimentos mais adequados, a partir dos quais se constituirá a base do modelo que o presente capítulo busca construir. Em síntese, é preciso definir se o âmbito de proteção deve ser amplo ou restrito, bem como pela possibilidade de determinadas intervenções estatais serem excluídas do suporte fático e tratadas como regulamentações.

Nesse cenário, a seguinte tabela ilustra as possibilidades de modelo que podem ser formulados a partir do que já foi retratado:

Tabela 1 — Possibilidades de modelos de suporte fático

	Âmbito de proteção	Intervenção
1	amplo	ampla
2	amplo	restrita
3	restrito	ampla
4	restrito	restrita

Para julgar a melhor alternativa, deve-se objetivar a maior proteção possível aos direitos fundamentais, o que só pode ser atingido por meio de preocupação com a necessidade de justificação de suas restrições. Tendo isto em mente, de todas as combinações apontadas na tabela acima, o presente artigo filia-se à tese de Silva (2010) de que o modelo 1, ao incluir uma visão ampla para o âmbito de proteção e também para a intervenção, é o mais adequado. Sobre a tabela acima, discorre o doutrinador:

[...] no caso da linha 1, qualquer intervenção é acompanhada de um grande ônus argumentativo para demonstrar sua constitucionalidade. Nas outras três linhas - (2,3,4) - em geral as intervenções são aceitas sem esse ônus. Explica-se: (a) Na linha 2, ainda que muitas condutas sejam garantidas pelo âmbito de proteção de um direito, o conceito de intervenção, por ser restrito, faz com que muitas ações estatais que regulamentem, por exemplo, a forma de exercício de um direito não sejam consideradas como intervenção, e, portanto, não impliquem a exigência de fundamentação constitucional. Nas linhas 3 e 4 a conduta já foi excluída, de antemão, da proteção de um direito fundamental, razão pela qual uma eventual ação estatal que a restrinja ou proíba não necessita de fundamentação: a proibição ou a restrição de algo não protegido não precisam ser fundamentadas. (SILVA, 2010, p. 112)

Ou seja, para os fins da análise da constitucionalidade de intervenção nos direitos fundamentais, considerar-se-á que qualquer ação, estado ou posição jurídica que se inclua no conteúdo temático de um direito merecerá sua proteção *prima facie*.

Esse abrigo, à primeira vista, pode não ser suficiente à declaração de constitucionalidade se verificada intervenção estatal constitucionalmente justificada. Neste

ponto, qualquer intervenção estatal, mesmo aquelas que não regulam o conteúdo do direito, mas apenas sua forma de exercício, será considerada pelo suporte fático e, portanto, demandará a referida justificação.

Sedimentado o entendimento a ser adotado, com fins de honestidade argumentativa, cabe explicitar um pressuposto ainda não diretamente mencionado, mas fundamental a todo o estudo até então realizado. A análise do suporte fático baseia-se na ideia de que determinado direito existe em uma esfera distinta de suas restrições, de modo que se deve pensar neste como algo amplo e que eventualmente é limitado por meio do sopesamento com outros valores constitucionais. Essa ideia consiste no que a doutrina denomina teoria externa dos direitos fundamentais — externa porque a restrição é elemento externo ao direito.

Ao adotar a teoria externa como pressuposto, o presente artigo o faz em detrimento da teoria interna. A última defende que a definição dos limites de um direito é algo interno a ele, o que dá origem ao conceito de limites imanentes. Sobre tal teoria discorre Silva (2010, p. 132):

Com isso, a diferença entre os limites imanentes e as restrições a direitos fundamentais decorrentes de colisões é facilmente perceptível, e pode ser declarada pelo binômio declarar/constituir. Enquanto nos casos de colisões se constituem novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanentes o que a interpretação constitucional faz é apenas declarar limites previamente existentes.

Já é possível concluir as razões pelas quais a teoria interna não foi adotada por esse artigo. Se a visão restrita do âmbito de proteção dos direitos fundamentais foi rejeitada pela insuficiência dos critérios aptos a justificar o que deve e o que não deve ser protegido *prima facie* pelo direito, a teoria interna amplifica esse problema, na medida em que a definição dos contornos dos limites imanentes sofre da mesma insuficiência. Porém, neste caso, a discussão sobre a intervenção estatal também é atingida, já que a restrição já faz parte da própria constituição do direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo apresentou as diversas teses doutrinárias sobre o método mais adequado para julgar a constitucionalidade de uma intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais.

Após a exposição, conclui-se que o método mais adequado funda-se em um suporte fático amplo, no qual toda interferência no âmbito de um direito fundamental é

considerada uma restrição desse, não se admitindo a classificação de regulamentação, ou a possibilidade de se afastar do âmbito da proteção de um direito fundamental uma hipótese integrante do eixo temático.

O referido método deve ser privilegiado na medida em que impõe, comparativamente aos demais, o maior ônus argumentativo para o agente que objetiva restringir um direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 fev. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 fev. 2022.

_____. Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997. **Lei Eleitoral**. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 1 fev. 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983. t. I

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

A EXIGÊNCIA DE VACINAÇÃO NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco.

RESUMO: O presente trabalho volta-se para uma análise crítica acerca da obrigatoriedade da vacinação no âmbito da Administração Pública. Procurando abster-se de premissas ideológicas, a abordagem pretendida terá como foco a existência ou não de suporte jurídico para se exigir a vacinação dos servidores públicos e as possíveis consequências diante da recusa injustificada.

Palavras-chave: Vacinação. Obrigatoriedade. Administração Pública.

ABSTRACT: The present work turns to a critical analysis about the mandatory vaccination in the scope of Public Administration. Seeking to abstain from ideological premises, the intended approach will focus on the existence or not of legal support to demand the vaccination of public servants and the possible consequences in the face of unjustified refusal

Keywords: Vaccination. Obligatoriness. Public Administration.

1 – INTRODUÇÃO

A Pandemia do Covid-19, que vem afetando o mundo inteiro desde o ano de 2020, para além dos desafios próprios na área de saúde pública, trouxe para a comunidade jurídica a necessidade de se debruçar sobre questões que até então estavam adormecidas. Neste cenário pandêmico, a vacinação da população surgiu como marco de esperança para que a normalidade pudesse ser restabelecida. Todavia, a política de vacinação da população, que parecia ser o caminho natural de salvação, vem sendo permeada por delicada questão no tange a sua obrigatoriedade ou não.

Se de um lado há quem sustente que as liberdades individuais legitimariam a tese acerca da não obrigatoriedade da vacina, de outro, há quem defenda a supremacia do interesse coletivo e a conseguinte tese que se queda pela vacinação obrigatória da população. Então, evidencia-se, de início, uma nítida contraposição de valores que precisam ser devidamente acomodados dentro da ordem jurídica vigente com a finalidade de preservar a higidez do sistema e garantir a estabilidade do regime democrático.

Em especial no Brasil, ao lado da problemática sanitária em si, tem se vivenciado uma polarização política sem precedentes em nossa história. Então, antes de prosseguir, é preciso destacar que a abordagem aqui ministrada sobre o tema será isenta de cargas ideológicas, políticas ou filosóficas. Não nos cumpre nos debruçar sobre questões do tipo

se a vacina funciona ou não, se tem risco ou não. Isso não interessa aos propósitos aqui perseguidos. O que se pretende é tão somente investigar se é possível juridicamente exigir a vacinação dos servidores públicos, como condição para que os mesmos possam exercer suas funções, e as medidas jurídicas possíveis diante da recusa.

Então, nas linhas abaixo traçaremos as linhas gerais do cenário legal e jurisprudencial acerca da possibilidade de exigência de certificado de vacinação dos servidores por parte da Administração Pública, fazendo as críticas necessárias quando cabível.

2 – LIBERDADES INDIVIDUAIS X SUPREMACIA DO INTERESSE COLETIVO SOBRE O PARTICULAR

Se de um lado a Constituição Federal garante a inviolabilidade do corpo humano, como consectária direta do princípio maior da dignidade humana, vedando a tortura e o tratamento desumano ou degradante, assegurando ainda a liberdade de consciência e de crença, de outro, a norma esculpida em seu artigo 196 prescreve que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

A celeuma que permeia a discussão acerca da legitimidade da obrigatoriedade ou não da vacinação passa necessariamente sobre essa delicada contraposição de valores, tendo de um lado as liberdades individuais e de outro o interesse público na política de vacinação coletiva como medida de enfrentamento à pandemia do Covid-19.

Neste cenário, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que serve de base normativa para o Direito Público de forma geral, tem vindo à tona e servido de substrato para justificar, do ponto de vista jurídico-constitucional, a exigência de vacinação coletiva da população. Se de um lado existe a liberdade individual e o direito de dispor sobre o próprio corpo, seja por razões de crenças filosóficas, religiosas ou qualquer outra natureza, de outro, a imunização coletiva aparece como medida de interesse coletivo. Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Melo:

“O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas deles, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. 15”

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. P.87.

Então, antes de mais nada, é perceptível que as liberdades individuais no regime jurídico implantado na sociedade brasileira, embora de indiscutível relevância, não podem ser tidas como valores absolutos, precisando ser cuidadosamente acomodadas dentro do sistema jurídico de modo a conviver harmoniosamente com outros valores de igual magnitude, como, por exemplo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Neste toar, tem-se que, em se tratando de valores constitucionais contrapostos, não deve buscar a completa eliminação de um deles em função do outro. A hermenêutica jurídica ensina que, diante de conflito entre princípios, deve o interprete se valer da ponderação de princípios com a finalidade de buscar a melhor solução para acomodação dos valores contrapostos dentro do sistema.

Ao contrário das regras jurídicas que, por expressarem deveres definitivos, devem ser aplicadas na exata medida daquilo que prescrevem. Os princípios, por revelarem direitos e deveres *prima facie*, têm o grau de realização variável, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Segundo Robert Alexy, citado por Virgílio Afonso da Silva, *“os princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização.”*¹⁶ Então se chega à conclusão de que só os princípios admitem o sopesamento e ponderação no momento de serem realizados, sendo isto apenas possível em face da ausência da estrutura normativa hipótese – consequência, característica peculiar das regras.

Dito isto, cumpre ao operador do direito valer-se das regras e balizas existentes na ordem jurídica vigente, buscando acomodar os valores em evidência, sem negar ou excluir de forma apriorística nenhum deles. Os princípios permitem essa maleabilidade justamente para que, diante de situações concretas, o interprete possa, dentro dos ditames da razoabilidade e proporcionalidade, buscar a melhor solução para o caso em realce.

Assim, percebe-se que, do ponto de vista da Constituição Federal, embora não se tenha uma norma específica que permita ou proíba expressamente a vacinação, existem princípios jurídicos que põem em embate as liberdades individuais e o interesse público na vacinação coletiva. Todavia, como se anunciou, esses valores precisam dialogar entre si para que possam conviver harmonicamente dentro do sistema constitucional, sem que nenhum deles anule completamente o outro.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras: mitos e equívocos de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630

3 - A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO

Visto que a questão inerente à obrigatoriedade da vacinação passa pelo exercício da ponderação e sopesamento dos princípios constitucionais, é preciso observar a jurisprudência quem vem se formando no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ressaltando que, por ser o guardião maior da constituição, cabe a este Tribunal para palavra final sobre a matéria, sem prejuízo das críticas e anotações cabíveis dentro do ambiente de discussão acadêmica.

Pois bem. Quanto à obrigatoriedade da vacina, o Supremo Tribunal Federal, prontamente, cuidou de assentar a tese de que a obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas.

Na mesma linha, a Suprema Corte também firmou a posição de que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e sejam as *vacinas* distribuídas universal e gratuitamente. Vejamos, então a íntegra da ementa do julgado:

Ementa: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALCANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE

INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à

frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.(ADI 6586, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021)

Assim, vê-se que o Supremo Tribunal Federal, fazendo exercício de sopesamento e ponderação dos valores constitucionais em evidência, findou por assentar o entendimento de que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, sendo sempre facultada a recusa do usuário, podendo, contudo, serem impostas restrições em função da recusa.

Deste modo, embora não se possa vacinar ninguém de forma forçada, afigura-se legítima a exigência de vacinação por meio de medidas de coerção indireta, como a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes.

4 - DO CENÁRIO LEGAL QUANTO À EXIGÊNCIA DE VACINAÇÃO NO ÂMBITO DO FUNCIONALISMO PÚBLICO.

Inicialmente, cumpre observar que, de formal geral e não específica para o funcionalismo público, a Lei 13.979/2020 possibilitou a realização de vacinação compulsória, dispondo o seguinte:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

(...)

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

(...)

§ 4º As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei.

Então, do ponto de vista legal e infraconstitucional, resta inquestionável a existência de previsão legal para que se exija a vacinação compulsória, ressaltando, todavia, que essa previsão normativa não é voltada especificamente para o funcionalismo público, sendo exigência de caráter genérico para toda população.

No caso da vacinação contra o Coronavírus, por ser parte da política do Plano Nacional de Imunização, ao que parece, ao menos ao nosso entendimento, a definição acerca dessa obrigatoriedade deve ficar a cargo do Ministério da Saúde, que se revela a autoridade competente no que tange à condução da Política Nacional de Imunização.

Neste ponto, revela-se importante abrir um parêntese para se registrar uma crítica em relação ao permissivo jurisprudência e doutrinário que vem se formando no sentido de possibilitar uma pulverização do poder decisório no que se refere à exigência do certificado de vacinação. A política da vacinação contra o Coronavírus é de âmbito nacional e, portanto, reclama medidas abrangentes e unificadas.

No cenário atual, a exigência ou não de certificado de vacinação tem ficado a cargo das mais diversas autoridades, e até mesmo de pessoas desvestidas de qualquer poder público, como, por exemplo, diretores de escolas, públicas e privadas, comerciantes, prefeitos e até síndicos de condomínios, quem vêm decidindo das mais diversas formas acerca da exigência de certificado de vacinação para o exercício de alguns direitos. Essa pulverização do poder decisório em relação à política sanitária nos parece ser ilegal e bastante prejudicial para eficiência da política que se pretende implantar. Não nos parece razoável que a escola "A" exija a vacinação de seus alunos enquanto a escola "B" não o faça, ou que determinado restaurante faça essa exigência como condição de acesso à casa enquanto o vizinho não o faz.

Feito estes apontamentos, tem-se que, do ponto de vista legal, há previsão normativa para que as autoridades sanitárias, no âmbito de suas competências, exijam a

vacinação obrigatória da população, ressaltando que, em atingindo a pandemia do COVID-19 do território nacional, a autoridade competente para essa medida, ao menos em nosso entender, deve possuir assento no Ministério da Saúde.

Neste ponto, é preciso anotar que a norma antes referida é dotada de eficácia limitada, não fazendo a vacinação automaticamente obrigatória, já que a plenitude de sua eficácia depende de ato emanado da autoridade pública competente inserindo a vacinação como política sanitária de caráter obrigatório.

Não obstante, o cenário doutrinário e jurisprudencial quem vem se construindo tende a enxergar a vacinação do COVID-19 como obrigatória independentemente de ato administrativo complementar pelo Ministério da Saúde, fazendo com que o certificado de vacinação correspondente possa ser exigido nos mais diversos setores da sociedade.

De toda forma, a previsão normativa acima exposta, como já se anunciou, é de caráter geral, não específica para o funcionalismo público. Neste contexto, verifica-se que existe em tramitação na Câmara dos Deputados de projeto de lei voltado especificamente para disciplinar a questão no âmbito do funcionalismo público. É o Projeto de Lei nº 5649/2020, com a seguinte proposta de redação:

Art. 1º Torna obrigatória, em todo o território nacional, a vacinação contra a Covid-19 a todos os servidores e agentes públicos da União, Estados e Municípios.

Parágrafo Único. A obrigatoriedade na qual refere-se o caput deste artigo estender-se-á a servidores públicos efetivos, comissionados e temporários, de atividades essenciais e não essenciais, lotados em órgãos da administração pública direta e indireta, empresas públicas e mistas, agências reguladoras, representações, entidades e instituições públicas

(...)

Art. 3º O servidor público que, ao final da execução de todas as etapas do Plano Nacional de Vacinação, não tenha se submetido à vacina contra a Covid-19, sofrerá as penalidades administrativas previstas no art. 129 da Lei 8.122/90.

Todavia, tal proposição legislativa ainda não foi transformada em lei, de modo que, por ora, não pode servir de alicerce normativo para fundar qualquer tese.

Não obstante, no âmbito do funcionalismo público, já vem se discutindo e implantando, embora de maneira ainda não uniforme, uma política de vacinação

obrigatória dos servidores, mediante a exigência de passaporte vacinal para ingresso nas repartições.

Ocorre, entretanto, que nem no Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais e nem nos regimes próprios estaduais e municipais de que se tem conhecimento, existem sanções disciplinares específica para punição do servidor que se recusa a apresentar seu certificado vacinal.

Neste cenário, o caminho que se tem encontrado é a proibição de acesso ao ambiente laboral, anotando-se a ausência como falta não justificada, que ao final pode ensejar eventual abandono de cargo acaso atingido o limite estabelecido em lei.

Assim, ao que parece, o cenário que se desenha em relação à obrigatoriedade para vacinação no âmbito do serviço público caminha para possibilitar a exigência de passaporte vacinal como condição para acesso à repartição, computando-se a ausência como falta não justificada. Sem embargo, a celeuma jurídica ainda está longe de seu fim, embora seja possível vislumbrar a possibilidade de consolidação do entendimento mencionado.

5 – CONCLUSÃO

Conforme restou exposto, a discussão jurídica acerca da obrigatoriedade ou não da vacinação ainda está longe do seu fim. Neste cenário, do ponto de vista da Constituição Federal, evidencia-se a existência de princípios jurídicos que põem em embate as liberdades individuais e o interesse público na vacinação coletiva, valores esses que precisam dialogar entre si para que possam conviver harmonicamente dentro do sistema constitucional, sem que nenhum deles afaste completamente o outro.

Embora ainda seja prematuro apontar qualquer tese como definitiva no que se refere especificamente à obrigatoriedade da vacinação no âmbito do funcionalismo público, o Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, fazendo exercício de sopesamento e ponderação dos valores constitucionais em evidência, findou por assentar o entendimento de que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, sendo sempre facultada a recusa do usuário, podendo, contudo, serem impostas restrições em função da recusa, destacando que, embora não se possa vacinar ninguém de forma forçada, afigura-se legítima a exigência de vacinação por meio de medidas de coerção indireta, como a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes.

Neste cenário, de formal geral e não específica para o funcionalismo público, a Lei 13.979/2020 veio a possibilitar expressamente a realização de vacinação compulsória da população. Todavia, na situação particular dos servidores públicos, ainda não existe lei

específica disciplinando a questão, de modo que, diante da ausência de tipificação da conduta como falta funcional, o caminho que se tem encontrado para forçar a vacinação daqueles que se recusam é a proibição de acesso ao ambiente laboral, anotando-se a ausência como falta não justificada, o que, ao final, pode ensejar eventual caracterização de abandono de cargo, acaso atingido o limite estabelecido em lei.

Assim, ao que parece, o cenário que se desenha em relação à obrigatoriedade de vacinação no âmbito do serviço público caminha para possibilitar a exigência de passaporte vacinal como condição para acesso à repartição, computando-se a ausência como falta não justificada. Sem embargo, é necessário registrar que a celeuma jurídica ainda está longe de seu fim, embora seja possível vislumbrar a possibilidade de consolidação do entendimento acima mencionado.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V.1

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. V.2.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: O Processo Civil nos Tribunais, Recursos, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querella Nullitatis, Incidentes de Competência Originária de Tribunal / Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha**. 14. ed – Salvador; Ed. Jus Pudivm, 2017. V.3.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA OS ENTES DO TERCEIRO SETOR

CARLA PINHEIRO LIMA:
Graduanda em Direito pela
Universidade Federal do
Amazonas – UFAM.

RESUMO: O presente artigo busca averiguar se o instituto da recuperação judicial, aparentemente voltado apenas para as empresas, pode ser utilizado pelo Terceiro Setor, que é integrado por associações de interesse social e fundações privadas. Ainda que a lei de falências não traga expressamente essa possibilidade, o seu art. 1º poderia ser interpretado ampliativamente, de modo a alcançar essas pessoas jurídicas que, ao colocarem em prática suas ações filantrópicas, desenvolvem atividade econômica organizada e promovem a circulação de bens ou serviços, tal qual fazem os empresários e as sociedades empresárias. Além disso, no rol do art. 2º do diploma falimentar, que traz os entes inaptos a se recuperarem judicialmente, não há menção às associações e fundações. Já o art. 47 explicita que o intuito do sistema da recuperação judicial é proteger a atividade empresária, não especificamente a pessoa jurídica que a empreende. Para confirmar essas premissas, a metodologia aplicada terá uma abordagem qualitativa, com a análise subjetiva dos dados coletados, natureza aplicada, trazendo uma orientação prática para proporcionar às associações e fundações uma alternativa de soerguimento em caso de crise, e objetivos de ordem exploratória, fruto de pesquisas bibliográficas e estudos de casos da jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Direito Empresarial; Recuperação Judicial; Terceiro Setor; Fundações; Associações.

ABSTRACT: The purpose of this article is to investigate whether the judicial reorganization institute, apparently directed only at companies, can be used by members of the Third Sector, whose legal form is social interest associations and private foundations. Although the bankruptcy law does not expressly provide this possibility, its article 1st could be interpreted broadly, to reach those legal entities that, while practicing their philanthropic actions, develop organized economic activity and promote the circulation of goods or services, just as entrepreneurs and business societies. Furthermore, in the list of article 2nd of the bankruptcy law, which brings the unfit entities to judicial reorganization, there is no mention of associations and foundations. On the other side, article 47th exposes that the purpose of the system is to protect the business activity, not specifically the legal entity that undertakes it. To confirm these assumptions, the methodology applied will have a qualitative approach, with subjective analysis of the data collected, applied nature, giving practical guidance to afford associations and foundations the alternative to uplift in the event of a crisis, and exploratory objectives, as a result of bibliographical research and case studies of national jurisprudence.

Keywords: Corporate Law; Judicial Reorganization; Third Sector; Foundations; Associations.

Sumário: 1. Introdução – 2. O novo direito falimentar brasileiro e o papel do instituto da recuperação judicial: 2.1 A base principiológica instituída pela nova legislação falimentar – 3. Âmbito de aplicação da lei de falências – 4. Conceitos importantes para análise da possibilidade de submissão dos entes do Terceiro Setor à recuperação judicial: 4.1 Diferença entre empresário e empresa; 4.2 O surgimento da sociedade civil e a caracterização do Terceiro Setor; 4.3 Associações e fundações no direito brasileiro – 5. O entendimento jurisprudencial sobre a recuperação judicial para associações e fundações – 6. Conclusão – 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em que pese o importante papel que o Terceiro Setor ocupa na sociedade brasileira, o ordenamento jurídico nacional não prevê alternativas específicas de recuperação caso seus integrantes – que juridicamente se constituem na forma de associações ou fundações – enfrentem crises econômico-financeiras, restando a eles tão somente a incerta tentativa de renegociação de dívidas ou uma eventual obtenção de recursos externos. Ocorre que, no geral, os resultados dessas vias são insatisfatórios, tornando inevitável o encerramento das atividades.

Por isso, este trabalho terá como problemática central responder se o procedimento da recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101 de 2005, doravante denominada lei de falências¹⁷, pode ser aplicado aos entes do Terceiro Setor, ainda que não exista expressa previsão legislativa acerca dessa hipótese.

Com isso em vista, propõem-se que, muito embora o diploma falimentar não mencione diretamente a utilização do instituto por associações de interesse social e fundações, o seu art. 1º pode ser interpretado ampliativamente, de modo a alcançá-las.

Isso porque apesar da ausência de finalidade lucrativa, os integrantes do Terceiro Setor atuam semelhantemente aos empresários quando desenvolvem atividade econômica organizada e promovem a circulação de bens ou serviços.

Ademais, a lei de falências não traz qualquer óbice a essa possibilidade, pois no rol do art. 2º, que lista os entes inaptos a se recuperarem judicialmente, não há menção às associações e fundações. Ainda, mais adiante, no art. 47, fica claro que o principal objetivo do sistema da recuperação judicial é proteger a atividade empresária, não a pessoa jurídica empresária.

¹⁷ Também conhecida como “atual lei de falências”, “diploma falimentar”, “legislação falimentar”, “LRF” e “LREF”.

A constatação de que fundações e associações devem ter meios para se reestabelecerem caso encontrem empecilhos de ordem econômico-financeira não é nenhuma novidade.

O Poder Judiciário, isoladamente, já concedeu desde 2005 a recuperação judicial a organizações não empresárias, como: a Universidade de Cruz Alta; o Hospital Casa de Portugal; o produtor rural¹⁸; a Rede Ulbra de Educação; a Fundação Fucapi; o Hospital Evangélico da Bahia; e a Universidade Cândido Mendes.

Em 2009, o Projeto de Lei do Senado nº 219 sugeriu a alteração do art. 70º da lei de falências a fim de permitir que as associações e fundações pudessem requerer um plano especial de recuperação (BRASIL, 2009). Nessa oportunidade, a proposta foi arquivada, porém a discussão continuou em pauta.

Mais recentemente, considerando a crise econômico-financeira oriunda dos impactos do COVID-19, o Projeto de Lei nº 1.397 de 2020¹⁹, propõe a alteração da legislação relacionada para instituir medidas de caráter emergencial e transitório, que somente teriam vigência até a decretação do fim do estado de calamidade pública causado pela Pandemia (BRASIL, 2020a). Entre essas medidas, consta a possibilidade do Terceiro Setor se beneficiar da recuperação judicial.

O desfecho proferido nos julgados e as tentativas de mudança do sistema de insolvência evidenciam que as associações e fundações precisam de um instrumento capaz de evitar o encerramento de suas atividades. Como não há um instituto exclusivamente direcionado para esse fim e a jurisprudência ainda não traz um entendimento uniforme e absoluto a respeito do tema, faz-se necessário um estudo aprofundado do direito das empresas em crise em busca de alternativas.

Assim, o objetivo do presente artigo é analisar a aplicabilidade do art. 1º da lei de falências para os casos relacionados aos entes que constituem o Terceiro Setor.

A metodologia aplicada terá uma abordagem qualitativa, caracterizada primordialmente pela coleta de um referencial teórico e documental, cujos dados serão interpretados subjetivamente para evidenciar os aspectos da recuperação judicial no Brasil, elucidando se as associações e fundações podem se valer desse instituto.

¹⁸ A atual lei de falências, em seu art. 48, §2º, prevê a possibilidade da recuperação judicial para os produtores rurais (BRASIL, 2005), no entanto, antes mesmo da expressa autorização legislativa, os Tribunais já concediam o benefício, conforme será exposto adiante. Ressalta-se que a mudança legal ocorreu recentemente, por meio da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.

¹⁹ Projeto já aprovado pela Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal, onde tramita atualmente.

Quanto à natureza, este trabalho desenvolverá uma pesquisa aplicada, cujo intuito é trazer uma orientação prática para a resolução de um problema concreto, qual seja, a inexistência de uma alternativa capaz de proporcionar o soerguimento das associações e fundações.

Por sua vez, os objetivos serão de ordem exploratória, com o levantamento de dados a respeito do sistema da recuperação judicial, mapeando as condições de manifestação desse objeto no que tange às entidades com interesses sociais.

As respostas acerca da problemática exposta neste estudo refletem no campo econômico, uma vez que o papel exercido pelo Terceiro Setor pode exigir uma longa cadeia produtiva, envolvendo fornecedores e empregados. E para além disso, a submissão da lei de falências a essas entidades filantrópicas representa – talvez – a única alternativa para manutenção de atividades notadamente relevantes para sociedade civil.

2 O NOVO DIREITO FALIMENTAR BRASILEIRO E O PAPEL DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A análise histórica do tratamento dispensado às empresas insolventes no ordenamento jurídico nacional revela que, durante muitos anos, os modelos legislativos adotados pelo Brasil instituíram majoritariamente mecanismos voltados à liquidação da empresa em crise em detrimento da sua recuperação (CEREZETTI, 2012).

Contudo, fazendo ainda uma constatação histórica, é possível perceber certa dificuldade em definir isoladamente o escopo do antigo direito concursal brasileiro, pois, dependendo da situação econômica enfrentada, os objetivos oscilavam entre resguardar o interesse pessoal do devedor ou proteger os credores (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018a).

De todo modo, não importando qual fosse a orientação legislativa, inexistiam soluções criadas especificamente para promover o soerguimento e manutenção das atividades da empresa em crise (COMPARATO, 1970).

À época da vigência da antiga lei de falências, positivada pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, Comparato criticou esse panorama, comentando que:

(...) o dualismo no qual se encerrou o nosso direito falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer completamente a realidade da empresa, dos empregados, do Fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário. De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna da falência

deveria dar lugar à necessidade econômica de permanência da empresa (...). A vida econômica tem imperativos e dependências que o Direito não pode, nem deve desconhecer. A continuidade e a permanência das empresas são um desses imperativos, por motivos de interesse tanto social quanto econômico (1970, p. 95).

Com inspiração no direito norte-americano e francês, em 2005, a nova lei de falências introduziu no ordenamento jurídico nacional a diretriz de proteção e reestruturação da empresa viável, posicionando a dinâmica falimentar em favor de todas as classes que circundam a atividade empresária, inclusive do credor, através do mecanismo da recuperação judicial (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018a).

Apresentando a contraposição entre o sistema anterior e o atual, para Campos Filho:

A recuperação judicial (...) foi concebida para contemplar um feixe de interesses muito mais abrangente que os modestos limites da concordata, fosse ela preventiva ou suspensiva. Basta, para tanto, que se examine o teor do art. 47, que aponta a superação da situação de crise econômico-financeira, com o objetivo de manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, como meio hábil a promover a preservação da empresa, da função social que ela representa e do próprio estímulo à atividade econômica. (2006, p. 84).

Por isso, o art. 47 da lei de falências enuncia que:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo 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 (BRASIL, 2005).

O teor desse dispositivo esclarece que a nova legislação está estruturada de forma a privilegiar a manutenção da fonte produtora em detrimento da liquidação judicial, opção que também reconhece os altos custos investidos para que seja moldada a organização da empresa, impedindo, a dissipação das relações jurídicas envolvidas nesse contexto (PATROCÍNIO, 2014).

A introdução do instituto da recuperação foi, sem dúvidas, positiva e de extrema relevância, tendo em vista que impactos de uma crise, notadamente, não se restringem ao empresário e seus credores. Na verdade, as consequências alcançam a esfera dos

trabalhadores, dos consumidores, da própria comunidade e do entorno onde a empresa está inserida (REQUIÃO, 1974).

Com base nessa forte ligação de fatores e na extensa gama de interesses que circundam a atividade empresária, Campinho destacou que:

O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas ao seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem (2015, p. 128).

Ainda, avaliando a questão no âmbito dos investimentos de mercado, o fato da legislação oferecer alternativas para o enfrentamento de eventuais dificuldades econômico-financeiras – que não sejam o imediato encerramento das atividades – é um ponto positivo, pois:

As empresas e seus gestores tomam suas decisões de investimento e produção em função de sua expectativa de lucros futuros. Como as estratégias são traçadas em um ambiente de incerteza, não há a possibilidade de se proteger de todo o risco - pois os contratos são incompletos e há assimetria de informação. Nesse cenário, o marco legal falimentar funciona como um minimizador dos impactos dessa incerteza, pois sinaliza aos agentes a forma como serão resolvidos alguns conflitos quando a empresa é levada a uma situação de insolvência (COSTA; DAMASO; LISBOA; SANTOS, 2005, p. 31-32).

Nesse sentido, o teor das regras que recaem sobre as empresas em crise influencia na prospecção de custos do financiamento empresarial e apresenta-se como mais uma variável na avaliação dos riscos para empreender por parte de potenciais empresários (BUSCHINELLI, 2014).

Ou seja, é inviável ignorar a repercussão abrangente que a manutenção da unidade produtiva promove, de modo que o direito falimentar deve se preocupar em proteger a atividade empresária porque:

(...) o adequado funcionamento do mercado exige a tutela do crédito – sendo que, em uma situação de insolvência, o direito concursal provê mecanismos para satisfação o mais rápido possível de, pelo menos, uma parte dele –, conjugada com a proteção dos interesses das demais agentes, indivíduos e classes afetadas pela crise empresarial (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018a, p. 38).

Não por outro motivo, o grande foco da recuperação é “preservar a empresa, enquanto núcleo de interesses complexos de longo prazo, ante as eventuais disfunções financeiras de curto prazo” (BARRETO; NUNES, 2006, p. 310). Então, “se a empresa é econômica e financeiramente viável e/ou social, política e estrategicamente importante, ela não deve perecer (...)” (LOBO, 1998, p. 6).

A característica mais interessante e benéfica do instituto da recuperação reside no fato de que, através dela, procura-se “atender a um só tempo os direitos e interesses do devedor e de seus credores, mas também, quiçá sobretudo, os interesses coletivos e gerais, públicos e sociais, por ele direta e indiretamente abrangidos” (BARROS NETO, 2011, p. 22).

Nessa linha, conclui-se que o atual regime falimentar preza, em primeiro lugar, pela recuperação da empresa viável, considerando a sua função social e estímulo à atividade econômica, mas faz isso sem esquecer do adequado equilíbrio entre os interesses do devedor e dos credores (FERNANDES, 2011).

De todo modo, se a empresa tem condições de manter as suas atividades e promover a circulação de bens e serviços, o direito brasileiro, desde 2005, traz os mecanismos necessários à superação da crise e preservação das atividades.

2.1 A base principiológica instituída pela nova legislação falimentar

As inovações trazidas pela lei de falências provocaram a necessária redefinição dos princípios que norteiam o direito falimentar brasileiro.

Em linhas gerais, apesar de algumas variações, pode-se afirmar que a base principiológica apontada pela doutrina impreterivelmente serve ao objetivo primordial de garantir a continuidade das empresas viáveis e proteger os setores e grupos que se beneficiam – direta ou indiretamente – da atividade empresarial (TOMAZETTE, 2018).

Tratando da lei de falências em sua integralidade, Santos (2008) indica como princípios constituidores do sistema falimentar a igualdade entre os credores²⁰, a celeridade, a publicidade, a preservação da empresa, a viabilidade e a maximização do valor dos ativos do falido.

Para Fazzio Júnior (2005), o regime da insolvência é regido pelos princípios da viabilidade da empresa, da igualdade entre credores, da maximização de ativos e da preservação da empresa.

Salomão e Santos (2012) citam a preservação da empresa, a separação do conceito de empresa e empresário, a recuperação das sociedades viáveis e liquidação das não recuperáveis, a proteção aos trabalhadores, a redução do custo e do crédito; a celeridade e eficiência do processo, a segurança jurídica, a participação ativa dos credores, a maximização do valor dos ativos do falido, a desburocratização da recuperação quanto ao micro e pequeno empresário e o rigor na punição dos crimes.

Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2018a), destacam de maneira detalhada a preservação da empresa, a separação da sorte da empresa e do empresário, a retirada da empresa inviável do mercado, a igualdade entre credores, o interesse e participação ativa dos credores, a redução do custo do crédito, a proteção ao trabalhador, a preservação e maximização dos ativos do falido, a celeridade eficiência e economia processual e, por fim, o favorecimento das empresas de menor porte.

Concentrando-se somente na recuperação judicial, Lobo (2005) afirma que a ela se aplicam os princípios da conservação e função social da empresa, da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e da segurança jurídica e da efetividade do direito.

Já Domingos (2009), elenca os princípios da preservação da empresa, da função social, da participação ativa dos credores, da igualdade entre credores, da proteção ao trabalhador e da publicidade como orientadores do processo recuperacional.

Entre os diversos princípios enumerados, tanto no âmbito geral da legislação falimentar, quanto na esfera específica da recuperação, a função social da empresa e a preservação da empresa têm um papel central e acabam por se destacar (TOMAZETTE, 2018).

Então, conferindo a esses princípios a ênfase necessária, sobre a função social da empresa, comenta-se que:

Curioso é que essa função social da empresa nada tem a ver com a prática de atos de caridade ou de cunho social, como em um primeiro

²⁰ Também chamada de *"par conditio creditorum"*.

momento pode parecer. Efetivamente, a empresa não cumpre função social ao doar itens aos desabrigados de uma enchente ou ao plantar árvores em áreas ambientalmente degradadas. Claro que essas são práticas louváveis, mas não se relacionam com a função das empresas (...).

A função da empresa se revela com o exercício de uma atividade lucrativa. Isso porque, ao perseguir o lucro, ela produz ou coloca ao alcance das pessoas a maior parte dos bens e serviços consumidos. Ao explorar a sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza, é exatamente assim que a empresa cumpre função social (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018a, p. 124-125).

Quanto à preservação da empresa, Coelho (2016) o conceitua esse princípio como aquele cujo foco é a proteção da atividade econômica, valorizando-a como um objeto de direito de existência e desenvolvimento que ultrapassam os interesses pessoais do empresário ou dos sócios da sociedade empresária. Na verdade, o que se busca é a preservação da atividade, do empreendimento de caráter empresarial.

3 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI DE FALÊNCIAS

A lei de falências, em seu art. 1º, institui que os institutos da recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência se aplica aos empresários e sociedades empresárias (BRASIL, 2005).

A redação do art. 1º enseja uma interpretação restritiva, levando à conclusão de que “as disposições da LREF aplicam-se ao empresário individual e à sociedade empresária, de modo que somente esses podem falir ou valer-se dos regimes recuperatórios (LREF, art. 1º) (...)” (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018a, p. 141).

Tomazette (2018, p. 40) esclarece que “tais sujeitos, empresário individual, EIRELI e sociedade empresária, são espécies do gênero empresário e delimitam o âmbito de incidência da falência, da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, os quais não se aplicam a todos indistintamente, mas apenas a eles”²¹.

²¹ Em que pese o autor fazer menção à EIRELI, destaca-se que, com a publicação da Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021, essa forma jurídica foi extinta e substituída pela atual Sociedade Limitada Unipessoal, nos termos do art. 41 do referido diploma legal (BRASIL, 2021).

A parte final do raciocínio de Tomazette é melhor compreendida quando verificado o art. 2º segundo da lei de falências, que lista os sujeitos que não podem se submeter aos institutos previstos no diploma falimentar. São eles: a empresa pública; a sociedade de economia mista; a instituição financeira pública ou privada, a cooperativa de crédito; a consórcio; a entidade de previdência complementar; a sociedade operadora de plano de assistência à saúde; a sociedade seguradora; a sociedade de capitalização e; entidades legalmente equiparadas às anteriores (BRASIL, 2005).

Ou seja, apesar do conceito de empresário, em boa medida, definir quem pode ter acesso aos institutos previstos no diploma falimentar, nem todas as pessoas jurídicas de natureza jurídica empresária foram abrangidas. Isso porque:

Por política legislativa (...) a LREF exclui alguns empresários de seu âmbito de incidência. É o caso das empresas estatais, excluídas por razões de interesse público no exercício de determinada atividade econômica, e daqueles agentes cuja crise econômica tem o condão de gerar risco sistêmico ou grave repercussão na economia, como é o caso das instituições financeiras e das operadoras de plano de saúde, dentre outros (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018a, p. 141).

De todo modo, a exposição dos critérios que definem a atividade empresária é importante para visualização concreta da esfera de incidência da recuperação judicial, extrajudicial e falência.

Nos termos do Código Civil:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (BRASIL, 2002).

Ainda, o art. 972 da mesma lei ressalta que “podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos” (BRASIL, 2002).

Da interpretação desses dois artigos, Gusmão (2005) conclui que os requisitos caracterizadores da figura do empresário são a capacidade para o exercício de atividade empresarial, o efetivo exercício de atividade econômica organizada, em caráter profissional e habitual.

Para Restiffe (2008) os elementos dos empresários podem ser expressos pelo binômio produção-intermediação e pela organização e profissionalidade.

Verçosa (2005) indica como requisitos o exercício de uma atividade de natureza econômica e organizada, a profissionalidade, e a finalidade de produção ou troca de bens ou serviços.

Assim, os agentes econômicos que não detém essas características são considerados não empresários, e, portanto, estão impossibilitados de recorrer à lei de falências. Citando expressamente, esse é o caso dos profissionais liberais, agentes autônomos dos ofícios, sociedades não empresárias e pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa (associações e fundações) (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018a).

A hipótese do produtor rural merece atenção. O art. 971 do código Civil instituiu que “o empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode (...) requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro” (BRASIL, 2002).

O Enunciado nº 202 da III Jornada de Direito Civil salienta que “o registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção” (BRASÍLIA, 2005, p. 62).

Desse modo, para se submeter ao regime da recuperação e falência, o produtor rural deveria proceder à competente inscrição na Junta Comercial. E não somente isso, segundo o art. 48 da lei de falências, o registro como empresário também deveria existir há mais de dois anos (BRASIL, 2005).

As exigências mudaram a partir de 2020, com a edição da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, que alterou a lei de falências para, entre outras modificações, permitir a contabilização do tempo anterior ao registro a fim de atender os dois anos que prevê a

lei, além de conferir, expressamente, ao produtor rural a possibilidade de se recuperar judicialmente²² (BRASIL, 2020c)²³.

4 CONCEITOS IMPORTANTES PARA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DOS ENTES DO TERCEIRO SETOR À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Uma vez assimilado o atual escopo do sistema falimentar, as variáveis que circundam a chamada “atividade empresária” merecem destaque, a fim de viabilizar a constatação das pessoas jurídicas que, mesmos não sendo empresas propriamente ditas, promovem a circulação de bens e serviços de maneira organizada.

No mais, a apuração dos eventos instituidores do Terceiro Setor e suas características centrais, bem como o tratamento jurídico dispensado às associações e fundações, trará as diretrizes necessárias para que se compreenda a possibilidade de aplicação da recuperação judicial a esses entes.

4.1 Diferença entre empresário e empresa

Partindo do princípio de que o conceito de empresário é indispensável à identificação dos sujeitos abarcados pela lei de falências, faz-se necessário apurar precisamente quais as diferenças entre ele e a empresa propriamente dita.

Sobre o empresário, conforme já visto, o art. 966 do Código Civil e a doutrina (sem variações discrepantes) o caracterizam basicamente como aquele que exerce atividade econômica organizada voltada para circulação de bens ou serviços.

A empresa, por sua vez, foi descrita por Asquini (1996) como um fenômeno poliédrico de diversos significados. Nesse sentido, no perfil funcional, empresa é a atividade empresária; no perfil subjetivo, é entendida como o sujeito que exerce a atividade empresária; pelo perfil objetivo, é o estabelecimento utilizado para o exercício da sua atividade empresária.

²² Art. 1º A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...)

Art. 48 (...) § 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente. § 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

²³ As mudanças na legislação falimentar no que concerne ao produtor rural estão em plena consonância com a jurisprudência acerca do tema, cujo entendimento será detalhado no decorrer deste trabalho.

Na mesma linha, traçando diferentes perfis para a empresa, Pimenta observa:

(...) a definição jurídica de empresa é obtida a partir de quatro características a ela inerentes:

1 – quanto ao objeto – trata-se de um gênero de atividades humanas. São atos e relações jurídicas habitualmente realizados com vistas à produção, à intermediação/circulação de bens ou, ainda, à prestação de serviços.

O objeto da empresa é o exercício habitual da produção ou distribuição de bens ou da prestação de serviços. Vale lembrar, porém, que, quanto à prestação destes serviços, estão excluídas aquelas atividades que denotem nítido vínculo personalíssimo entre o prestador e o tomador do serviço.

2 - quanto à finalidade – para o Direito, só há empresa quando a atividade por ela desenvolvida (produção ou distribuição de bens, prestação de serviços sem caráter personalíssimo) se efetua com intuito lucrativo. As atividades exercidas sem finalidade de ganho pecuniário estão apartadas da ideia jurídica de empresa e, logicamente, as pessoas que a elas se dedicam não são empresários.

3- quanto à forma – Economicamente a empresa se ampara sobre o modo pela qual são agrupados os fatores de produção. Em função disso também só se pode pensar em empresa, para o Direito, quando se encontram economicamente organizados os quatro fatores de produção fundamentais: capital, recursos naturais, trabalho e tecnologia. A empresa é exercida como finalidade lucrativa e de forma economicamente organizada.

4 – risco – A atividade empresarial implica na assunção maciça de obrigações de ordem patrimonial, obrigações estas que recairão sobre o patrimônio do sujeito de direito que a exerça (o empresário) (2012, p. 4932-4933).

Lima assevera que "(...) no campo do Direito Comercial, a empresa é considerada do ponto de vista objetivo, como atividade de uma pessoa, física ou jurídica, que é o empresário" (1991, p. 15).

Nas palavras de Salomão e Santos (2012, p. 17) "a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou a circulação de bens ou serviços".

Uma vez conhecendo os respectivos conceitos de empresário e empresa isoladamente, a diferenciação entre eles pode ser sintetizada da seguinte forma:

(...) tecnicamente, “empresa” significa a atividade (econômica e organizada, exercida profissionalmente para a produção ou circulação de bens ou de serviços), enquanto que “empresário” é quem exerce a atividade empresária (seja um empresário individual, seja uma sociedade empresária ou uma empresa individual de responsabilidade limitada), por meio do “estabelecimento” (entendido como complexo de bens organizados para o exercício da empresa por empresário individual ou por sociedade empresária) (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018a, p. 129).

Esse ponto é de extrema relevância para o objeto de estudo deste trabalho, haja vista que o objeto central da lei de falências não é o empresário individual ou a sociedade empresária, mas sim os fatores de produção devidamente organizados e voltados para circulação de bens e serviços (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018b, p. 229-230). Em outras palavras, o foco é a atividade, não necessariamente quem a exerce.

4.2 O surgimento da sociedade civil e a caracterização do Terceiro Setor

Antes de tratar especificamente sobre o Terceiro Setor, é preciso discorrer acerca do ambiente onde ele está incurso: a sociedade civil.

Em meados da década de 70, o modelo de Estado assistencial²⁴, voltado precipuamente à organização da economia e à garantia de acesso a serviços básicos, passou a apresentar falhas (SARMENTO, 2004). Isso porque o Poder Público se mostrou insuficiente para promover, por si só, o bem-estar social, fomentar o progresso econômico, resguardar o meio ambiente e, de modo geral, melhorar a qualidade de vida da população (DIAS, 2008).

Nesse cenário, a sociedade civil ganhou força, estabelecendo um canal de interlocução entre as demandas sociais e o Estado (PAES, 2020).

Em síntese, pode-se dizer que esse é o lugar onde surgem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de solucionar. Entre seus sujeitos estão as classes sociais, os movimentos, as associações de vários gêneros com fins sociais, os movimentos de emancipação de grupos étnicos de defesa dos direitos civis, de libertação da mulher e os movimentos de jovens, por exemplo (BOBBIO, 1987).

²⁴ Também conhecido como “Estado de bem-estar social” e “Welfare State”.

No Brasil, a princípio, esse setor ajudou no combate à ditadura militar e na luta pela redemocratização. Posteriormente, quando a Constituição Federal de 1988 atendeu à boa parte das reivindicações populares, as entidades sociais centraram seus esforços na consecução de atividades de interesse coletivo classificadas como filantrópicas (SOUZA, 2004). Nos dizeres de Justen Filho:

A sociedade tornou-se muito mais complexa para que suas necessidades sejam satisfeitas exclusivamente por parte do Estado. A cidadania impõe que os indivíduos e as empresas se organizem e atuem concretamente para minorar os problemas e combater as carências. A dignidade humana e a solidariedade são compromissos da Nação consigo mesma, e não um fardo a ser carregado apenas pelas instituições financeiras governamentais (2005, p. 30).

Essa atuação paralela em relação às atribuições do Estado criou as bases para sedimentação do que hoje é conhecido como Terceiro Setor, que conceitualmente pode ser caracterizado pela reunião de entidades de natureza privada sem fins lucrativos, voltadas ao interesse social e constituídas juridicamente na forma de associações ou fundações (PAES, 2020).

Em complemento, de acordo com Fernandes e Tavares Neto (2010, p. 373) o Terceiro Setor é um "(...) conjunto de iniciativas privadas, de caráter público, sem fins econômicos que funcionam estruturalmente como associações e fundações destinadas diretamente ao atendimento do interesse público".

Santos (2001, p. 13) enxerga o Terceiro Setor como um "conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais".

Delgado (2005, p. 9) acrescenta que o Terceiro Setor é desenvolvido "(...) por instituições com preocupações voltadas para a execução de práticas sociais, sem fins lucrativos, gerando, direta ou indiretamente, bens e serviços que se assemelham aos prestados pelo Poder Público".

O levantamento mais recente do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) sobre as organizações da sociedade civil aponta que em 2016, no Brasil, havia 237 mil fundações privadas e associações de interesse social. Esse quantitativo representa 4,3% das 5,5 milhões de entidades públicas e privadas, lucrativas e não-lucrativas do Cempre (Cadastro Central de Empresas) naquele ano (IBGE, 2019).

E a tendência é que a sociedade civil se fortaleça cada vez mais, uma vez que:

No Brasil e no mundo, é cada dia mais evidente que o Estado não é o proprietário exclusivo do interesse público, do altruísmo social. Não somente porque muitas vezes alguns setores estatais são indevidamente tomados por interesses corporativos, se sobrepondo ao interesse público a que estariam destinados por institucionalização, como também porque, na sociedade liberal capitalista democrática, o interesse privado, mais do que um motor, é um valor a ser protegido e estimulado. É um valor de interesse público. Sem a defesa da pessoa, da propriedade, da liberdade, inexistem mercado e voto. Mais ainda, os cidadãos e empresas não agem exclusivamente movidos pelo interesse privado. Muitas vezes agem privadamente para concretizar o interesse público (FALCÃO, 2006, p. 97).

Dito isso, inobstante a execução de atividades de interesse social, as entidades do Terceiro Setor definitivamente não detêm natureza pública, haja vista que, embora atuem onde o Poder Público falha, não se confundem com o Estado ou com o seu regime (TOMAZETTE, 2005).

Hudson (2004) lembra que os objetivos principais dessas organizações são sociais, não econômicos, envolvendo empreendimentos como instituições de caridade, organizações religiosas, entidades voltadas para as artes, organizações comunitárias, sindicatos, associações profissionais e outras organizações voluntárias, criadas e mantidas por pessoas que identificam a necessidade de mudanças e se propõem a tomar as providências quanto a isso por seus próprios meios.

Mas nem por isso o Terceiro Setor opera as suas iniciativas em concorrência com movimentos estatais, tentando substituí-lo. O que ele busca é tão somente uma atuação subsidiária, visando apoiar iniciativas sociais (PAES, 2020, p. 84).

Durante muitos anos, seus integrantes foram conhecidos pela nomenclatura “organizações não governamentais” (ONGs). Isso por influência do sistema de representação da Organização das Nações Unidas (ONU), que assim designava os entes que, apesar de não representarem governos, tinham sólidos fundamentos para justificar sua presença formal junto à entidade (FERNANDES, 1997).

A popularização do termo ONG no Brasil ocorreu a partir da década de 70, contudo, hoje em dia, há uma preferência pelo emprego da expressão “organização da sociedade civil” (OSC), a fim de valorizar os verdadeiros protagonistas desses entes, quais sejam, os cidadãos, membros da sociedade. Nesse sentido, Fernandes observa:

Fala-se hoje das “organizações da sociedade civil” (OSC) como um conjunto que, por suas características, distingue-se não apenas do Estado, mas também do mercado. Recuperada no contexto das lutas pela democratização, a ideia de “sociedade civil” serviu para destacar um espaço próprio, não governamental, de participação nas causas coletivas. Nela e por ela, indivíduos e instituições particulares exerceriam a sua cidadania de forma direta e autônoma (1997, p. 27).

Outras nomenclaturas utilizadas para fazer referência às organizações do Terceiro Setor são: Organização Social (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Em conformidade com as estipulações da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (lei das OSs), a OS é uma qualificação que pode ser concedida pelo Poder Executivo às pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, destinadas ao exercício de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura ou à saúde (BRASIL, 1998).

A OSCIP, por sua vez, é regulada pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 (lei das OCIPs), e também é uma qualificação, só que conferida às pessoas jurídicas de direito privado sem objetivos econômicos que possuem como finalidade um – ou mais – dos seguintes objetivos: assistência social, cultura, educação, saúde, segurança alimentar e nutricional, voluntariado, desenvolvimento econômico e social, combate à pobreza, geração de emprego, promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros direitos universais (BRASIL, 1999).

As leis das OCs e OCIPs apenas instituem classificações que podem ser requeridas pelas organizações de interesse social de maneira voluntária, mas que não representam uma regulamentação direta do Terceiro Setor.

Inclusive, a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que foi apelidada de “Marco Regulatório do Terceiro Setor” também não cumpre esse papel. Na verdade, essa lei se restringe a estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as entidades sem fins lucrativos, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco (BRASIL, 2014).

Ou seja, é fato que “não existe ainda no âmbito do sistema normativo brasileiro, uma definição jurídica do que será esse Terceiro Setor, ou uma qualificação de entidades jurídicas já existentes para as tarefas concernentes àquele” (PAES, 2020, p. 93). Portanto, é necessária a edição de uma legislação específica que o regulamente como um todo, inclusive abarcando hipóteses sem a participação do Poder Público.

4.3 Associações e fundações no direito brasileiro

As entidades do Terceiro Setor se constituem na forma jurídica de associações de finalidade social e fundações privadas.

Para adequada compreensão do tema deste trabalho, cada uma dessas pessoas jurídicas será abordada separadamente.

Iniciando pelas associações, o art. 53 do Código Civil enuncia que a sua constituição é fruto da união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (BRASIL, 2002). E mais:

Associação, de acordo com as lições de Maria Helena Diniz, é a forma pela qual certo número de pessoas, ao se congregarem, coloca, em comum, serviços, atividades e conhecimentos em prol de um mesmo ideal, objetivando a consecução de determinado fim, com ou sem capital sem intuítos lucrativos. Poderá ter finalidade: a) altruística (associação beneficente); b) egoística (associação literária, esportiva ou recreativa); e c) econômica não lucrativa (associação de socorro mútuo) (PAES, 2020, p. 10).

Analisando os objetivos para os quais as associações podem se destinar, percebe-se que não necessariamente o seu intuito será social. Por isso, é importante deixar claro que integram o Terceiro Setor apenas as associações que atendem a demandas socialmente relevantes²⁵.

Outrossim, elas não se confundem com as sociedades por uma característica principal: a ausência de finalidade lucrativa.

Segundo Sidou (2004), no caso das sociedades, os fins econômicos reservam-se aos sócios que se obrigam a contribuir para o exercício de uma atividade econômica e a partilhar, entre si, os resultados (lucros) obtidos. O que evidentemente não ocorre nas associações, de tal maneira que os recursos obtidos por ela são revertidos unicamente na manutenção de suas atividades (PAES, 2020).

Quanto às fundações, sua previsão consta no art. 62 do Código Civil, que restringe a sua instituição para fins de: assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação; saúde; segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas,

²⁵ A conclusão é extraída da própria conceituação do Terceiro Setor, detalhada anteriormente. As organizações integrantes dessa classificação devem ter finalidade social.

modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; atividades religiosas (BRASIL, 2002). Ou seja, também não podem ter fins lucrativos.

Nery e Nery Júnior complementam a caracterização das fundações:

As fundações são pessoas jurídicas de direito privado (CC, 44, III), instituídas formalmente, por escritura pública ou por testamento, mediante dotação especial de bens livres, visando atingir determinado fim (CC, 62). (...) São três os elementos essenciais da fundação: complexo de bens (*collegium bonorum*), personalização e finalidade. A fundação é patrimônio personalizado dirigido a um fim (2011, p. 276).

Diferentemente do que ocorre com as associações, as fundações sempre têm fins sociais (PAES, 2020). Então, para estarem inseridas no âmbito do Terceiro Setor, o requisito básico é que elas sejam instituídas sob a égide do direito privado, em contraposição às fundações públicas, previstas no art. 37 da Constituição Federal²⁶.

Após expor as particularidades das associações e fundações, um ponto de distinção entre essas pessoas jurídicas merece ser ressaltado:

A diferença entre as associações e fundações é capital. Enquanto naquelas, as associações, predomina o elemento pessoal – quer dizer, a pessoa jurídica que se organiza em torno de um elemento fundamental, que é o agrupamento das pessoas físicas que a compõe –, nas fundações a pessoa jurídica se organiza em torno de outro elemento fundamental, que é o patrimônio destinado à consecução dos fins sociais (PAES, 2020, p. 16).

Em concordância com esse entendimento, Dantas diz:

Na fundação, o que avulta é o patrimônio. O patrimônio se destina àquele fim e as pessoas se reúnem apenas para pôr em atividade aquele patrimônio, para fazê-la funcionar; as pessoas passam, não tem importância; o que tem importância é o patrimônio. Pelo

²⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação

contrário, nas associações, o interesse fundamental está nas pessoas, são as pessoas o que importa, o patrimônio, não há dúvida, mas é um aspecto secundário (1977, p. 215).

Outra questão determinante para as conclusões desta pesquisa é a possibilidade que as associações e fundações têm de atuarem como agentes econômicos, ainda que, por imposição legal, não lhes seja permitido ter finalidade lucrativa.

Sobre essa hipótese, tem-se que:

A lei brasileira não veda o exercício de atividades comerciais ou industriais pelas fundações ou pelas associações. Ela condiciona, apenas, que as atividades não tenham fins lucrativos e que sejam realizadas no estrito cumprimento das finalidades estatutárias da entidade.

O importante é sabermos e identificarmos se o exercício de uma atividade empresarial por uma fundação ou associação desnatura sua essência e se choca com o seu caráter altruísta, se esta atuação é legal e ética.

Tradicionalmente, tende-se a negar a possibilidade de que as fundações e as associações possam intervir na distribuição de bens e serviços de forma empresarial. Suas receitas deveriam proceder unicamente dos rendimentos de seu patrimônio ou de doações e subvenções, e sua atividade deveria ser limitada a um âmbito meramente de prestação de serviços de caráter gratuito.

Na atualidade, evidencia-se a necessidade de que as fundações e as associações devam intervir no mercado, para obtenção de recursos que possibilitem o cumprimento efetivo de seus fins (PAES, 2020, p. 412).

Desse modo, o exercício de atividades comerciais e industriais por parte das associações e fundações não é absolutamente proibido, sendo muitas vezes indispensável para sobrevivência da entidade.

5 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES

Retomando as disposições da lei de falências, art. 1º direciona seu escopo de aplicação ao empresário e à sociedade empresária (BRASIL, 2005). Ocorre que os Tribunais brasileiros têm relativizado esse comando legal para conferir às associações e fundações a

possibilidade de se recuperarem judicialmente através de uma interpretação finalística, focada primordialmente nos princípios da preservação da empresa e de sua função social, os grandes informadores do direito falimentar.

Entretanto, muito além da aplicação desses princípios, as decisões têm por base dois argumentos principais: primeiro, a conclusão de que o art. 1º da lei de falências não deve ser interpretado restritivamente, pois o que o instituto da recuperação busca proteger é a atividade empresária, não o empresário; segundo, a constatação de que as fundações e associações não foram listadas no rol do art. 2º que define os sujeitos terminantemente proibidos de se submeterem à lei de falências.

Em uma abordagem cronológica, a evolução desse entendimento jurisprudencial começou a se desenvolver com o caso da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ), instituição de ensino superior da região noroeste do Rio Grande do Sul, constituída sob a forma jurídica de fundação. Em 2005, o Ministério Público Estadual interveio na UNICRUZ para combater a grave crise política e os problemas de desequilíbrio financeiro instaurados na instituição. O pedido pelo deferimento do processo recuperacional ocorreu no seguinte contexto:

Em 2005, houve a destituição da Reitoria, através da operação TOGA. No dia 07 de novembro de 2005, os então administradores foram afastados das funções a pedido do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e deferido pelo Poder Judiciário, sob suspeição e indícios de gestão temerária, conforme autos do Processo nº 1.050005014-6. Na sequência, foi nomeado um Administrador Judicial pelo mesmo poder.

No momento da intervenção, a Instituição encontrava-se em situação caótica: endividamento fiscal, a maior soma correspondente a Imposto de Renda retido e não recolhido aos cofres públicos; dívidas com fornecedores até mesmo de energia elétrica e telefonia; salários atrasados; dívida bancária muito significativa; falta de regularidade fiscal até mesmo na esfera municipal; a maioria dos cursos sem renovação de reconhecimento e um enorme passivo trabalhista.

No período de novembro de 2005 a abril de 2008, tempo da gestão judicial, buscou-se resolver as questões da dívida, através de parcelamentos, estruturou-se a dívida trabalhista e implementaram-se medidas que viessem permitir a obtenção de regularidade fiscal. Os dezessete cursos com reconhecimento por renovar, ou até mesmo dois sem reconhecimento, foram avaliados por comissões externas do Instituto Nacional de Pesquisas e Estudos Educacionais Anísio

Teixeira do Ministério da Educação e Cultura – INEP/MEC (UNICRUZ, 2017, p. 23-24).

Indubitavelmente, a concessão da recuperação judicial à UNICRUZ tem a sua relevância, no entanto a construção dos argumentos que evidenciam a possibilidade de aplicação do instituto a entes não empresários ganhou mais forma e clareza em outras oportunidades.

Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.004.910, confirmou a recuperação judicial deferida em primeira instância ao Hospital Casa de Portugal, uma associação civil sem fins lucrativos instalada na cidade do Rio de Janeiro. Apesar da Corte não ter enfrentado diretamente o ponto que diz respeito à legitimidade que as associações têm de requerer a recuperação, ainda assim a decisão da 4ª Turma do STJ destacou que o principal objetivo da lei de falências é a preservação da atividade econômica:

Nesta conformidade, lembrando ainda que a finalidade maior da recuperação judicial é a preservação da atividade econômica e dos postos de trabalho, creio deva ser aplicada a teoria do fato consumado à espécie, sob pena de extinção da recorrente, entidade fundada há quase oitenta anos (BRASIL, 2008, p. 12).

Outro julgado que merece destaque é o Recurso Especial nº 1.193.115, julgado em 2013. Ali foi discutida a possibilidade da recuperação judicial para os produtores rurais sem inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Embora não tenha enfrentado as condições de admissibilidade do pedido de recuperação nessas circunstâncias, a decisão consignou que a concessão do benefício está atrelada à devida comprovação documental da qualidade de empresário (BRASIL, 2013), isto é, ao registro na respectiva Junta Comercial, nos termos do art. 971 do Código Civil²⁷.

Ainda tratando sobre o produtor rural, mas rompendo brevemente a linha do tempo traçada até então, destaca-se que em 2020 o STJ definiu nos autos do Recurso Especial nº 1.800.032 que não obstante o produtor rural precise do registro para requerer a recuperação judicial, a comprovação do prazo mínimo de dois anos de atividade exigido pelo art. 48 da lei de falências pode incluir o período anterior à formalização na Junta Comercial:

²⁷ Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Sob a ótica da recuperação judicial, o art. 48 da Lei 11.101/2005 expõe as condições de admissibilidade ao requerimento da recuperação judicial, nos seguintes termos:

"Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (...)."

Aplicando-se a norma acima ao produtor rural, tem-se que, após obter o registro e passar ao regime empresarial, fazendo jus a tratamento diferenciado, simplificado e favorecido quanto à inscrição e aos efeitos desta decorrentes (CC, arts. 970 e 971), obtém condição de procedibilidade para requerer recuperação judicial bastando que comprove, no momento do pedido de recuperação, que explora regularmente a atividade rural há mais de 2 (dois) anos. Pode, portanto, computar, para efeito de perfazer os mais de dois anos exigidos por lei, aquele período anterior ao registro, quando exercia regularmente sua atividade rural sob o regime do Código Civil. Note-se que, aqui, o exercício regular de suas atividades comporta o cômputo do período anterior ao registro, pois, como se viu, tratava-se, mesmo então, de exercício regular da atividade (BRASIL, 2020b, p. 8-9).

Retornando à ordem cronológica, em 2019 o Tribunal de Justiça do Amazonas deferiu a recuperação judicial da fundação Fucapi, por considerar a função social empreendida pela instituição e também por entender que a lei de falências não traz qualquer vedação à hipótese:

Conforme exposto na referida decisão, no caso específico da Fundação Centro de Análises, Pesquisa e Inovação Tecnológica – FUCAPI, não podemos fechar os olhos e tratá-la tão somente como uma fundação, hipótese que, a princípio, não caberia RJ. Diante de suas especificidades, é cabível recorrer ao Instituto da Recuperação Judicial por desenvolver atividade educacional, captando lucros e gerando empregos. Ademais, repito que não há vedação legal a tanto e o Poder Judiciário deve reconhecer a real importância da recuperanda no nosso Estado, sendo um polo de referência na área de pesquisa e ensino (AMAZONAS, 2019, p. 322).

No final do mesmo ano, a Ulbra, por meio da Apelação nº 5000461-37.2019.8.21.0008, recorreu de decisão que negou o seu pedido de recuperação judicial.

Em primeiro grau, o juízo da 4ª Vara Cível do Foro da Comarca de Canoas, Rio Grande do Sul, entendeu que a apesar da Ulbra ter comprovado a modificação de sua forma jurídica de associação civil para sociedade empresária, os requisitos do art. 48 da lei de falências não estariam preenchidos, pois, até aquele momento, o exercício regular de atividade empresária por mais de dois anos era inexistente (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Na mesma linha do que foi decidido no caso do produtor rural em 2020, o recurso foi provido para reconhecer que antes da modificação societária, a Ulbra já atuava como agente econômico e, portanto, poderia passar pelo processo recuperacional:

A devedora exercia inescindível atividade de ensino privado, de natureza empresária, tanto que arremontou gigantesco patrimônio, superior a 2 bilhões de reais, situação já destacada no voto. Logo, como instituição de ensino privado, auferia lucro, modo inescindível. A situação de ter gozado de filantropia nada muda a essência do caráter

empresarial.

Não há exigência legal de que a atividade seja exercida há mais de dois anos após o registro na Junta Comercial, como empresário ou comerciante, outro argumento surrado no voto. Na verdade, e retomo o ponto apenas para esclarecer, se é que alguma

dúvida pode ter existido, os dois anos referidos no art.48 da Lei de Regência é de exercício de regular atividade, requisito que a devedora desempenha com sobras, pois exerce regularmente a mesma atividade há mais de 40 anos. Não há uma linha sequer no referido artigo que leve à conclusão de que os dois anos de exercícios tenha que ser após o registro na Junta Comercial (...). (RIO GRANDE DO SUL, 2019, p. 32).

No ano de 2020 a 1ª Vara empresarial de Salvador deferiu o processamento da recuperação judicial da associação civil sem fins lucrativos Hospital Evangélico da Bahia, explicitando que:

(...) verifica-se que a Requerente se constitui de uma associação civil sem fins lucrativos e que desenvolve suas atividades no ramo hospitalar, atividade essa considerada econômica, sendo de fácil constatação pela documentação que instrui a inicial, que sua organização é equiparada a de empresa, e que coloca bens e serviços no mercado, buscando superávit, sustentabilidade econômica e

crescimento patrimonial, onde a única diferença é que o "lucro" aferido é direcionado ao incremento da própria atividade, ou seja, não há divisão de lucros.

5. A controvérsia surge quando da interpretação literal do art. 1º da Lei 11.101/2005, que reza o instrumento recuperacional somente está disponível a empresários e sociedades empresárias, e, nessa óptica, estariam excluídas as associações, cooperativas, fundações e demais agentes econômicos. Essa controvérsia, todavia, passa a sucumbir quando analisamos a norma esculpida já no artigo seguinte - 2º-,

que, de forma taxativa, estabelece os excluídos, sem citar, por exemplo, as associações sem fins lucrativos. É um indicativo clássico de omissão da norma, e que exige uma interpretação extensiva, sob pena de excluirmos da possibilidade de recuperação entidades que embora não se traduzam no conceito clássico de empresária, pratica atividade econômica só diferenciada pela não divisão de lucro. A esse raciocínio, imprescindível acrescentar que, exercendo todas as atividades econômicas similares e não poder buscar um plano de equilíbrio econômico de suas atividades, somente lhe restará a quebra através da insolvência (...) (BAHIA, 2020, p. 2).

Por fim, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu também em 2020 à associação civil Instituto Cândido Mendes o direito de se recuperar judicialmente. O Acórdão do Agravo de instrumento nº 0031515-53.2020.8.19.0000 dá ênfase ao fato de que – mais uma vez – o art. 2º da lei de falências não menciona as associações e, além disso, as atividades do instituto têm impacto social e econômico:

Note-se que, na norma contida no art. 2º da LFRJ, diz-se que esta lei não se aplica a:

I - empresa pública e sociedade de economia mista; e

II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Não se extrai do dispositivo legal estejam incluídas nesse rol as associações sem fins lucrativos, não se podendo dar interpretação extensiva à referida norma.

(...)

O cerne da questão não está, pois, na natureza jurídica do agente econômico, mas no impacto da atividade econômica por ele empreendida, na economia e na sociedade.

Ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, instituída em 1902, no início do século XX, em que predominava o *laissez faire, o laissez passer, que tout le monde va bien*, a toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente (RIO DE JANEIRO, 2020, p. 1831).

Todo esse cenário indica uma tendência da jurisprudência pátria em consolidar esse entendimento pela interpretação ampliativa da lei de falências, de forma a proporcionar para os integrantes Terceiro Setor uma alternativa de soerguimento.

6 CONCLUSÃO

Em 2005, a instituição da atual lei de falências trouxe uma importante mudança de paradigma, em substituição ao regime da concordata. O direito falimentar, que antes tinha uma visão eminentemente liquidatária, passou a valorizar a função social da empresa e a sua preservação, assumindo um caráter recuperacional.

Em termos práticos, isso significa que a empresa em crise pôde contar a partir de então com uma alternativa voltada especificamente ao seu soerguimento: a recuperação judicial.

Para um país como o Brasil, que constantemente enfrenta cenários de instabilidade econômica e convive com altos índices de desemprego, essa reestruturação foi adequada e bem-vinda. A atividade empresarial cria empregos, promove a circulação de bens e serviços e gera renda, de modo que é benéfico ao próprio Estado criar mecanismos a fim de protegê-la.

A atual legislação é, em linhas gerais, bem-sucedida nesse ponto. Contudo, os seus impactos positivos poderiam ser ampliados.

O art. 1º da lei de falências enuncia que estão sujeitos à recuperação judicial especificamente o empresário e a sociedade empresária.

Na sequência, o art. 2º lista aqueles que não têm direito ao instituto: empresas públicas; sociedades de economia mista; instituições financeiras públicas ou privadas;

cooperativas de crédito; consórcios; entidades de previdência complementar; planos de assistência à saúde; sociedades seguradoras; sociedades de capitalização e equiparadas.

Inexiste qualquer menção às figuras jurídicas das associações de interesse social e fundações no texto legal. Seja para conferir a prerrogativa de se recuperar judicialmente ou para proibir essa possibilidade, nada é dito sobre as organizações do Terceiro Setor.

Ocorre que, apesar da ausência de fins lucrativos, esses entes podem exercer atividade empresarial, desde que os recursos conquistados sejam destinados exclusivamente à consecução dos objetivos que motivaram a criação da pessoa jurídica.

As associações e fundações, quando atuam como agentes econômicos, organizam fatores de produção e colocam bens e serviços no mercado, portanto, há necessariamente uma busca pelo equilíbrio econômico e crescimento patrimonial. Porém, diferentemente do que ocorre nas empresas, os lucros não são distribuídos entre os associados ou instituidores, mas sim aplicados na promoção das ações filantrópicas.

Analisando pela ótica do exercício de uma atividade empresarial, não seria nenhum absurdo equiparar os empresários aos membros do Terceiro Setor. Com base nesse critério, fundações e associações com fins sociais, conseqüentemente, deveriam ter direito ao processo de recuperação, até porque a lei não proíbe expressamente essa hipótese.

Pelo contrário, o art. 47 do diploma falimentar, ao estabelecer seus princípios norteadores, evidencia que o objetivo do instituto não é preservar o empresário em si, mas sim a fonte produtora e a atividade econômica desempenhada.

Reconhecendo essa lógica, tribunais de todo o país já deferiram o processamento da recuperação judicial a entidades constituídas na forma de associações e fundações.

Constata-se, portanto, o início da adequada e pertinente consolidação do entendimento de que o diploma falimentar pode ser interpretado ampliativamente, conferindo ao Terceiro Setor o mecanismo da recuperação judicial.

7 REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. Recuperação Judicial nº 0618419-67.2019.8.04.0001. Requerente: Fundação Centro de Análises, Pesquisa e Inovação Tecnológica - Fucapi. Juíza Mônica Cristina Raposo da Câmara Chaves do Carmo. Manaus, AM, 09 de agosto de 2019. Diário de Justiça, Manaus-AM, 15 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.exmpartners.com.br/arquivos/fucapi11Fls322DeferimentoProcessamentoRJ.pdf>. Acesso em 25 jun. 2021.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, n. 104, p. 108-126, out./dez. 1996.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Recuperação Judicial nº 8074034-88.2020.8.05.0001**. Requerente: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, BA, 17 de agosto de 2020. Diário de Justiça, Salvador-BA, 20 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em 25 jun. 2021.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. A suspensão das execuções pelo processamento de recuperação judicial. *In: WALD, Arnoldo (Coord.). Doutrinas essenciais, direito empresarial: recuperação empresarial e falência: recuperação, concordata, falência, efeitos, instituições financeiras na falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARRETO, Marco Aurélio Freire; NUNES, Marcelo Guedes. Alguns apontamentos sobre a comunhão de credores e viabilidade econômica. *In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASÍLIA. **III Jornada de Direito Civil** do Conselho da Justiça Federal. Ruy Rosado de Aguiar Júnior (org.). Brasília: CJF, 2005. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>

BRASIL. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm. Acesso em 23 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm. Acesso em 29 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 29 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Presidência da República, 2005.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 29 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.004.910**. Recurso especial. Recuperação judicial. Requisitos do art. 51 da lei 11.102/05. Condições da ação. Preclusão. Inexistência. Qualificação da pessoa jurídica. Súmula 07/STJ. Princípio da unicidade do ministério público. Aplicação da teoria do fato consumado. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público Estadual do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 18 de março de 2008. Diário de Justiça, Brasília-DF, 04 de outubro de 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1004910_RJ_18.03.2008.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1625624796&Signature=txCdVEEDbHcHqaiVk5MS9sUoQ5E%3D. Acesso em 29 jan. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 219, de 27 de maio de 2009**. Altera o art. 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para permitir que as associações e as fundações possam requerer o plano especial de recuperação judicial, que abrangerá qualquer tipo de crédito e não implicará em falência do devedor em caso de seu descumprimento. Brasília: Senado, 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91280>. Acesso em 29 de jan. 2022.

BRASIL. **Recurso Especial nº 1.193.115**. Recuperação judicial. Comprovação da condição de empresário por mais de 2 anos. Necessidade de juntada de documento comprobatório de registro comercial. Documento substancial. Insuficiência da invocação de exercício profissional. Insuficiência de registro realizado 55 dias após o ajuizamento. Possibilidade ou não de recuperação de empresário rural não enfrentada no julgamento. Recorrente: Orcival Gouveia Guimarães e outros. Recorrido: Adhemar José Rigo – Espólio. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 20 de agosto de 2013. Diário de Justiça, Brasília-DF, 07 de outubro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24273381/recurso-especial-resp-1193115-mt-2010-0083724-4-stj/inteiro-teor-24273382>. Acesso em 25 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em 23 jun. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.397, de 01 de janeiro de 2020**. Institui medidas de caráter emergencial mediante alterações, de caráter transitório, de dispositivos da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; que somente terão vigência até 31 de dezembro de 2020, ou enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (Reconhecimento do estado de calamidade pública em razão da pandemia causada pelo covid-19); e dá outras providências.

Brasília: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242664>. Acesso em 23 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.800.032**. Recurso Especial. Civil e Empresarial. Empresário rural e recuperação judicial. Regularidade do exercício da atividade rural anterior ao registro do empreendedor (Código Civil, arts. 966, 967, 968, 970 e 971). Efeitos ex tunc da inscrição do produtor rural. Pedido de recuperação judicial (lei 11.101/2005, art. 48). Cômputo do período de exercício da atividade rural anterior ao registro. Possibilidade. Recurso especial provido. Recorrente: José Pupin Agropecuária e Vera Lúcia Camargo Pupin. Rel. Min. Marco Buzzi. Brasília, DF, 05 de novembro de 2019. Diário de Justiça, Brasília-DF, 10 de fevereiro de 2020b. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=102979878&tipo=64&nreg=201900504985&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200210&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 29 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Presidência da República, 2020c. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em 29 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021**. Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14195.htm. Acesso em 28 nov. 2021.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012. Acesso em 19 jun. 2021.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito empresarial: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Ana Carla Abrão; DAMASO, Otávio Ribeiro; LISBOA, Marcos de Barros; SANTOS, Bruno Carazza dos. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. *In*: PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DANTAS, San Thiago. **Programa de Direito Civil: parte geral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DELGADO, J. A. Reflexões sobre o sistema tributário aplicado ao terceiro setor. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte: Fórum, v. 3, n. 17, 2005.

DÍAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da Recuperação Judicial**. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica, 2009.

FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. 2. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNANDES, Rubem César. O que é o Terceiro Setor? **Revista do Legislativo**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, n. 18, 1997.

FERNANDES, Jean Carlos. Os efeitos da cessão fiduciária de títulos de crédito na recuperação judicial da empresa. *In*: FERNANDES, Jean Carlos (Coord.). **Títulos de**

Crédito: Homenagem ao Professor Wille Duarte Costa. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FERNANDES, Aline Ouriques Freire; TAVARES NETO, José Querino. Terceiro setor e interesses coletivos: as alternativas sociais na busca da cidadania. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 371-390, jul. 2010.

GUSMÃO, Mônica. **Direito Empresarial**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HUDSON, M. **Administrando organizações do terceiro setor: o desafio de administrar sem receita**. São Paulo: Makron Books, 2004.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil: 2016**. IBGE, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv39549.pdf>. Acesso em 20 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedades Anônimas: textos e casos**. Rio de Janeiro: Forense, 1991

LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros, v. 36, n. 109, 1998.

LOBO, Jorge. Comentários aos Artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. S. de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado**. 8.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis, Trabalhistas e Tributários**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os Princípios do Processo de Recuperação Judicial de

Empresas. **Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre: Magister, n. 56, 2014. Disponível em: http://www.mpatrocinio.com.br/fotos_site/artigo%20-%20daniel%20patrocinio%20-%20principios%20recuperacao.pdf. Acesso em 29 jan. 2022.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da Empresa em Direito e Economia. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, ano 1, n. 8, 2012. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/08/2012_08_4913_4942.pdf. Acesso em 20 jun. 2021.

REQUIÃO, Rubens. A Crise do Direito Falimentar Brasileiro: Reforma da Lei de Falências. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, a. XIII, n. 14, 1974.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas**. Barueri: Manole, 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0031515-**

53.2020.8.19.0000. Direito Empresarial. Recuperação judicial de associação e instituto sem fins lucrativos, entidade mantenedora da Universidade Cândido Mendes. Aplicação da Lei federal nº 11.101/2005, arts. 1º e 2º. Lei de Recuperação Judicial e Falências, acolhendo-se o entendimento de se tratar de associação civil com fins econômicos, sociais e acadêmicos (...).

Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução. Rel. Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, RJ, 02 de setembro de 2020. Diário de Justiça, Rio de Janeiro-DF, 15 de outubro de 2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-RJ/attachments/TJ-](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-RJ/attachments/TJ-RJ_AI_00315155320208190000_ac539.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1643485276&Signature=StAboDm0zGH3iZqEvBeTFK6I5rI%3D)

[RJ_AI_00315155320208190000_ac539.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1643485276&Signature=StAboDm0zGH3iZqEvBeTFK6I5rI%3D](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-RJ/attachments/TJ-RJ_AI_00315155320208190000_ac539.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1643485276&Signature=StAboDm0zGH3iZqEvBeTFK6I5rI%3D). Acesso em 29 jan. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 5000461-37.2019.8.21.0008**. Apelação cível. Recuperação judicial. Exercício regular de atividades comerciais há mais de dois anos. Pressuposto processual de legalidade estrita. Realidade material que infirma a presença superior do biênio exigido em lei. Preponderância dos princípios assecuratórios de superação da situação de crise. Manutenção da fonte produtora, do emprego e dos interesses dos credores. Situação excepcional. Apelante: Aelbra Educacao Superior - Graduação e Pós-graduação S.A. Apelado: Export Import Bank of The United States e Fazenda Nacional. Rel. Des. Niwton Carpes da Silva. Porto Alegre, RS, 13 de dezembro de 2019. Diário de Justiça,

Porto Alegre-RS, 13 de dezembro de 2019. Disponível em:
<https://www.ulbra.br/upload/fd0bd5890c87640531e530820beb03b2.pdf>. Acesso em 29 jan. 2022.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. A reinvenção solidária e participativa do Estado. *In*: Pereira, Luis Carlos Bresser (Org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: Unesp, 2001.

SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Os Principais Clássicos e Atuais da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. *In*: BATTELO, Sílvio Javier. **Principais Controvérsias na Nova Lei de Falências**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005**. 3. Ed. São Paulo: Almedina, 2018a.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do Direito Falimentar: da Execução Pessoal à Preservação da Empresa**. São Paulo: Almedina, 2018b.

SIDOU, José Maria Othon. Associação e Sociedade, no Código Civil e no Direito Comparado. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro: Imprensa, v. 20, n. 25, 2004.

SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do Terceiro Setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. A Forma Jurídica das Entidades do Terceiro Setor. *In*: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor**. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo; Saraiva, 2018.

UNICRUZ – UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA. **Plano de Desenvolvimento Institucional: 2013-2017**. UNICRUZ: 2017. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2018/02/28072016-Plano-de-Desenvolvimento-Institucional-20132017.pdf>. Acesso em 29 jan. 2022.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das Pessoas Sujeitas e não Sujeitas aos Regimes da Recuperação de Empresas e ao da Falência. *In*: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

O (NÃO) CABIMENTO DOS LUCROS CESSANTES NA RESCISÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PROPOSTA DE REVISÃO DO TEMA

RAPHAEL DIÓGENES SERAFIM VIEIRA:

Procurador do Município de Niterói. Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-Graduado *lato sensu* em Direito: Estado e Regulação pela FGV-Rio (LL.M). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Professor substituto da Universidade Federal de Viçosa (2008-2009). Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador – IDASAN. Procurador do Estado de Rondônia (2012.1).

Resumo: Este artigo discute a indenização dos lucros cessantes na rescisão unilateral dos contratos administrativos sob justificado interesse público. Predomina na doutrina e na jurisprudência a posição no sentido do seu cabimento, todavia, sob os mais diversos fundamentos jurídicos: (i) justa indenização, *ex vi* do art. 5º, XXV, CR; (ii) cláusula econômico-financeira, com fulcro no art. 37, XXI, CR; (iii) lucros cessantes previstos no arts. 402 e 403 do Código Civil, que seria aplicado subsidiariamente aos contratos administrativos, e, ainda (iv) possibilidade de se indenizar os “prejuízos efetivamente comprovados” (§2º, art. 138 da Lei nº 14.133/2021). Ao final deste breve estudo, apesar de se reconhecer a doutrina e jurisprudência predominantes no sentido da possibilidade da indenização dos lucros cessantes, defende-se a incompatibilidade dessa indenização com o próprio regime de exorbitância do contrato administrativo, bem como hipótese de silêncio eloquente na tutela desse direito indenizatório na Lei nº14.133/2021.

Palavras-chave: Contrato administrativo; rescisão unilateral, interesse público; lucros cessantes; inexistência de fundamento legal; silêncio eloquente.

Sumário: **1** Introdução - **2** Conceito de Lucros Cessantes - **3** Arco Histórico dos Lucros Cessantes nos Contratos Administrativos - **4** Doutrina sobre os Lucros Cessantes na Resilição dos Contratos Administrativos: inexistência de fundamento infraconstitucional específico - **5** A Jurisprudência Predominante sobre o Tema e a Necessidade de se Revisitar as suas Premissas - **6** Considerações Finais – Referências.

Abstract: This article aims to discuss the compensation of lost profits in the unilateral termination of administrative contracts in the justified public interest. Doctrine and jurisprudence predominate the position in the sense of its appropriateness, however, under the most diverse legal grounds: (i) fair compensation, *ex vi* of art. 5th, XXV, CR; (ii) economic-financial clause, based on art. 37, XXI, CR; (iii) loss of profits provided for in arts. 402 and 403 of the Civil Code, which would be applied subsidiarily to administrative contracts, and also (iv) the possibility of indemnifying the “effectively proven losses”, (§2º, art. 138 of Statute nº 14.133/2021). At the end of this brief study, despite recognizing the prevailing doctrine and jurisprudence in the sense of the possibility of compensation for lost profits, the incompatibility of this compensation with the exorbitant regime of the administrative contract is defended, as well as the hypothesis of eloquent silence in the guardianship of this indemnification right in Law 14.133/2021.

Summary: 1 Introduction - 2 Concept of Business Interruption - 3 Historical Arc of Business Interruption in Administrative Contracts - 4 Doctrine on Business Interruption in the Termination of Administrative Contracts: inexistence of specific infraconstitutional foundation - 5 The Predominant Jurisprudence on the Theme and the Need to Revisit your Assumptions - 6 Final Considerations – References.

Keywords: Administrative contract; unilateral termination, public interest; lost profits; lack of legal basis; eloquent silence.

1 INTRODUÇÃO

Este texto examina a possibilidade de aplicação e o regime jurídico dos *lucros cessantes* na rescisão unilateral dos contratos administrativos com fundamento em comprovado interesse público.

Não se pretende investigar, neste breve texto, a prerrogativa de rescisão unilateral dos contratos administrativos com fundamento no interesse público, mas, partir-se dessa premissa dogmática para proceder-se ao exame, *lege data*, da possibilidade de aplicação do regime jurídico dos *lucros cessantes* na hipótese de prematura ruptura dos contratos administrativos.

Portanto, delimita-se como ponto de partida e de chegada deste estudo o cabimento dos *lucros cessantes* na rescisão unilateral dos contratos administrativos sujeitos exclusivamente ao Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021).

Apesar de a doutrina pouco se dedicar ao enfrentamento do tema, predomina na literatura especializada e na jurisprudência a tese pelo cabimento dos *lucros cessantes* na rescisão unilateral dos contratos administrativos, porém, sob fundamentos jurídicos controvertidos e que, portanto, merecem ser reexaminados.

Diante disso, o presente estudo não tem a pretensão de esgotar ou, tampouco, de apresentar uma tese definitiva sobre o assunto, mas, antes de exortar os pesquisadores e operadores do direito para o enfrentamento de questão ainda candente de melhor compreensão e aprofundamento.

2 CONCEITO DE LUCROS CESSANTES

Na teoria da responsabilidade civil, os danos materiais sofridos pela parte subdividem-se, conforme classificação doutrinária prestigiada pelo Código Civil, em danos emergentes (danos positivos) e lucros cessantes (danos negativos).

Assim, ao lado do efetivo prejuízo tem-se, ainda como espécie de danos materiais, os danos oriundos dos lucros que deveriam ser obtidos se não fosse o ato ilícito (lucros cessantes). Parte da doutrina, inclusive, evita associar o signo “prejuízo” aos “lucros cessantes” na medida em que o Código, no art. 403, reservou aquele esse para a significação dos danos emergentes.

Nessa senda, o art. 402 decompõe o direito às perdas e danos devidos ao credor, em duas espécies: (i) o que efetivamente perdeu (danos emergentes) e (ii) o que razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes).

O art. 403 do Código Civil, por sua vez, emprega expressamente a locução jurídica “lucros cessantes” ao reportar-se a ela como hipótese de perdas e danos. É o que se extrai do enunciado da norma, segundo o qual, “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os *lucros cessantes* por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual (sem grifos no original)” (art. 403, Código Civil).

Apesar do propósito deste estudo ser o de examinar os *lucros cessantes* na rescisão unilateral dos contratos administrativos, ressalva-se a escassa produção bibliográfica desta hipótese de dano sob o matiz do direito público.

Diante desse vácuo, a doutrina administrativista e a jurisprudência recorrem à literatura civilista para a compreensão do alcance do instituto, mesmo que a sua aplicação seja endereçada para o contrato sujeito ao regime de direito administrativo.

Sublinha-se a advertência de que a mera transposição de institutos do direito privado, sem os ajustes teóricos necessários, para o direito público, pode levar a resultados incompatíveis para os próprios bens e interesses jurídicos protegidos por este último regime.

Feita essa ressalva, salienta-se que o conceito jurídico-positivo de *lucros cessantes* é associado à noção de “lucro” e de “razoável”, isto é, ao que “*razoavelmente se deixou de lucrar*” (art. 403, CC).

Apesar de permanentes as discussões doutrinárias sobre os exatos limites semânticos dos lucros cessantes, alcançou-se expressivo avanço epistemológico na identificação do sentido desta espécie de dano material mediante a imputação de conceitos estipulativos a esta locução no Ordenamento Jurídico (art. 402 e 403, CC).

Nesse sentido, para delimitar o sentido e alcance do que seja de *lucro*, é como recorrer-se ao conceito estipulativo de *lucro líquido* fixado nos arts. 190 e 191 da Lei nº 6.404/1976. Dessarte, o *lucro cessante* seria obtido por analogia ao de *lucro líquido*.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça perfilha a posição de que o lucro cessante “corresponde ao lucro líquido remanescente depois de deduzidos os custos, as despesas, os tributos, as contribuições sociais e as participações (art. 191 da Lei nº 6.404/1976)”²⁸. O *lucro cessante*, portanto, corresponde ao *lucro líquido* que deixou de ser auferido por ato alheio à vontade da administração da empresa.

Na doutrina, Wilson Alberto Zappa Hoog aborda o lucro líquido dentro da moldura jurídica albergada pela Lei n. 6.404/76, *verbis*:

É a diferença algébrica entre o lucro bruto e as demais despesas, receitas, participações, encargos sociais e tributos sobre o lucro. Portanto, é o lucro final após a dedução de todos os onus que a cédula social suportou, acrescido das receitas e despesas não operacionais. Ele deve ser a base de cálculo de reservas, como a legal, e da distribuição de dividendos aos acionistas ou lucros aos sócios, devendo o remanescente ficar adicionado a patrimônio líquido, na

28 STJ - REsp: 1553790 PE 2015/0222835-9, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 25/10/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2016.

rubrica 'lucros ou prejuízos acumulados' à disposição da assembleia ou reunião dos sócios".²⁹

Todavia, o lucro cessante não pode corresponder ao lucro líquido, pois este é um lucro presente, enquanto aquele é futuro e provável.

Além de futuro e apenas provável, o lucro cessante deve ser associado ao conceito de "razoável": postulado normativo que se introjeta na norma por meio de signo de textura extremamente aberta.

A *razoabilidade*, diante da sua natureza de postulado normativo, irradia o comando direto para o legislador ou aplicador sobre a aplicação do deôntico de lucro cessante no caso concreto.

Neste caso, significa que a lei autoriza *ex ante* que a indenização seja fixada de forma aproximada, na medida do *razoável*, ao que se deixou de lucrar, e não necessariamente ao que se deixou de lucrar na sua exata medida (lucro líquido, pois o lucro não é atual). Exerce, portanto, a função sintática de *advérbio de modo* para modular a extensão dos lucros cessantes no caso concreto (não se busca um valor exato, mas um valor aproximado, isto é, razoável)³⁰.

Assim, será sempre necessário recorrer ao caso concreto. O conceito de *lucro cessante* não se esgota abstratamente no enunciado dos artigos 402 e 403 do Código Civil. A existência e a fixação dos lucros cessantes demanda o enfrentamento de variadas e complexas questões, tais como: fixação do *quantum*, termo *a quo* e *ad quem*, experiência pretéria para dimensionar o *quantum debeat* etc.

A análise dos lucros cessantes não se esgota na sua análise semântica. O fato jurídico sob a perspectiva pragmática envolve nuances ricas.

²⁹ HOOG, Wilson Alberto Zappa. *Perdas, danos e lucros cessantes em perícias judiciais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 190.

³⁰ Nesse sentido, Bernardo Strobel sustenta que daí "por que a dicção do art. 402 do Código Civil aludir que integram as perdas e danos aquilo que o credor da obrigação "razoavelmente deixou de lucrar". O advérbio razoavelmente chama precisamente atenção para o fato de que os valores pagos a título de lucros cessantes são incertos (pois futuros), e, portanto, devem ser arbitrados segundo parâmetros de razoabilidade. O que conduz ao seu pagamento é a expectativa justa de que esses lucros ocorreriam caso o evento que causa o dano não se implementasse (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014, p. 19)".

Assim, a par dos aspectos linguísticos examinados, a presença dos *lucros cessantes* demanda, invariavelmente, a presença de elementos etiológicos da sua própria substância e configuração: a identificação do nexo de causalidade direto entre o ato ilícito e o dano (imediaticidade do dano), a identificação do termo *a quo* (data de início do pagamento) e do termo *ad quem* (data final do pagamento), e, finalmente, o exame da probabilidade objetiva do dano, pois, sem dano não há dever de indenizar.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes, professora que dedicou dissertação de mestrado sobre o tema, alerta ainda para a *função reparatória* dos lucros cessantes. Com essa advertência, intenta chamar a atenção para o fato de que os lucros cessantes indenizam danos reais, e não imaginários. Veja-se:

A função dos lucros cessantes na responsabilidade civil é flagrantemente reparatória, não sendo, portanto, recomendável introduzir na aferição desta faceta do dano patrimonial critérios que sequer são afeitos à responsabilidade civil, sob pena de a reparação dos lucros cessantes se transformar numa verdadeira caixa de Pandora que, embora incite a curiosidade, é sempre preferível não tocar.³¹

Além da dificuldade de se identificar os atributos e propriedades que permitem identificar a presença do fato jurídico indenizável sob a alcunha de *lucros cessantes*, a doutrina é desafiada à diferenciá-lo de institutos afins, *verbi gratia*: *danos emergentes*, a *perda de uma chance* e o *interesse positivo*.

O seguinte excerto do Código Civil Comentado pela professora Judith Martins-Costa expressa a preocupação em conciliar esses bens jurídicos:

Conquanto possam representar um prejuízo que se projetará no futuro (conquanto não constituam "danos futuros") os lucros cessantes evidentemente não se confundem com lucros imaginários, meras expectativas ou hipóteses. É necessário observar, tendo em conta as circunstâncias concretas, os dados objetivos e elementos racionalmente controláveis da situação o que normalmente

31 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 223.

aconteceria (*id quod plerunque accidit*) se a vítima não tivesse sofrido a lesão.³²

Esses são as principais propriedades jurídicas dos lucros cessantes sob a perspectiva da legislação e da doutrina civilista.

A inexistência de abordagem epistemológica dos lucros cessantes pela doutrina administrativa tem gerado certa incompreensão na aplicação do instituto às hipóteses de extinção prematura dos contratos administrativos, pois esse vácuo teórico tem sido colonizado pela literatura de direito privado por mera transmutação.

Todavia, o regime da relação jurídica em que se pretende invocar os prejuízos sofridos à título de lucros cessantes podem repercutir na própria identidade e fisiologia do instituto.

Os lucros cessantes devidos à parte que tenha sofrido perdas e danos no direito privado decorrem, via de regra, de um ato *ilícito* (conduta antijurídica), enquanto nos contratos administrativos extintos sob fundado interesse público decorrem de *ato lícito*: a prerrogativa da Administração de rescisão unilateral do contrato diante de comprovado interesse público.

Fixado o conceito jurídico-positivo de lucros cessantes e feita a advertência de que o instituto não foi adequadamente examinado pelos publicistas para os casos de danos oriundos de atos lícitos da Administração, passa-se ao exame do arco histórico dos lucros cessantes na rescisão unilateral dos contratos administrativos sujeitos ao Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos.

3 ARCO HISTÓRICO DOS LUCROS CESSANTES NOS ESTATUTOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Se, de um lado, os lucros cessantes possuem disciplina ancestral na legislação civil (art. 1.059 do Código Civil de 1916 e arts. 402 e 403 do Código Civil de 2012), por outro lado, ainda é lacônica a sua disciplina nas leis que versam sobre as contratações públicas.

A ausência de disciplina legal dos lucros cessantes na legislação sobre contratos administrativos pode ser interpretada como (i) mera lacuna ou (i) silêncio eloquente. Para cada uma dessas hipóteses o operador do direito deve assumir uma postura hermenêutica

³² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 479

distinta. Antes, porém, de nos posicionarmos, convém expor o arco histórico legislativo da indenização nas contratações públicas para, ao final, chegar-se a conclusão sobre a espécie de omissão em tela.

Atribui-se ao Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986, o diploma primogênito sobre licitações e contratos da Administração Pública, dada a sua maior densidade no trato da matéria. O Decreto, no inciso XIII do seu art. 68, assegurava à autoridade administrativa a prerrogativa de rescindir o contrato por razões de interesse do serviço público. No artigo seguinte, assegurava ao contratado o direito de ser ressarcido dos (i) prejuízos regularmente comprovados, que houver sofrido, tendo, ainda, direito a (ii) devolução da garantia, (iii) pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e, finalmente, (iv) pagamento do custo da desmobilização (§ 2º, art. 69). Conforme se infere das hipóteses legais, não foi contemplada a expressão “lucros cessantes” ou locução jurídica equivalente.

Na década seguinte, a Lei 8.666/93 revogou o Decreto-Lei n. 2.300/1986, mas manteve idêntico sistema indenizatório e, com isso, silenciou-se sobre a disciplina dos lucros cessantes, não obstante a experiência normativa então vigente do Código Civil de 1916, o que já caracterizava hipótese de silêncio eloquente para parte da doutrina.

A Lei assegurava ao contratado o direito de ser ressarcido dos (i) prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido se a rescisão do contrato, para a qual não concorreu, for justificada em razões de interesse público, além do direito a (ii) devolução de garantia, (iii) pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e, finalmente, (iv) pagamento do custo da desmobilização.

Em 2021, foi publicada nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: a Lei nº 14.133/2021. O dispositivo foi alterado sensivelmente, mas, ainda assim, deixou a desejar sobre a disciplina dos lucros cessantes nos contratos administrativos, notadamente no âmbito do objeto deste estudo: rescisão do contrato por ato lícito da Administração. O regime de indenização decorrente de rescisão por razões de interesse público consta nos art. 137, VIII c/c arts. 138 e 139 da Lei nº 14.133/2021

Preliminarmente, nota-se que a nova Lei substitui a expressão “rescisão dos contratos” por “extinção dos contratos”. O inciso VIII do art. 137 da Lei nº 14.133/2021 enlista, dentre outras hipóteses legais, razões de interesse público como motivo hábil para a extinção do contrato.

Em seguida, o art. 139, I da Lei nº 14.133/2021 estabelece que a extinção do contrato poderá ser determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro, a hipótese contemplada no inciso I do art. 139 abrange a do inciso VIII do artigo 138 - "*razões de interesse público*", pelas seguintes razões:

(...) tem-se a impressão de que a extinção por decisão unilateral só poderá ocorrer nos casos em que o descumprimento do contrato decorre de conduta do contratado, no caso de razões de interesse público e nas hipóteses de caso fortuito e força maior [...]. A nova Lei de Licitações não é tão clara ao especificar as hipóteses em que tem a aplicação da extinção unilateral. O art. 137 dá o elenco das hipóteses de extinção dos contratos, sem especificar a modalidade de extinção dentre as previstas no art. 138, o que significa que qualquer uma delas pode ser utilizada".³³

Finalmente, ao abordar o regime indenizatório decorrente dessa hipótese de extinção, a nova Lei prescreve que o contratado será ressarcido pelos (i) prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito, ainda, (ii) a devolução da garantia; (iii) pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção (iii) e pagamento do custo da desmobilização (§ 2º, art. 138, da Lei 14.133/2021).

Assim, o silêncio do legislador é reforçadamente eloquente, pois, durante a vigência da Lei 8.666/93 foi publicado o Código Civil de 2002 que, claramente, estabelecia sistema cartesianamente distinto para as perdas e danos, distinguindo-as em danos emergentes (prejuízos efetivos) e os lucros cessantes. Isto é, o silêncio eloquente na Lei na 8.666/93 sobre os lucros cessantes tornou-se ainda mais reforçado explícito na Lei 14.133/2021, pois houve oportunidade de ouro para o legislador corrigir a omissão e evitar que o tema fosse regrado, subsidiariamente, pelo Código Civil de 2002.

A subsunção do § 2º, art. 138, da Lei 14.133/2021 à rescisão unilateral fundada em interesse público, porém, não é mais tão cristalina como a redação trazida na Lei 8.666/93.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Forense, 2021, p. 301.

Segundo Dinorá Grotti, como o dispositivo citado constitui parágrafo do art. 138, deve entender-se que as consequências nele previstas têm aplicação nas três modalidades de extinção previstas neste artigo, quais sejam: unilateral, consensual e arbitral³⁴.

Assim, o direito vigente reproduz o mesmo sistema indenizatório desde 1986 ao assegurar ao contratado o ressarcimento de quatro espécies de danos nas hipóteses em que a extinção do contrato decorra de ato exclusivo da Administração: (i) prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, (ii) devolução da garantia, (iii) pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção e (iv) pagamento do custo da desmobilização.

A incursão sobre o arco histórico dos diplomas legais que disciplinaram, e que ainda disciplinam, as contratações públicas no Brasil, demonstram que essa omissão não possui *status* de mera lacuna jurídica, mas de verdadeiro de silêncio eloquente, pois a deficiência sobre a regramento do instituto no Decreto-Lei n. 2.300/1986 e na Lei 8.666/93 foi novamente reforçado na Lei 14.133/2021, apesar do Código Civil de 2002 separar os prejuízos efetivos e os lucros cessantes em duas categorias autônomas nos arts. 402 e 403.

4 DOCTRINA SOBRE OS LUCROS CESSANTES NA RESILIÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL ESPECÍFICO

O exame, no capítulo anterior, do arco histórico legislativo sobre a disciplina das contratações públicas, bem como sobre a legislação vigente, foi importante para se depreender que o direito à reparação dos lucros cessantes, pelo menos sob essa fisionomia semântica, não foi, expressa e literalmente, assegurado ao contratado nos casos de rescisão por ato lícito da Administração Pública.

Não há na legislação de contratos administrativos, à semelhança do art. 1.059 do Código Civil de 1916 e dos arts. 402 e 403 do Código Civil de 2002, qualquer indicação ao direito (i) “do que razoavelmente deixou de lucrar” ou aos (ii) “lucros cessantes” propriamente ditos.

34 GROTTI, Dinorá. Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/2021. Coordenadores: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun. 1ª ed. São Paulo: Editora RT, 2021, p. 625.

Apesar da omissão do legislador, predomina na bibliografia a tese pelo pagamento dos lucros cessantes nos contratos administrativos rompidos por ato da Administração, ainda que a ruptura seja fundada em razões de interesse público.

Para justificar esse posicionamento, distintos fundamentos jurídicos são invocados para embasar o direito à indenização, os quais foram sumarizados nesse breve estudo: (i) justa indenização assegurada na Constituição (5º, XXV)³⁵, (ii) garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, (iii) aplicação subsidiária das disposições do Código Civil; (iv) os prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido o contratado (§2º do art. 138 da Lei nº 14.133/2021).

Todavia, pelas razões jurídicas inicialmente examinadas no capítulo anterior, não se partilha dessa posição.

O exame da legislação vigente, bem como da que lhe antecedeu, permite concluir que há silêncio eloquente do legislador sobre a tutela dos lucros cessantes nas contratações públicas, e não mera lacuna jurídica passível de integração mediante a aplicação subsidiária do Código Civil (“fuga para o direito privado”³⁶).

Ilustra essa tendência, de fuga para o Direito Privado, a posição de Joel de Menezes Niebuhr, para quem a “Lei n. 8.666/93 não trata adequadamente do assunto, é omissa e, portanto, *remete ao Direito Privado*. Insista-se que, de todo modo, a indenização deve ser ampla, albergando danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, tudo da mesma forma que ocorre em contratos privados” (sem destaques no original)³⁷.

35 Para Bernardo Strobel, o regime constitucional que impõe o dever ao Estado de indenização justa, prévia e em dinheiro constitui um regime protetivo do direito fundamental de propriedade de proteção e, portanto, pode ser invocado para justificar o direito do contratado à indenização por lucros cessantes (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014).

36 A expressão “fuga para o direito privado” é de Fritz FLEINER: “Flucht ins Privatrecht”. (cf.. *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*. 8 ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1928, p. 326).

37 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 515.

Por outro lado, José Guilherme Giacomuzzi, que realizou importante estudo comparatista dos contratos públicos, adverte que a “lei, porém, nada diz sobre os lucros cessantes”.³⁸ E, de fato, a lei é silente.

O silêncio enfático do legislador justifica-se para atender o interesse público tutelado pelo regime jurídico das contratações públicas, pois se a Administração Pública fosse compulsada a ressarcir o contratado até dos lucros cessantes, esvaziar-se-ia a sua prerrogativa de rescisão unilateral, pois, neste caso, seria equiparada ao particular e, portanto, seria inútil a prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato.

Nesse sentido, o Ministro Herman Benjamin, em voto vencido proferido nos Embargos de Divergência em REsp nº 737.741-RJ, manifesta-se que não “faz sentido aplicar as regras de Direito Privado estabelecidas no Código Civil, esvaziando-se por inteiro o regime especial e colocando no mesmo patamar contratos administrativos e contratos privados”³⁹. Por fim, conclui que o não pagamento de lucros cessantes não implica em injustiça, pois:

Se passasse pela imaginação e o desejo do legislador prever os lucros cessantes, ele o teria dito aqui, expressamente. Trata-se, a meu ver, de silêncio eloqüente. Porque falou do óbvio e, com muito maior razão, deveria ter tratado do que não o é.

E por que não é óbvio? Aqui encerro. Não é óbvio e não se cria injustiça alguma porque a expectativa do contratante particular no contrato administrativo não é igual à dos contratantes em avença privada. Ele sabe que, ao contratar, se submete aos regramentos e limites da lei de vigência, neste caso o Decreto 2.300/1986 mais a Lei 8.666/1993, e que a sua expectativa legítima, no caso de rescisão, no máximo, limita-se a não sofrer prejuízos. Noutras palavras, ele não sai do contrato com menos do que entrou.⁴⁰

38 GIACOMUZI, José Guilherme. *Estado e Contrato: Supremacia do Interesse Público “versus” Igualdade – Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 355.

39 STJ - EREsp: 737741 RJ 2008/0110646-7, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 12/11/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 21/08/2009.

40 STJ - EREsp: 737741 RJ 2008/0110646-7, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 12/11/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 21/08/2009.

Dando prosseguimento, é forçoso reconhecer que, a partir de uma interpretação literal, que as locuções “deixou de lucrar” e “lucros cessantes”, respectivamente positivadas nos artigos 402 e 403 do Código Civil, jamais foram empregadas na legislação para as contratações públicas.

Além destas expressões não estarem expressamente internalizadas na legislação que disciplina os contratos administrativos, não se pode estender o sentido da oração “prejuízos regularmente comprovados que *houver sofrido*”, contida no §2º do art. 138 da Lei nº 14.133/2021, para alcançar os lucros cessantes.

A locução jurídica “*houver sofrido*” está construída no particípio do passado, razão pela qual esse modal refere-se ao estado de coisas realizadas, e não ao estado de coisas porvir.

Se o prejuízo já foi sofrido, conforme indica o particípio do passado, significa que o prejuízo a que se refere o signo é o do estado de uma ação depois de terminada, e não a do estado de uma ação por acontecer.

Noutra palavras, o prejuízo efetivamente sofrido reconduz ao dano emergente e apenas esta forma de indenização foi abrigada pela Lei nº 14.133/2021. Por outro lado, os prejuízos futuros, que remetem aos lucros cessantes e que se expressam por outro variação de modal, não foram contemplados nessa Lei. Neste último caso, a função sintática da oração demandaria a utilização de outro modal que não o do particípio passado para se reportar aos lucros cessantes, pois essa modalidade de dano se refere a um dano futuro, isto é, “ainda por acontecer”.

Portanto, o lucro cessante não está contemplado textualmente no enunciado da Lei nº 14.133/2021.

Diante desse relato, caso fossem admitidos os *lucros cessantes* nas extinções de contratos públicos, *a priori*, o fundamento jurídico-positivo deveria encontrar respaldo em norma-regra contida em outro diploma legal ou em norma-princípio, mas não na Lei nº 14.133/2021, sucedâneo vigente da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que não abrigou essa tutela de direito⁴¹.

⁴¹ Compartilha desse mesmo entendimento José Guilherme Giacomuzzi que, após examinar a Lei 8.666/93 (que tem semelhante redação a da Lei nº 14.133/2021), afirma assertivamente: “A lei, porém, nada diz sobre os lucros cessantes (GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e Contrato: Supremacia do Interesse Público*

É por essa razão que Bernardo Strobel Guimarães, por exemplo, socorre-se de fundamento constitucional para legitimar o pagamento de lucros cessantes nas resilições de contratos administrativos⁴².

Beatriz Monzillo de Almeida defende a inexistência do dever da Administração de pagar lucros cessantes ao contratado na hipótese de rescisão unilateral do contrato por motivo de interesse público, posição a qual nos filiamos. A exposição clara e didática da autora merece transcrição literal do seguinte trecho, *in verbis*:

A lei não possui palavras inúteis, desta forma, se o conceito de lucro cessante estivesse compreendido dentro da locução "*prejuízos regularmente comprovados*", o artigo 403 daquele diploma legal não os teria distinguido, *verbis*.

[...]

Em verdade, prejuízos e lucros cessantes não se confundem. Ambos são espécies do gênero "*perdas e danos*", conforme previsto no artigo 402 do Código Civil, vejamos:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, *o que razoavelmente deixou de lucrar*. (grifou-se)

Interpretando-se o dispositivo acima, percebe-se que, quando a lei se refere a "*perdas e danos*", estão abrangidos os prejuízos e os lucros cessantes. No entanto, quando a lei menciona apenas os prejuízos, parece claro que se refere apenas ao que o sujeito efetivamente perdeu, e não ao que ele razoavelmente deixou de

"versus" Igualdade – Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 355".

⁴² "O presente estudo visa a defender que os lucros cessantes são integralmente devidos em todos os casos em que a Administração opta — por razões de conveniência e oportunidade suas — por extinguir o contrato administrativo validamente celebrado. Isso porque tais situações equivalem a inequívocos sacrifícios de direito, a fazer incidir as prescrições referentes à desapropriação para tais casos. Além disso, pretende-se advogar a tese de que, em homenagem ao princípio da legalidade, o direito à indenização plena não pode ser restringido pelo instrumento contratual, bem como, em regra, o pagamento da indenização devida deve ser prévio e em dinheiro" (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014).

lucrar. Logo, se a Lei de Licitações determinou apenas o ressarcimento dos prejuízos - e não o pagamento de perdas e danos - não se pode presumir que os lucros cessantes sejam devidos. Agiu com acerto o legislador da Lei de Licitações. De fato, segundo a didática explicação de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pagar "perdas e danos" significa indenizar aquele que experimentou um prejuízo, uma lesão em seu patrimônio material ou moral, por força do comportamento ilícito do transgressor da norma". Em outras palavras, o pagamento de tal verba é uma "punição" àquele que agiu de forma ilícita ou culposa.

Salta aos olhos, portanto, a impertinência de se falar em "perdas e danos" na hipótese em que a Administração Pública extingue o contrato por razões de interesse público. Isso porque, sendo tal rescisão expressamente permitida em lei, evidente que não se trata de inadimplemento contratual e muito menos de comportamento ilícito ou culposos do ente público.

Ora, se a Administração não praticou ato ilícito e nem culposos, por que a Lei de Licitações prevê o ressarcimento do prejuízo em tal hipótese? Ao que parece, tal previsão tem fundamento no princípio da repartição equitativa dos ônus, segundo o qual um indivíduo não pode suportar isoladamente os prejuízos decorrentes de atos administrativos praticados no interesse de todos.

Como se pode perceber, o parágrafo segundo do artigo 79 da Lei de Licitações não é um dispositivo arbitrário, exorbitante ou injusto. Pelo contrário, caso a rescisão em exame fosse apreciada sob a ótica do Direito Privado, talvez o particular sequer tivesse direito ao ressarcimento dos prejuízos, pois, conforme já visto, a falta de culpa exonera o devedor do dever de ressarcir.⁴³

Assim, não se depreende do § 2º, art. 138, Lei 14.133/2021 a autorização para indenização de *lucros cessantes*, mas apenas de *danos emergentes*, na medida em que

43 ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. A rescisão do contrato administrativo por razões de interesse público e o pagamento de lucros cessantes pela Administração. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 9, n. 108, dez. 2010.

quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido *apenas* pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido.

5 A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE SOBRE O TEMA E A NECESSIDADE DE SE REVISITAR AS SUAS PREMISSAS.

A doutrina sugere, com certa razão, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a *vexata quaestio* está pacificada, tendo em vista o precedente fixado em sede de Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 737.741.

De fato, o recurso de embargos de divergência tem a finalidade, justamente, de uniformizar a jurisprudência interna, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobre a aplicação da legislação federal (art. 1.043, inciso III, do CPC/2015).

No recurso citado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o dever da Administração de indenizar o contratado na hipótese de rescisão unilateral do contrato por motivo de interesse público abrange não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes.⁴⁴

Apesar do *status* com latitude superior do precedente, a matéria pode e deve ser reapreciada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Desde 2008, ano em que o colegiado do STJ se reuniu para o julgamento do referido dissídio, produziu-se adicional e relevante conhecimento teórico sobre o tema na doutrina especializada.

Ademais disso, é importante sublinhar que o aresto, apesar de dispor de prestígio processual altaneiro na jurisprudência, não foi unânime. O voto vencido e muito bem fundamentado proferido pelo Ministro Herman Benjamin lança argumentos ainda não suficientemente rebatidos pelos seus pares divergentes.

Finalmente, a composição do sodalício oxigenou-se substancialmente nesta década e meia. A esse último fundamento de caráter sociológico, adiciona-se importante aspecto jurídico: a recente alteração do parâmetro normativo interpretado pelo STJ - tendo em vista a revogação da Lei 8.666/93.

44 STJ - EREsp: 737741 RJ 2008/0110646-7, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 12/11/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 21/08/2009.

Como cediço, o recurso de embargos de divergência visa a uniformização de interpretação da legislação federal tendo em vista pronunciamentos em sentidos distintos proferido pelas turmas do Tribunal.

In casu, o exame e uniformização realizou-se sobre o art. 79, § 2º da Lei 8.666/93 que, recentemente, deu lugar ao § 2º, art. 138, Lei 14.133/2021. Dessarte, o parâmetro normativo foi alterado e, com isso, carece de novo enfrentamento.

É forçoso reconhecer que a nova lei não altera substancialmente o regime indenizatório anterior. Se, de um lado, essa opção do legislador pode justificar a manutenção do precedente, por outro lado, pode corroborar a revisão, diante do reforçado silêncio eloquente na tutela dos lucros cessantes na seara das contratações públicas.

No famoso aresto, o STJ apontou as normas-regras específicas da legislação administrativa para justificar a indenização dos danos emergentes (art. 69, I, § 2º, do Decreto-Lei 2.300/86; art. 79, § 2º da Lei 8.666/93), e, paradoxalmente, reportou-se às normas do Código Civil para os lucros cessantes (CC/2002, art. 402). Logo, é salutar perceber que o próprio STJ não vislumbrou na expressão “prejuízos regularmente sofridos” base normativa suficiente para cobrir os lucros cessantes e, portanto, teve de recorrer ao Código Civil.

Ao não incorporar as locuções “lucros cessantes” ou “do que razoavelmente deixou de lucrar” na Lei 14.133/2021, doravante previstas no Código Civil de 2002 e que foram invocadas para aplicar-se subsidiariamente aos contratos administrativos por força da suposta omissão da Lei 8.666/93, agora, diante da nova oportunidade assegurada ao legislador para integrar a lacuna em 2021, defende-se que, de fato, não houve mera lacuna, mas, silêncio eloquente apto a afastar a incidência do instituto neste campo das contratações.

Por fim, interessante citar precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que julgou improcedente o pedido de *lucros cessantes* formulado por empresa-contratada diante da rescisão por razão de interesse público do contrato entabulado com o Governo do Distrito Federal.

Na espécie, foi realizada licitação para contratação de escola para ministrar aulas de língua inglesa para servidores que atendiam no âmbito da urgência e emergência da Secretaria de Saúde, a fim de capacitá-los para sua atividade-fim no período da copa do mundo de 2014, pelo valor total de quase um milhão de reais.

Ocorre que, não obstante contratada a empresa por pregão para ministrar curso presencial intensivo de conversação na língua inglesa para 819 (oitocentos e dezenove) alunos, o Governo do Distrito Federal apresentou termo de rescisão contratual unilateral pouco após firmado o contrato sob o fundamento de superveniente perda do interesse público, tendo em vista que menos de 10% (dez por cento) do total previsto para alunos matricularam-se no curso.

No caso, a rescisão unilateral do contrato administrativo ocorreu sob o fundamento de superveniente falta de interesse público, prevista no inc. XII do art. 78 da Lei n. 8.666/93. A empresa ajuizou ação judicial para pleitear perdas e danos, inclusive os lucros cessantes (lucros que deixou de auferir durante a execução do contrato).

O juiz de piso e o acórdão do TJDFT julgaram improcedente o pedido de lucros cessantes. Inclusive, a sentença prestigiou o argumento, também invocado no voto vencido do Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 737.741, no sentido de que a prévia ciência por parte do contratado do regime de prerrogativas do Poder Público para a defesa do interesse público justifica a prerrogativa de rescisão unilateral pela Administração sem direito aos lucros cessantes (expectativas de ganhos).⁴⁵

Todavia, supondo-se que solução distinta fosse aplicada ao caso, várias questões tormentosas se colocariam, tais como: (i) os lucros cessantes poderiam ser pagos mesmo no caso de a Administração rescindir o contrato por intermédio de ato lícito e, neste caso, previsto na minuta do contrato que acompanhou o Edital (insuficiência de alunos para abrir a turma)? (ii) teria a empresa contratada (curso de inglês) direito ao pagamento do que deixou de lucrar razoavelmente no período inicialmente estipulado na avença? (iii) esse período contemplaria, inclusive, aquele projetado com as prorrogações por termo aditivo? (iv) a imposição desse dever não significaria esvaziar a própria prerrogativa da Administração de rescindir unilateralmente o contrato por interesse público e, neste caso, equipará-la a um verdadeiro particular na relação contratual? (v) a indenização do que de lucrar e por atividade não prestada não viola o princípio da indisponibilidade do interesse público?

Estes são os vários pontos que o Tribunal não precisou enfrentar, pois, apesar de entender que o contratado tem o direito à lucros cessantes, no caso, afastou esse direito sob o fundamento de que não os comprovou.

45 TJ-DF 20140111711177 DF 0043672-47.2014.8.07.0018, Relator: SANDRA REVES, Data de Julgamento: 18/07/2018, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/08/2018 . Pág.: 264/271.

A nosso ver, se, por um lado, é evidente que a empresa contratada responsável pelo curso de inglês deverá ser ressarcida pelos gastos até então efetuados, que se enquadram na categoria de danos emergentes (*verbi gratia*: compra de equipamentos, materiais e contratação de pessoal), por outro, não parece lógico que aufera lucros por um serviço que não será realizado, que seriam os lucros cessantes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, a partir de uma pesquisa jurídico-dogmática, pretendeu reexaminar as premissas jurídicas fixadas na doutrina e na jurisprudência sobre o pagamento de lucros cessantes ao contratado pela Administração em caso de rescisão contratual motivada por ato administrativo fundado em razões de interesse público.

Ao longo da pesquisa, obteve-se uma série de conclusões parciais que, reunidas, confluem para atingir e reforçar o seu resultado final, sumarizadas do seguinte modo:

1. A delimitação do sentido e alcance dos lucros cessantes deve ser melhor examinada pela doutrina publicista para a sua adequada aplicação às hipóteses de extinção prematura dos contratos administrativos, pois a atual fisionomia do instituto, produto de reconhecidos esforços epistemológicos da literatura de direito privado, não leva em consideração a prerrogativa da Administração Pública de rescindir unilateralmente o contrato por razões de interesse público e, tampouco, a exorbitância própria do regime jurídico administrativo para a proteção do interesse público tutelado pelo Ordenamento Jurídico.

2. Predomina na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de se indenizar o contratado por lucros cessantes na rescisão dos contratos administrativos, mas sob diversos fundamentos jurídicos para justificar a natureza jurídica desse direito: (i) justa indenização (art. 5º, XXV, CR); (ii) cláusula econômico-financeira (art. 37, XXI, CR); (iii) lucros cessantes previstos no arts. 402 e 403 do Código Civil e (iv) "prejuízos efetivamente comprovados" (§2º, art. 138 da Lei nº 14.133/2021).

3. A incursão sobre o arco histórico dos diplomas infraconstitucionais que disciplinaram, e que ainda disciplinam, as contratações públicas no Brasil demonstram:

3.1. (i) a inexistência de posituação de qualquer *signo* ou *locução jurídica* que sirva de moldura semântica para enquadrar direta e adequadamente o direito à indenização de danos materiais sob a modalidade lucros cessantes, à simetria da sua disciplina e terminologia nos arts. 402 e 403 do Código Civil.

3.2. (ii) que omissão legislativa sobre os lucros cessantes na legislação examinada possui natureza jurídica de *silêncio eloquente*, e não de mera lacuna jurídica, pois a

deficiência sobre a regramento do instituto no Decreto-Lei n. 2.300/1986 e, sucessivamente, na Lei 8.666/93, foi igualmente reforçada na Lei 14.133/2021, apesar de, neste hiato temporal, ter sido editado o Código Civil de 2002, que distinguiu nitidamente os “prejuízos efetivos” dos “lucros cessantes” em duas categorias autônomas nos arts. 402 e 403.

4. O direito de ser indenizado por “prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido”, assegurado na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021), bem como nos diplomas legais que lhe antecederam (Lei 8.666/93 e Decreto-Lei n. 2.300/1986), refere-se apenas ao direito ao pagamento dos danos emergentes, e não dos lucros cessantes, pois:

4.1. O exame das normas do Código Civil de 1916 e 2012 revelam a existência de duas categorias distintas e autônomas de *perdas e danos*: (i) os danos emergentes, que são expressos pelos signos “prejuízo” e “prejuízo efetivo” e (ii) os lucros cessantes, também representado pela expressão “deixou de lucrar”.

4.2. A frase “prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido”, contida na Lei 14.133/2021, é oração que apenas pode se referir aos danos emergentes (danos negativos), pois emprega o verbo no modal do particípio do passado, razão pela qual se refere ao estado de uma ação depois de terminada, e não àquela ação por acontecer. Assim, o estudo da norma sob o plano sintático reforça a hipótese jurídica defendida no plano semântico e pragmático: os prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido referem-se aos danos emergentes (já sofridos), pois os que estão por vir referem-se aos lucros cessantes.

5. Finalmente, reconhecer, *a priori*, o direito à indenização dos lucros cessantes contra o Estado significa negar o próprio regime jurídico de proteção do interesse público e esvaziar a necessidade da prerrogativa especial e exorbitante da rescisão unilateral do contrato instituída em defesa do interesse público. Se a Administração deve pagar até pelos lucros em perspectiva do contratado (mesmo que o dano seja objetivamente provável), então a prerrogativa torna-se oca e, com efeito, as partes nivelam a suas posições jurídicas na relação jurídica contratual.

Diante dos argumentos expostos, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 737.741, no sentido de que o dever de indenizar o contratado na hipótese de rescisão unilateral por motivo de interesse público abrange os lucros cessantes, carece de mais apropriado aprofundamento, pois erige-se sob inapropriada aplicação subsidiária do Código Civil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. A rescisão do contrato administrativo por razões de interesse público e o pagamento de lucros cessantes pela Administração. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 9, n. 108, dez. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Forense, 2021.

GIACOMUZI, José Guilherme. *Estado e Contrato: Supremacia do Interesse Público “versus” Igualdade – Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

GROTTI, Dinorá. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/2021*. Coordenadores: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun. 1ª ed. São Paulo: Editora RT, 2021.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. *Perdas, danos e lucros cessantes em perícias judiciais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO JULGAMENTO COLEGIADO E O JULGAMENTO NÃO UNÂNIME DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ÓTICA DO STJ

PEDRO CAMPOS DE AZEVEDO FREITAS:

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado.

Resumo: A aplicação de uma técnica de julgamento ampliado para alcançar um quórum qualificado em julgamentos não unânimes é debatida em relação ao julgamento de embargos de declaração opostos em face de decisão em apelação e em agravo de instrumento. A discussão circunda a possibilidade dessa aplicação e, caso possível, a forma como tal aplicação se realiza.

Palavras-chave: Técnica de ampliação de julgamento colegiado. Apelação. Agravo de instrumento. Embargos de declaração. Efeito integrativo.

Sumário: Introdução. 1. A técnica de julgamento ampliado do art. 942 do CPC. 2. O julgamento não unânime de embargos de declaração na ótica do STJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.105/2015 (“CPC/2015”) teve como seu objetivo principal a busca pela efetividade do processo civil, incluindo a atuação satisfativa. No entanto, também houve uma preocupação com a construção de um processo civil coeso e coerente em que fosse garantido o devido processo legal e a segurança jurídica. Assim, construiu-se um texto que garantisse a efetividade do processo e a forma sistemática das suas disposições para uma atuação pragmática com maior grau de funcionalidade.

Uma das alterações trazidas por essa sistemática foi a técnica de julgamento ampliado do art. 942 do CPC. Reconhecida como sucessora dos embargos infringentes (que é um recurso previsto no CPC/1973, que não está mais previsto no CPC/2015), o art. 942 do CPC estabeleceu uma técnica de ampliação do julgamento colegiado para os recursos de apelação, de agravo de instrumento e da ação rescisória no caso de verificação de votação não unânime.

Entretanto, a atuação prática trouxe alguma perplexidade ao se deparar com casos de outros recursos em que seria possível haver votação não unânime, mas não estaria expressa a possibilidade de aplicação de tal técnica.

Nesse sentido, o presente trabalho tem o objetivo de explicar a posição do STJ em relação a possível aplicação da técnica do art. 942 do CPC ao julgamento de embargos de declaração opostos contra decisão em apelação e em agravo de instrumento. No primeiro capítulo, será analisada a sistemática estabelecida expressamente pelo CPC/2015. No segundo capítulo, será analisada a interpretação estabelecida pelo STJ para o julgamento não unânime de embargos de declaração. Na conclusão, serão feitas considerações sobre tal adoção.

1 A TÉCNICA DE JULGAMENTO AMPLIADO DO ART. 942 DO CPC

O CPC/2015 eliminou o recurso de embargos infringentes⁴⁶ e o substituiu pela técnica do art. 942 do CPC. O objetivo de tal técnica é a ampliação do órgão colegiado em caso de divergência para o atingimento de um resultado por um quórum mais qualificado, ou seja, serão convocados outros julgadores em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial.

As características gerais dessa técnica de julgamento ampliado no caso de decisões não unâneas são destacadas pela leitura do próprio do art. 942 do CPC.

Em primeiro lugar, percebe-se que é necessário que o julgamento tenha sido iniciado em um órgão colegiado de um tribunal⁴⁷. Isso decorre tanto do fato de o art. 942 do CPC estar inserido nas disposições sobre ordem dos processos nos tribunais no capítulo II do título I do Livro III do CPC⁴⁸; e não ser possível falar em divergência em órgãos monocráticos.

Em segundo lugar, a divergência surge no decorrer do julgamento, sendo feita a ampliação antes do seu encerramento. Isso é importante para perceber a natureza jurídica

46 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.** – 13º ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 75

47 Além da expressa previsão legal no art. 942, §4º, do CPC, não é logicamente possível a aplicação de tal técnica ao julgamento realizado diretamente pelo plenário de um tribunal ou por seu órgão especial, já que não é possível realizar ampliação de um órgão máximo de um tribunal.

48 Não é aplicável tal técnica para o julgamento não unânime em turmas recursais dos juizados especiais. Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 80

de técnica de julgamento⁴⁹ e pelo fato de caracterizar-se como etapa necessária do julgamento do recurso⁵⁰.

Em terceiro lugar, tanto as partes terão oportunidade de realizar novas sustentações orais perante os julgadores que integrarem o colegiado bem como os novos julgadores terão oportunidade de se manifestarem sobre todas as matérias objetivo do recurso. Como é uma continuação do julgamento sem prolação de qualquer decisão, os novos julgadores poderão se manifestar sobre toda a matéria discutida no recurso, sejam aquelas decididas de maneira unânime, sejam aquelas em que há divergência. Ademais, os novos julgadores terão que proferir seus votos e poderão exercer sua influência sobre os julgadores que já tenham votado, possibilitando a alteração dos seus votos até o encerramento do julgamento com a proclamação do resultado final (art. 942, § 2º, do CPC). Nessa hipótese, não há incidência da vedação o art. 941, §1º, do CPC, salvo as hipóteses de terem sido substituídos ou afastados após proferirem o voto.

Nesse sentido, o julgamento deve ser continuado com o chamamento de julgadores em quantidade suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial (o "resultado parcial" não unânime). Além disso, esse chamamento conforme as regras objetivas e previamente estabelecidas indicam respeito ao princípio do juiz natural⁵¹.

Por fim, cumpre destacar que a técnica somente se aplica no caso de "resultado" não unânime. Não importa a divergência de fundamentações, caso o resultado seja unânime. Como estabelece Fredie Didier Jr.: "*A aplicação da regra depende de divergência no resultado e não na fundamentação*"⁵².

De maneira expressa e de uma forma geral, o art. 942 do CPC aplica-se ao julgamento do recurso de apelação, do recurso de agravo de instrumento e da ação rescisória. É certo que a aplicação ao recurso de apelação é a mais ampla possível, incluindo

49 Não possui natureza de recurso, pois não há decisão recorrível, já que ocorre antes da proclamação do resultado. Também não é incidente processual, já que não prosseguimento do mesmo julgamento. Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 76

50 É aplicável tal técnica ao julgamento de apelação em mandado de segurança, não havendo qualquer vedação nesse sentido. Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 77-78

51 CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1373

52 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 80

divergência sobre questões preliminares e de mérito e sobre o resultado parcial não unânime importar ou não em reforma da sentença guerreada⁵³.

Em sentido oposto está a aplicação ao agravo de instrumento e da ação rescisória. O art. 942, §3º, II, do CPC estabelece uma restrição à sua aplicação, somente se aplicando no caso de o julgamento não unânime do agravo de instrumento importar em reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito (art. 1.015, II, do CPC) do juiz de primeira instância⁵⁴. Em sintonia, o art. 942, §3º, I, c/c §4º, III, do CPC estabelece aplicação restrita ao julgamento de ação rescisória por órgão fracionário⁵⁵ do tribunal em que a decisão parcial seja pela rescisão da sentença⁵⁶.

Assim, percebe-se que a diferença de aplicação da técnica do art. 942 do CPC em relação à apelação, ao agravo de instrumento se dá somente em relação às hipóteses de cabimento⁵⁷, mas não em relação ao procedimento. Excepciona-se o caso da ação rescisória em que haverá alteração de órgão julgador⁵⁸.

2 O JULGAMENTO NÃO UNÂNIME DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ÓTICA DO STJ

Além daqueles casos previstos na lei, há discussão sobre a possibilidade de aplicação da técnica de ampliação do julgamento colegiado para outros recursos, como

⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 454

⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 79: “Logo, no julgamento do agravo de instrumento, não se aplica a técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC: (a) se o julgamento for unânime; (b) se o agravo não for admitido, ainda que por maioria de votos; (c) se o agravo for admitido e desprovido, ainda que por maioria de votos; (d) se o agravo for admitido e provido para anular a decisão, ainda que por maioria de votos; (e) se o agravo for admitido e provido para reformar uma decisão que não trate do mérito, ainda que por maioria de votos.”

⁵⁵ Destaca-se que não será aplicável tal técnica ao julgamento de ação rescisória de competência do plenário ou do órgão especial; bem como é o único caso de alteração da competência para prosseguimento do julgamento pelo “órgão de maior composição previsto no regimento interno”, conforme art. 942, §3º, I, do CPC.

⁵⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 80: “Da mesma forma que ocorre com o julgamento não unânime do agravo de instrumento, o art. 942 do CPC tem aplicação mais restrita no âmbito da ação rescisória: somente incide, quando acolhido o pedido de rescisão da decisão rescindenda”.

⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes**. Revista de Processo, ano 43, vol. 282, ago/2018. p. 5

⁵⁸ Ibid. p. 9: “Vistos os casos em que se aplicam as técnicas de ampliação do colegiado (e agora se pode, legitimamente, falar em técnicas, no plural, pois como se viu são duas: uma a ser empregada em sede de apelação e agravo de instrumento, com mero prosseguimento de um julgamento já iniciado; outra, em sede de ação rescisória, em que a ampliação do colegiado é verdadeira remessa necessária), impõe-se agora ver os casos em que o art. 942 não incide, não se ampliando o colegiado”.

recurso ordinário constitucional, agravo interno e os embargos de declaração. Conforme já estabelecido, o objeto do presente trabalho é o estudo da aplicação de tal técnica ao julgamento de embargos de declaração na jurisprudência do STJ59.

O STJ reconheceu a possibilidade de aplicação do art. 942 do CPC ao julgamento de embargos de declaração nos REsp 1786158 e REsp 1841584. É importante destacar que tais julgados tratam da oposição de embargos de declaração em relação à decisão do recurso de apelação e a decisão do recurso de agravo de instrumento, ou seja, não é qualquer decisão de embargos de declaração que gerará a aplicação da técnica de ampliação do colegiado: é necessário que tenha sido oposto contra uma decisão de apelação ou de agravo de instrumento tomada em julgamento colegiado por um órgão fracionário de tribunal.

O STJ no REsp 178615860 julgou hipótese em que se discutia a possibilidade de aplicação da técnica de julgamento ampliado em julgamento de embargos de declaração decididos por maioria opostos em face de decisão unânime de apelação. Nesta hipótese, a aplicação da técnica era devida, pois os aclaratórios foram julgados de forma não unânime e só por isso já basta a para aplicação da técnica na sistemática da apelação.

O STJ no REsp 184158461 julgou hipótese em que se discutia a possibilidade de aplicação da técnica de julgamento ampliado em julgamento de embargos de declaração por maioria opostos em face de decisão não unânime em agravo de instrumento. Nesta hipótese, a aplicação da técnica não era devida, pois os aclaratórios foram rejeitados e o voto vencido não era apto a modificar o julgamento do agravo de instrumento em seu mérito e por consequência alterar a decisão do juiz de primeira instância. Neste caso, foi negada a aplicação.

Embora as decisões sejam em sentidos diferentes (em razão de especificidades de cada recurso), o STJ adotou uma fundamentação única baseada em característica do próprio recurso de embargos de declaração: o efeito integrativo. O efeito integrativo dos embargos de declaração é aspecto essencial no entendimento de que o julgamento destes configura uma extensão do julgamento do primeiro recurso. Seu objetivo, caso acolhido, é

59 No sentido da possibilidade de aplicação ao recurso ordinário constitucional e ao agravo interno: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ampliação do colegiado em julgamentos não unânicos**. Revista de Processo, ano 43, vol. 282, ago/2018. p. 8. Em contraposição: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 299

60 STJ. REsp 1786158/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 01/09/2020

61 STJ. REsp 1841584/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019

a complementação da decisão embargada para esclarecer obscuridade, contradição, omissão ou erro material, configurando-se como julgamento uno.

Em razão da compreensão de julgamento uno, a decisão dos embargos de declaração seguirá a mesma sistemática aplicável ao julgamento do recurso “principal”. Caso seja um recurso de apelação, será aplicável a técnica do julgamento ampliado caso os embargos tenham decisão não unânime, independentemente do resultado final em relação a decisão do juiz de primeira instância, conforme art. 942, caput, do CPC. De outra forma, caso seja um recurso de agravo de instrumento, somente será aplicável a técnica do julgamento ampliado caso os embargos tenham decisão não unânime em que o resultado por maioria seja no sentido de reforma da decisão do juiz de primeira instância que julga parcialmente o mérito, conforme art. 942, §3º, II, do CPC.

CONCLUSÃO

O exame da jurisprudência do STJ identifica a possibilidade de aplicação da técnica de julgamento ampliado do art. 942 do CPC fora dos aspectos literais do dispositivo. Assim, em razão do caráter integrativo dos embargos de declaração, é possível a aplicação de tal técnica no caso de julgamento de embargos de declaração não unânimes em face de decisões de apelações ou de agravo de instrumento (em face de decisão que julgue parcialmente o mérito). Além disso, no último caso, é necessário, ainda, que o provimento dos embargos de declaração por maioria estabeleça a alteração (reforma) da decisão judicial de primeira instância.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes**. Revista de Processo, ano 43, vol. 282, ago/2018

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. – 13º ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 10 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

Exposição de motivos da CPC/2015. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

RAÍSA BAKKER DE MOURA: Pós-graduanda em Direitos Humanos pela PUC/PR. Especialização em Direito Constitucional e Diversidade. Membro do IBCCRIM. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RJ (2015-2018).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo trabalhar o fenômeno da Justiça de Transição em seu viés de diretriz para uma política efetiva de Direitos Humanos, que se encontra em constante aplicação, mesmo após o fim do período de democratização, após regimes autoritários. A análise perpassa pela formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pelo paralelo entre casos ocorridos em tempos ditatoriais e em tempos de democracia e políticas de segurança pública que reproduzem métodos militarizados.

Palavras-chave: direitos humanos; direito internacional; Corte Interamericana;

Abstract: This article aims at explain the Transitional Justice phenomenon in its guideline towards an effective Human Rights policy, which is in constant application, even after the end of the democratization period, after authoritarian regimes. The analysis involves the formation of the Inter-American System of Human Rights, by the parallel between cases occurred in dictatorial times and in times of democracy and public security policies reproduced through militarized methods.

Sumário: 1. Justiça de Transição e os Princípios de Chicago. 2. Conhecendo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: A Carta da OEA, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Pacto de São José. 3. Possibilidades de Justiça de Transição na Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4. Comissão Nacional da Verdade e Instituições de Transição: (re)democratização e ampliação de interlocutores. 5. Entre o Passado e o Presente: semelhanças entre os Casos Herzog e Favela Nova Brasília e outros. 6. Criminalização primária e secundária à luz da militarização. 8. Conclusão.

Introdução

O Brasil, tal qual diversos outros países da América Latina, vivenciou anos de autoritarismo e barbárie, sob o pretexto de salvação da pátria e do fortalecimento das instituições nacionais.

Tal justificativa nesse giro histórico perpetrou os chamados “anos de chumbo”, tempos em que a lei e a ordem prevaleciam sobre qualquer direito individual e fundamental, não obstante as declarações internacionais de direitos humanos, após a segunda guerra mundial.

O resultado desse cenário consagrou o enfraquecimento de garantas individuais e coletivas, a vedação ao pluralismo de pensamento e a construção da ditadura dos silenciados em diversos países do Cone Sul ⁶²

A perseguição política, a tortura e a censura às liberdades individuais foram integralmente incorporadas a esses governos autoritários que se estabeleceram pelo uso da força. Dessa forma, os clamores por justiça social que ganhavam espaço no continente foram brutalmente abafados nessa nova conjuntura. Ainda hoje, as desigualdades sociais, o atraso econômico e a corrupção política integram a realidade de muitos desses países que sofreram com a ditadura⁶³.

Do início da transição para a democracia, foram criados e fortalecidos mecanismos de restauração das liberdades públicas, consubstanciados pela doutrina como Justiça de Transição ou Justiça Transicional, que lançaria luzes ao fortalecimento dos pilares democráticos em períodos posteriores às grandes guerras, à reprodução de dispositivos consagrados em cartas internacionais de Direitos Humanos em leis internas brasileiras⁶⁴ e a remodelação das perspectivas sociais.

Contudo, ainda depois do marco transicional rumo ao Estado Democrático de Direito, práticas autoritárias ainda não foram, de fato, afastadas do cotidiano do Cone Sul, em especial, nas periferias localizadas em grandes centros urbanos brasileiros. Fatos como a intervenção federal, a ampliação da competência da Justiça Militar para apreciação de crimes comuns e a utilização de corpo militarizado em matéria de segurança pública, evidenciam que a mentalidade autoritária é demanda que ainda serve de referência à garantia da paz social.

O presente artigo visa expor, brevemente, sobre a denominada Justiça de Transição, não como uma medida já esgotada no início do período pós-ditatorial brasileiro, mas, especificamente, como um fenômeno que, para muito além de se originar nas políticas de (re)construção, tendo como marco a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, alcança o patamar de postulado de fortalecimento da democracia até os presentes dias, prosseguindo nos fenômenos sociais e nas instituições dos poderes constituídos, em um período considerado como pós-ditatorial, mas que, ainda, carrega práticas que se coadunam com tempos não democráticos, nos quais . A Justiça de Transição é, assim, um instrumento de fortalecimento da Jurisdição Internacional de Direitos Humanos.

⁶³ SOUSA, Rainer Gonçalves. "Ditaduras latino-americanas"; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/militar.htm>>. Acesso em 16 de agosto de 2018

⁶⁴ A referência aqui destacada é a respeito dos diversos dispositivos constitucionais que reproduziram dispositivos do Pacto de São Jose da Costa Rica, internalizado pelo decreto nº 678/92.

1. Justiça de Transição e os Princípios de Chicago

Justiça de transição se descortina no próprio processo de realização de justiça, restauração e manutenção da paz em determinado território onde tenham ocorrido graves violações de direitos humanos. Pode ser denominada, também, de justiça pós-conflito, representando a mudança de um contexto nacional de conflito armado ou de presença de regimes autoritários para um governo democrático calcado na existência de um Estado de Direito.

Conforme definição do Professor Carlos Eduardo Japiassu, pode ser dividida em três fases:

1ª fase: Tem como marco inicial o Pós Segunda Guerra Mundial, sendo caracterizada por um forte internacionalismo e cooperação entre os Estados. Tem como legado a criminalização de condutas violadoras de direitos humanos. Teve como símbolo os julgamentos de Nuremberg, desenvolvendo-se a partir de 1945, além de consolidar os três pilares: cooperação entre Estados, aplicação da justiça internacional e o desenvolvimento do conceito de reconstrução nacional.

2ª fase: Associa-se à onda de democratização que tomou forma no período pós Guerra Fria, com o colapso da União Soviética. Na América Latina, foi a queda dos regimes militares estabelecidos, em grande parte na década de 70, que possibilitou essa fase de democratização e reconstrução nacional. Em oposição ao internacionalismo notado na primeira fase, esse momento caracterizou-se pela democratização, modernização reconstrução nacional, considerando-se uma diversidade de condições locais e a variação política de cada nação.

3ª fase: Localiza-se cronologicamente no fim do século XX, estando associada ao fenômeno da globalização, que vem acompanhado da instabilidade política, fragmentação e conflitos perenes. Relaciona-se ao comprometimento com a persecução dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos, por meio da expansão do rol desses direitos e a constituição de um novo paradigma de Estado de Direito. Ocorre nessa fase a criação do Tribunal da Antiga Iugoslávia, Tribunal de Ruanda, de Serra Leoa e também a criação do TPI, a partir da ratificação do Estatuto de Roma.

Nesse contexto, M. Cherif Bassiouni concebeu os Princípios de Chicago, os quais buscam determinar quais as estratégias e políticas mais eficazes para lidar com necessidades especificadas em cada local, considerando seus aspectos sociais, políticos,

culturais e econômicos. São princípios ordinariamente reconhecidos pelo direito penal internacional:

1º Estados devem promover a persecução de autores de graves violações aos direitos humanos;

2º Estados devem respeitar o direito à verdade e fomentar a investigação formal por violações ocorridas;

3º Necessidade de se conferir um status especial às vítimas, assegurando-se o acesso à justiça e promovendo as devidas reparações. Englobam reparações em pecúnia, restituição ao status quo, garantias de não repetição de violações, assistência psicológica, pedidos de desculpas etc.

4º Implementação de políticas de veto (*vetting policies*), sanções e medidas administrativas destinadas à punição dos culpados. Consiste na proibição daqueles que participaram do governo anterior, realizando abusos, de fazer parte das estruturas de segurança, de lideranças políticas etc.

5º Programas oficiais e iniciativas populares que promovam a preservação da memória, transmitindo à sociedade o histórico dos abusos sofridos;

6º Devem os Estados apoiar e respeitar as abordagens tradicionais, indígenas e religiosas que se manifestem em relação às violações cometidas, geralmente ignoradas nesse processo de transição;

7º Estados devem promover reformas institucionais de apoio ao Estado de Direito, restaurando a confiança pública, e um sistema de proteção de direitos fundamentais.

O tema ganhou especial importância no âmbito de pesquisas na área de Direitos Humanos e Reparação Histórica, havendo a presença, em julgados da Corte Interamericana, de instituições e organizações⁶⁵ na qualidade de *Amicus Curiae*⁶⁶.

2. Conhecendo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: A Carta de da OEA, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Pacto de São José

Durante a 9ª Conferência Interamericana realizada em Bogotá, entre 30 de março a 2 de maio de 1948, foram aprovadas a carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Cabe enfatizar que a Declaração Americana é anterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Saliente-se que esta reconheceu a universalidade dos direitos humanos, ao expressar que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão ou nacional de um Estado, mas, sim, de sua condição humana (preâmbulo da declaração).

Após a adoção da Carta da OEA e da Declaração Americana, iniciou-se um lento desenvolvimento da proteção interamericana de direitos humanos. O primeiro passo foi a criação de um órgão especializado na promoção dos direitos humanos no âmbito da OEA. Assim, em Santiago, no Chile (1959), foi aprovada a moção pela criação de tal órgão que veio ser a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Protocolo de Buenos Aires

⁶⁵ Amici curiae.- O Tribunal recebeu cinco escritos de amici curiae, apresentados: 1) pelo Grupo de Pesquisa Direito à Verdade e à Memória e Justiça de Transição, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS),⁹ sobre o direito à verdade e sobre os retrocessos no processo de justiça de transição do Brasil; 2) de forma conjunta, pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e pelo Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos do Amazonas,¹⁰ sobre a inconveniência das leis de anistia promulgadas durante os períodos de transição das ditaduras latinoamericanas, em prol da obtenção da verdade e da justiça em casos de graves e sistemáticas violações de direitos humanos; 3) pelo Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos (NESIDH) da Universidade Federal do Paraná (UFPR),¹¹ sobre o direito à verdade; 4) pela organização Artigo 19,¹² sobre as graves violações do direito à liberdade de expressão a partir de sua dimensão coletiva; 5) pela Comissão Nacional dos Direitos Humanos do México,¹³ sobre as normas de proteção a jornalistas, com especial ênfase no efeito amedrontador (também chamado chilling effect), que pode ter origem em agressões e ataques contra jornalistas. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf> Acesso em 16 de Agosto de 2018.

⁶⁶ *Amicus Curiae no novo CPC Código permite ao "amigo da corte" recorrer de decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.* O *amicus curiae*, expressão latina que significa "amigo da corte" ou "amigo do tribunal", é a pessoa ou entidade estranha à causa, que vem auxiliar o tribunal, provocada ou voluntariamente, oferecendo esclarecimentos sobre questões essenciais ao processo. Deve demonstrar interesse na causa, em virtude da relevância da matéria e de sua representatividade quanto à questão discutida, requerendo ao tribunal permissão para ingressar no feito. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/amicus-curiae-novo-cpc-06032015>> Acesso em 16 de Agosto de 2018.

(1967 e que entrou em vigor em 1970) consagrou a Comissão como órgão principal da própria OEA.

Atualmente, a OEA possui dois órgãos, a Comissão Interamericana e o Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral, voltado à promoção dos direitos humanos. Incumbe à Comissão Interamericana a responsabilização dos Estados por descumprimento dos direitos civis e políticos expressos Carta e na Declaração Americana. Já o Conselho Interamericano do Desenvolvimento integral deve zelar pela observância dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O próximo salto no desenvolvimento foi a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos em São José, Costa Rica, 1969. A dita Convenção só entrou em vigor em 1978. Com isso a Comissão passou a ter um papel dúplice, ao continuar encarregada de zelar pelos direitos humanos, incumbido até do processamento de petições individuais retratando violações de direitos humanos protegidos pela carta da OEA. Em segundo lugar, a CADH passou a ser órgão Convenção Americana de Direitos Humanos, analisando petições individuais e interpondo ação de responsabilidade internacional contra um Estado perante a corte.

Muito se indaga sobre o que acontece caso um estado não ratifique a Convenção, ou, mesmo que tenha ratificado, não tenha reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte? A Comissão insere suas conclusões sobre a petição individual no seu informe anual, que será apreciado pela Assembleia Geral da OEA. É o caso dos EUA, por exemplo.

Sintetizada as principais premissas para se compreender a formação do Sistema Interamericano, é importante citar os diversos instrumentos internacionais de proteção e devidamente ratificados pelo Brasil:

- a) Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) (ratificada Pelo Brasil em 1996); Tal protocolo adicional veio ao encontro da necessidade de aferir cumprimento dos direitos sociais em sentido amplo pelo Estado.
- b) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir o Crime de Tortura (ratificada pelo Brasil em 1989);
- c) Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativos à Abolição da pena de Morte (ratificada Pelo Brasil em 1996);
- d) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (adotada em Belém do Pará/BR e ratificada pelo Brasil em 1995); fundamental para a edição da Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006).

e) Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (ratificada em 11/05/2016)

3. Possibilidades de Justiça de Transição na Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ao reconhecer a competência contenciosa da Corte Interamericana, o Estado pactuante passa a se submeter aos ditames de sua jurisdição. A primeira sentença de mérito, oriunda de um caso contencioso julgado por esta instituição autônoma do SIDH, ocorreu em 1988 (caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras). É importante destacar que até então a competência se restringia ao viés consultivo (com a emissão de opiniões consultivas).

No bojo de sua Jurisprudência, foram desenvolvidos diversos standards que perpassam pela necessidade de investigar e punir violações de direitos humanos, incluindo-se, nesse bojo, matérias atinentes às leis de autoanistia, que são responsáveis pelo enfraquecimento de medidas de responsabilização por práticas de tortura, execuções sumárias, prisões arbitrárias e desaparecimento forçado⁶⁷.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seus relatórios⁶⁸, construiu uma doutrina fortemente crítica às chamadas “Leis de Anistia”, sendo recomendação impositiva para assegurar os direitos à reparação, à memória e à verdade:

Recomendações. – Por conseguinte, a Comissão recomendou ao Estado:

- a. determinar, por meio da jurisdição de direito comum, a responsabilidade criminal pela detenção arbitrária, a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos, em conformidade com o devido processo legal, a fim de identificar e punir penalmente os responsáveis por essas violações, e publicar os resultados dessa investigação. Para o cumprimento dessa recomendação, o Estado deverá considerar que os crimes de lesa-humanidade são inaniestáveis e imprescritíveis;
- b. adotar todas as medidas necessárias para garantir que a Lei N° 6.683/79 (Lei de Anistia) e outras disposições do direito penal, como a prescrição, a coisa julgada e os princípios de irretroatividade e de non bis in idem não

⁶⁷ PAIVA. Caio. Imprescritibilidade de crimes que implicam em grave violação de direitos humanos: comentário de questão do concurso da DPU. Disponível em <<https://temasdedireitoshumanos.com/>> Acesso em 13 de Agosto de 2018.

⁶⁸ Relatório emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso Vladimir Herzog. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em 16 de Agosto de 2018.

continuem representando um obstáculo para a ação penal contra graves violações de direitos humanos; (...)

O período pós-ditatorial no cone sul das Américas contou com o aparecimento de diversas iniciativas de preservação das memórias dos tempos de autoritarismo, porém, ao mesmo tempo, contou com expressivas omissões dos poderes constituídos quando o assunto é a abertura de arquivos e a retificação de registros históricos de violações de direitos humanos.

Alguns desses expressivos casos foram objeto de apreciação pela Corte Interamericana, demonstrando que o esgotamento de vias internas não se traduz em efetivação do que se entende por direito à reparação, à memória e à verdade. Assim ocorreu no caso *Gomes Lund vs Brasil*, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶⁹ (Corte IDH) condenou o Estado brasileiro pelas violações de direitos humanos contra integrantes da Guerrilha do Araguaia durante o regime militar. Em 2010, a Corte IDH determinou o pagamento de indenização por danos materiais e morais às vítimas ou a seus herdeiros no prazo de um ano.

Naquele mesmo ano, em julgamento realizado na data de 29 de abril de 2010, o plenário do STF julgou improcedente o pedido formulado na ADPF nº 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB em face da Lei Federal nº 6.683/79 – Lei de Anistia, que pugnava pela declaração de interpretação conforme à Constituição do artigo 1º, §1º, da referida lei, no sentido de excluir a aplicação

⁶⁹ A demanda se refere à alegada “responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)”. A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, “em virtude da Lei nº 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada”. A Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 16 de Agosto de 2018.

da anistia aos crimes comuns praticados por agentes do Estado contra opositores políticos durante o regime autoritário.

O Supremo, por maioria de sete votos a dois, ao julgar improcedente o pedido articulado na ADPF 153⁷⁰, entendeu que a Lei de Anistia foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 – CF/88, com fundamento na interpretação histórica e no caráter de lei-medida, não cabendo ao Poder Judiciário reescrever a história:

Em seu voto, O Relator da referida ADPF, Ministro Eros Grau, defendeu a abrangência da Lei de Anistia nos termos em que foi concebida, no momento político de transição do regime para o democrático em que foi promulgada. Ou seja: anistia ampla, geral e irrestrita, conforme preconizada pelos muitos movimentos que lutaram pela anistia, envolvendo a própria OAB, entre muitas organizações políticas, sociais, religiosas, de trabalhadores, etc.

O fato é que tais divergências entre a Corte Interamericana e a jurisprudência do STF trouxeram à baila o questionamento sobre as possibilidades de inobservância por parte de um tribunal interno quando diante de um caso paradigmático apreciado por um tribunal internacional, ao qual, em tese, estaria submetido, caso considerado o fato de ser o tribunal interno (STF) parte da República Federativa do Brasil⁷¹, na qualidade de Poder autônomo do referido Estado pactuante (na qualidade de pessoa jurídica de direito público internacional).

Sem a pretensão de adentrar sobre questões hierárquicas ou que versam sobre a existência ou não de instâncias entre o âmbito interno e um tribunal internacional⁷², o fato

⁷⁰ O ministro Eros Grau, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, votou pela manutenção da Lei da Anistia como está escrita atualmente. A ação foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contra partes da Lei 6.683/79, que garantiu anistia a autores de crimes políticos (ou conexos) e eleitorais de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125399>>. Acesso em 16 de Agosto de 2018.

⁷¹ Há de se compreender que a União não se confunde com a República Federativa do Brasil (Estado Federal), uma vez que a integra. Nessa linha de raciocínio, a República Federativa é o todo, o Estado Federal brasileiro, pessoa jurídica de direito público internacional, integrada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/102536/existe-diferenca-entre-uniao-e-republica-federativa-do-brasil-ariane-fucci-wady>>. Acesso em 16 de Agosto de 2018.

⁷² A Comissão é competente para declarar admissível uma petição e dispor sobre seu fundamento quando esta se refere a uma sentença judicial nacional que foi proferida à margem do devido processo, ou que aparentemente viola outro direito garantido pela Convenção. Se, em contrapartida, se limita a afirmar que a decisão foi equivocada ou injusta em si mesma, a petição deve ser rechaçada conforme a fórmula acima exposta. A função da Comissão consiste em garantir a observância das obrigações assumidas pelos Estados partes da Convenção, mas que não pode fazer-se de um tribunal de alçada para examinar supostos erros de

que se quer destacar é: a cada caso apreciado, em termos de proteção da memória e da reparação por graves violações, os mecanismos da chamada Justiça de Transição se perpetuam através dos tempos, nas políticas internas e nos instrumentos de efetivação do Estado Democrático de Direito, seja em relação a um fato originado ou não de atos cometidos em épocas ditatoriais, como se passará a expor.

4. Comissão Nacional da Verdade e Instituições de Transição: (re)democratização e ampliação de interlocutores

Tal qual a Democracia, o Direitos, as leis e os fatos sociais, a Justiça de Transição pode ser (re)lida como um fenômeno constante em termos de efetivação de medidas contra o autoritarismo e a não efetividade de direitos humanos e fundamentais.

A criação de órgãos para a proteção de grupos vulneráveis e historicamente reprimidos, a exemplo da previsão constitucional da Defensoria Pública, como no caso brasileiro (art. 134 da Constituição da República de 1988), pode ser defendida como a apresentação de uma medida (ou política) transicional, diante do papel institucional que lhe foi conferido pelo Poder Constituinte Originário.

No próprio relatório final publicado pela Comissão Nacional da Verdade⁷³, em 2014, foram divulgadas 29 recomendações, entre as quais destaca-se o fortalecimento das Defensorias Públicas, medida que caminha de braços dados com a prevenção da prática de tortura e de prisões ilegais, pautas que são cotidianamente desempenhadas pelos Defensores e Defensoras.

A ampliação de vozes e dos denominados “amplificadores institucionais”⁷⁴ evidenciou uma gama de atores sociais que vêm construindo e contribuindo com a elaboração de pautas políticas que atingem o cerne de posturas autoritárias, mas que ainda coabitam e influenciam as instituições democráticas.

direito ou de fato que possam ter cometido os tribunais nacionais que tenham atuado dentro dos limites de sua competência.” Com este parágrafo, a Comissão estabeleceu uma doutrina semelhante aos sistema europeu, com o fim de determinar as condições sob as quais analisa as sentenças dos tribunais locais, conhecida como a fórmula da quarta instância”. Quais os requisitos necessários para apresentar uma denúncia. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/oea/cejil1/07_requisitos.htm>. Acesso em 16 de Agosto de 2018.

⁷³ Disponível em <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=21467>> Acesso em 14 de Agosto de 2018.

⁷⁴ Expressão cunhada pela autora para se referir às instituições do sistema de justiça e organizações da sociedade civil, que formam um rol não taxativo de interlocutores na (des)construção de saberes e viveres.

Nesse cenário, a doutrina de Peter Häberle⁷⁵ alavancou a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, tendo em vista a própria essência de uma sociedade pluralista e a experiência vivenciada pelos atores sociais na aplicação do direito à luz de sua contínua constitucionalização (em especial no caso brasileiro, após outubro de 1988). Segundo o professor HÄBERLE:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação Constitucional tem sido até agora conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade⁷⁶

As plurais formas de organização, seja através de associações, organizações, manifestações em espaços públicos, seminários e projetos sociais, seja através de intervenções pré ou pós judiciais (*amicus curiae* e *custus vulnerabilis*), em um sentido ampliado do que se considera “acesso à justiça”, na representação ou apresentação de interesses antagônicos, contribuiu para a conclusão de uma Justiça de Transição horizontalizada, a qual não se enquadra à forma de uma política eminentemente governamental ou internacional, mas, sim, através de estados de diálogos interinstitucionais, nos quais são evidenciadas vivências e intersecções de grupos que manifestam suas mensagens, e principalmente, suas contribuições para o alcance de uma plena democracia.

5. Entre o Passado e o Presente: semelhanças entre os Casos Herzog e Favela Nova Brasília e outros

⁷⁵ Influência do “Pensamento Jurídico do Possível” nas decisões do Supremo Tribunal Federal contribuindo para a formação do Direito Constitucional Brasileiro. José Guilherme Barcellos de Garcia Hudson. Disponível em < http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/jose_hudson_20171.pdf>. Acesso em 16 de Agosto de 2018.

⁷⁶ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

No bojo da considerada – ainda – Justiça (ou Política) de Transição rumo à plena democracia e à efetividade de direitos ainda renegados a grupos estigmatizados, a jurisprudência de Corte Interamericana prossegue com o seu importante papel de relatar o quanto ainda se é preciso caminhar para o fim de tempos autoritários e compostos por ações longe de serem condizentes com uma política efetiva de direitos humanos e fundamentais.

Um marco a respeito de fatos perpetrados em períodos supostamente democráticos, é o caso Favela Nova Brasília (julgado em 2017), considerado o primeiro a versar sobre impunidade em casos de violência policial, incluindo-se, nesse bojo, os chamados “autos de resistência”.⁷⁷

As chacinas foram perpetradas nos anos de 1994 e 1995 na comunidade Nova Brasília, no Complexo do Alemão, Rio de Janeiro (RJ), durante operações policiais. A União foi condenada ao pagamento de indenização a cerca de 80 pessoas. Em cada chacina, foram mortos 13 jovens. Também há denúncia de tortura e estupros.

O caso contou com o *Amicus Curiae* da Defensoria Pública da União (DPU). Em manifestação dirigida à Corte Interamericana, na qual denunciou a violação estatal a direitos individuais que foi agravada com a inexistência de uma investigação séria e imparcial desses fatos e perpetuou-se, internamente, com o transcurso de anos a fio sem que qualquer providência efetiva fosse adotada no sentido de dar a conhecer a verdade dos fatos às vítimas, a seus familiares e à sociedade em geral⁷⁸:

“É possível afirmar, assim, que a impunidade observada no caso concreto é decorrente de uma inação multifatorial, para a qual concorreram a Polícia, o Ministério Público e a própria Magistratura nacionais. [...] Observa-se, pois, que os órgãos vinculados à Administração da Justiça no Brasil não velaram pelo cumprimento dos dispositivos da Convenção Americana e demais tratados internacionais aplicáveis ao caso em apreço, com a incorporação dos padrões internacionais sobre o controle de violência policial e investigação em casos de morte violenta”.

77

⁷⁸ Disponível em < <http://www.dpu.def.br/legislacao/portarias/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/33752-dpu-pede-inclusao-como-amicus-curiae-em-caso-sobre-o-brasil-na-corte-idh> > Acesso em 14 de Agosto de 2018.

O caso Favela Nova Brasília⁷⁹ (também denominado de Cosme Rosa Genoveva e outros) não se encontra tão distante de outro recentemente apreciado pela Corte IDH, que igualmente envolveu de crime de tortura e ações autoritárias por agentes do Estado, porém, oriundo de fatos ocorridos na época da então instalada Ditadura Militar (1975): Caso Vladimir Herzog (sentença em 2018).

Entre as semelhanças em condutas e omissões e as diferenças entre os personagens vitimados, o fato é que em ambos os casos o simbolismo do poder estatal perante os mais vulneráveis é lugar comum. O fato que originou a condenação do Estado Brasileiro no caso Herzog tem origem na alteração manejada pelo II Comando do Exército, ao divulgar que o jornalista havia cometido suicídio.

O inquérito foi considerado fraudulento pela Corte IDH⁸⁰, que ainda se pronunciou sobre o caso como um crime contra a humanidade. A falta de investigação, bem como a ausência de julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir, cometidos em um contexto de violações contínuas contra civis, o Brasil desrespeitou os standards de proteção judicial e garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O período das ocorrências e o momento da prolação da decisão pela Corte IDH evidenciam que a Justiça de Transição, muito mais do que o marco da redemocratização, é uma política constante e que permanece entrelaçada às sucessivas litigâncias em matéria de direitos humanos. Entre as semelhanças de Herzog com as vítimas no Caso Favela Nova

⁷⁹ Em 18 de outubro de 1994, pela manhã, uma incursão policial foi realizada na Favela Nova Brasília por um grupo de 40 a 80 policiais civis e militares⁸⁸ de várias delegacias da cidade do Rio de Janeiro.⁸⁹ Somente 28 policiais foram identificados na investigação.⁹⁰ 114. Durante a operação, os policiais invadiram pelo menos cinco casas e começaram a: i) disparar contra os ocupantes e levar os corpos, cobertos por cobertores, à praça principal da comunidade; ou ii) deter ocupantes para levá-los e posteriormente privá-los da vida e depositar seus corpos na praça da comunidade.⁹¹ 115. Em duas das casas invadidas, os policiais interrogaram e cometeram atos de violência sexual contra três jovens, duas das quais eram meninas de 15 e 16 anos de idade. Sentença Corte Interamericana. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/SENTENCIA_FAVELA_NOVA_PORTUGUESfinal.pdf>. Acesso em 16 de Agosto 2018.

⁸⁰ A Comissão Interamericana reconheceu que, após a transição para a democracia, o Estado brasileiro adotou ações que contribuíram para o esclarecimento da verdade histórica da detenção ilegal, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog. Não obstante, a “verdade histórica” constante dos relatórios produzidos pelas comissões da verdade não preenche ou substitui a obrigação do Estado de assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais ou estatais, por meio dos processos pertinentes, motivo pelo qual é obrigação do Estado iniciar e impulsionar investigações penais para determinar as respectivas responsabilidades, em conformidade com os artigos 1.1, 8 e 25 da Convenção. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em 16 de Agosto de 2018.

Brasília, demonstra-se que o famigerado Estado de Exceção ainda é uma “não exceção”, principalmente nas zonas periféricas onde é patente a ausência de Estado.

6. Criminalização primária e secundária à luz da militarização

O Processo chamado de criminalização primária dá-se com a criação de uma norma penal que qualifica um ato como criminoso, no âmbito das manifestações de política criminal (legislativa), enquanto a criminalização secundária ocorre quando os agentes de controle social (polícia ostensiva, por exemplo) enquadram um ato praticado por um sujeito nas condições da criminalização primária.

A coexistência do Regime Democrático e de instituições militarizada no trabalho ostensivo de segurança pública de civis é um contraste que permeia debates no seio da efetividade da transição democrática. Em termos de criminalização secundária, a seleção dos sujeitos ditos como “perigosos” será realizada por aqueles mesmos agentes militares, o que se agrava em tempos de intervenção federal na segurança pública, a exemplo do Rio de Janeiro.

As medidas de intervenção efetivadas em 2018 reforçaram preocupações com as estratégias a serem utilizadas nos espaços da cidade, em especial, em zonas periféricas e distantes das lentes fiscalizadoras do Poder Público e da mídia hegemônica.

O cenário propício para violações demandou posturas de diversos órgãos e instituições, tais como a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro⁸¹, Anistia Internacional e Defensoria Pública da União, através da propagação de informações aos cidadãos que se encontram em possíveis zonas de confronto.

O Sistema Interamericano já se pronunciou ⁸²sobre a excepcionalidade da atuação militar em relação a civis, em tempos de paz, o que se coaduna com o caráter transicional para o que se conhece como plena democracia. O combate à criminalidade é a justificação primária para se conceber medidas igualmente autoritárias, como no caso da decretação da intervenção, porém, tal justificativa deve trabalhar, igualmente, com pensamento crítico

⁸¹ Fim da intervenção federal e da Lei 13.491 em análise na CIDH. Disponível em < <http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/5892-Fim-da-intervencao-federal-e-da-Lei-13-491-em-analise-na-CIDH>> Acesso em 16 de Agosto de 2018.

⁸² A intervenção federal e militar na segurança pública do Rio de Janeiro será acompanhada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão ligado à Organização dos Estados Americanos (OEA). Em reunião na última quinta-feira (1º), com a presença da Defensoria Pública do Estado, a comissionada e relatora para o Brasil Antonia Urrejola afirmou que a questão é considerada como prioritária na CIDH, que pretende vir pessoalmente ao Brasil e pediu que a DPRJ mantenha o órgão informado sobre a atuação das Forças Armadas. Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/5634-Intervencao-militar-no-Rio-e-tema-prioritario-para-a-CIDH>. Acesso em 16 de Agosto de 2018.

sobre a forma de se fazer segurança pública, à luz de uma política que prestigia o cidadão, a democracia e as liberdades fundamentais, em detrimento da reprodução de violências, sejam ou não sejam institucionais.

7. Conclusão

A Justiça de Transição foi concebida como a realização da efetiva justiça, manutenção da paz e restauração de determinados Estados que contaram com períodos de violações graves aos Direitos Humanos, tais como as ditaduras Latino-americanas. A princípio, teve seu ponto de partida o Direito Penal Internacional e a efetivação da responsabilização dos Estados no contexto de políticas transicionais. O presente artigo buscou, para além do papel de Justiça Pós-conflito, delinear um papel presente e cada vez mais necessário à Justiça de Transição, evidenciado pelo declínio da mentalidade democrática e do respeito a grupos historicamente vulneráveis e estigmatizados. A Corte Interamericana, em seu papel pioneiro na jurisdição contenciosa, vem liderando uma série de marcos e standards originados justamente do não cumprimento dos deveres estatais para com os direitos humanos, em períodos de aparente normalidade democrática, tal qual o caso Favela Nova Brasília, que se deu nos anos 90 e sentenciado pela Corte IDH em 2017, sendo reconhecidas, em sentença, diversas formas de violência destoantes do plano previsto pelas cartas internacionais de Direitos Humanos (no âmbito externo), e pelo Poder Constituinte Originário (plano interno brasileiro). O Estado de Exceção ainda continuará sendo regra para muitos. Nesse bojo, defende-se, aqui, o prosseguimento da Justiça de Transição à luz do diálogo das cortes e em observância aos parâmetros fixados pelos Tribunais de Direitos Humanos, refletindo-se diretamente na atuação dos agentes públicos e na efetivação do plano constitucional de 1988.

Bibliografia:

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2. ed. Curitiba: ICPC Lúmen Júris, 2006.

Justiça de Transição: das anistias às comissões da verdade/ Organizadores: Ana Lúcia Sabadell, Jan-Michael Simon e Dimitri Dimoulis. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

O CONTEÚDO JURÍDICO-FILOSÓFICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

MARCELO PEREZ DA CUNHA LIMA:

Procurador Municipal de Passa-Quatro/MG, Professor de Direito Público da FACIC-SP, Especialista em Direito Público pelo IBMEC, Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela EPD e Mestrando em Direito Constitucional pela PUC-SP.

RESUMO: O presente artigo objetiva apontar o conteúdo jurídico e filosófico da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de, a partir de tal premissa teórica, proceder com uma análise da aplicação do referido instituto na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. Parte-se da constatação da torrencial relevância da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, no âmbito internacional, nas obras dos doutrinadores e na jurisprudência. Não obstante, aponta-se que não há consenso sobre os contornos teóricos de tal princípio, resultando em dificuldades na sua aplicabilidade. Desenvolve-se estudo filosófico sobre a origem e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, com ênfase no pensamento clássico e na doutrina de Kant. Trata ainda da ambiguidade inerente ao conteúdo da dignidade da pessoa humana e se aponta uma proposta de delimitação. Após, o artigo se utiliza de tal desenvolvimento teórico para analisar as principais decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange à dignidade humana. Conclui-se que as características que dão forma ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana estão presentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, embasando tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos quanto diversas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: “Dignidade da pessoa humana”; “Aplicabilidade”; “Corte Interamericana de Direitos Humanos”

ABSTRACT: This article aims to point out the legal and philosophical content of the dignity of the human person, with the purpose of, from such theoretical premise, proceed with an analysis of the application of the aforementioned institute in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. It starts from the observation of the torrential relevance of the dignity of the human person in the national legal system, internationally, in the works of scholars and in jurisprudence. Nevertheless, it is pointed out that there is no consensus on the theoretical contours of such a principle, resulting in difficulties in its applicability. A philosophical study is developed on the origin and development of human dignity, with emphasis on classical thought and on Kant's doctrine. It also deals with the ambiguity inherent to the content of the dignity of the human person and proposes a delimitation.

Afterwards, the article uses this theoretical development to analyze the main decisions of the Inter-American Court of Human Rights regarding human dignity. It is concluded that the characteristics that shape the content of the principle of human dignity are present in the Inter-American System of Human Rights, supporting both the American Convention on Human Rights and several decisions of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: "Human dignity"; "Applicability"; "Inter-American Court of Human Rights"

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O conteúdo da dignidade sob a ótica filosófica. 3. O pensamento kantiano e a noção de dignidade. 4. O elevado grau de abstração da dignidade e uma proposta conceitual. 5. A dignidade à luz da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil aponta o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos, art. 1º, III da CRFB/88; devendo, portanto, ser respeitado e promovido pelo poder público, em suas três esferas de poder, e deve ser respeitado, da mesma forma, pela sociedade como um todo.

A positivação de tal princípio não ocorre tão somente na Constituição Brasileira, mas pode também ser observado na Constituição de outros 149 países, conforme pesquisa do "*Constitute Project*". No âmbito internacional, a dignidade da pessoa humana também é contemplada por inúmeros instrumentos normativos, convenções e tratados internacionais.

Do ponto de vista doutrinário, a dignidade também é enaltecida pelos juristas. José Afonso da Silva, na sua obra "poder constituinte e poder popular" aponta a dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia" (SILVA, 2000, p. 144).

No mesmo sentido, Paulo Bonavides, no livro "dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na CF/88" aponta a dignidade da pessoa humana como a norma das normas dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2001, p. 13).

A ministra do Supremo Carmen Lucia, na sua obra "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social" afirma que a dignidade da pessoa humana é o "coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana" (ROCHA, 1999, p. 32).

Apesar da incontestável relevância da dignidade da pessoa humana para o ordenamento jurídico interno, internacional e para os doutrinadores. O princípio goza de uma maleabilidade quanto à definição de seus contornos.

Acerta da ambiguidade oriunda da polivalência jurídica da dignidade da pessoa humana, discorre Luís Roberto Barroso:

Contudo, em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech* (manifestações de ódio a grupos determinados, em razão de raça, religião, orientação sexual e qualquer outro fator), clonagem, engenharia genética, cirurgia de mudanças de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome e exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa. (BARROSO, 2012, p. 129)

A referida ambiguidade causa diversos prejuízos à aplicabilidade do princípio e causa dificuldades em seu uso nos casos concretos submetidos ao poder judicial. Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivos: (i) analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, estudando sua trajetória jurídica-constitucional, enfatizando o pensamento de Kant; (ii) analisar a ambiguidade do conteúdo da dignidade e estudar uma proposta de definição de conteúdos jurídicos para o princípio; e (iii) utilizar do conteúdo jurídico do princípio para analisar sua aplicação no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, inclusive na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.0 CONTEÚDO DA DIGNIDADE SOB A ÓTICA FILOSÓFICA.

Partindo-se de uma análise descritiva, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não nasceu com os contornos, características e aplicabilidade que se podem avistar no cenário jurídico da contemporaneidade. Os princípios, para as Ciências Jurídicas, constituem uma norma jurídica, juntamente com as regras. E como normas jurídicas, os princípios são dotados do atributo da historicidade, ou seja, os têm seu conteúdo constantemente atualizado com os processos de transformação históricos.

Nesse sentido, é preciso que se estude a genealogia do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual observamos a construção de seus contornos atuais com base no processo de evolução e desenvolvimento histórico das sociedades, e, conseqüentemente, do Direito. Não obstante, é importante que não haja confusão conceitual entre os objetos de estudo da “genealogia” e a “fundamentação da dignidade”,

sendo esta a base teórica que lhe confere a existência e aquela consiste no desenvolvimento conceitual histórico (JOAS, 2012, p. 143).

Quanto à fundamentação da dignidade da pessoa humana, o princípio tem seus fundamentos amparados na própria definição e entendimento acerca do que é o ser humano, no pensamento metafísicos e nas doutrinas religiosas, e também como resultado de um processo histórico de lutas sociopolíticas que culminaram na conquista de um direito com grandes implicações no campo dos direitos sociais.

Tratando agora da questão da genealogia, faz-se importante informar que o princípio da dignidade, no processo histórico, evoca duas noções distintas: “dignidade da pessoa humana” e “dignidade da espécie humana”. Apesar de possuírem divergências estruturais de raciocínio, ambos os conceitos possuem similaridades e entrelaçamento, estando presentes no ordenamento jurídico pátrio e nos tratados internacionais (KATEB, 2011, p. 3).

A noção principiológica de dignidade da espécie humana pode ser resumida no reconhecimento de que o ser humano ocupa uma posição privilegiada entre os seres que habitam o planeta Terra. No decorrer da História, diversas explicações, teorias e pensamento foram utilizadas para justificar a superioridade humana, sendo o critério da racionalidade o argumento mais recorrente.

Ademais, a referida superioridade também encontrou respaldo na tese do “livre-arbítrio”, que, de certo modo, dialoga de forma sincronizada com o pensamento da racionalidade, a qual parte da seguinte lógica. O ser humano é dotado de razão e, por consequência, é um ser racional, possuindo consciência (capacidade de reflexão interna que influencia suas atitudes). A faculdade de pensar ter como resultado a liberdade de escolhas, que é entendida como motivo de superioridade da espécie humana.

É inegável a influência das doutrinas religiosas na construção da dignidade enquanto espécie, principalmente das religiões que adotam a bíblia como texto sagrado. A visão cristã ocidental perpetua o entendimento de que o ser humano é superior às demais espécies porque foi criado à imagem e semelhança do próprio Deus. Diferentemente dos outros seres vivos, os quais, não obstante também entendidos como seres oriundos do Criador, sua criação teve como finalidade servir à espécie humana. Portanto, resta claro que a dignidade enquanto espécie pode ser resumida na afirmação de que o ser humano é superior aos demais seres.

A ideia de dignidade enquanto superioridade da espécie humana também pode ser identificada no pensamento Helenístico, como por exemplo na filosofia sofista de Protágoras, o qual afirmou que: “o homem é a mediada de todas as coisas” (CHAUI, 2012, p. 9). Tal enaltecimento também é verificado no pensamento socrático, o qual desenvolve

o raciocínio do uso crítico da razão na busca pela verdade e no autoconhecimento (VAZ, 2004, p. 19).

Por outro lado, mesmo que de natureza propedêutica, a dignidade da pessoa humana, alcance horizontal, pode ser vislumbrada no pensamento aristotélico. Em sua obra, *Ética à Nicômaco*, Aristóteles desenvolve sua teoria da justiça distributiva e compensatória, a qual, até os dias atuais, é utilizada para delimitar os contornos da igualdade em sentido material. Portanto, o pensamento aristotélico pode ser entendido como embrionário para os conceitos atuais da dignidade (ARISTÓTELES, 2011, p. 65).

Na Roma Antiga, há também a formulação hierárquica da dignidade presente na palavra (instituto) “*dignitas*”, a qual era empregada para designar o prestígio social que determinadas pessoas, grupos e instituições gozavam (SARMENTO, 2020, p. 39). Logo, as pessoas que recebiam tal alcunha deveriam ter um tratamento social especial, resultando em uma certa superioridade. Assim, tal expectativa de respeito não alcançava o aspecto horizontal, afastando-se da igualdade e do reconhecimento da dignidade entre todos os seres humanos.

O pensador Agostinho de Hipona (Santo Agostinho) também desenvolve o argumento da superioridade do ser humano. Santo Agostinho afirma que o ser humano é um animal racional criado por Deus à sua imagem e dotado de inteligência, permitindo-lhe: “[...] elevar-se acima de todos os animais da terra, das águas e do ar, desprovidos de um espírito deste gênero” (SANTO AGOSTINHO, 1993, p. 142).

No período conhecido como Idade Médica, a dignidade no seu sentido vertical também estava presente, tendo em vista se tratar de um período histórico fortemente influenciado pela religião católica, no ocidente. Dentre outros que enfrentaram o tema, destaca-se a *Suma Teológica* de Tomás de Aquino, na qual, afirma que a superioridade humana advém da racionalidade, bem como do livre-arbítrio (SARMENTO, 2020, p. 39).

A outra noção de dignidade é a “dignidade da pessoa humana” propriamente dita, a qual não tem seu âmbito de aplicação na análise da relação entre os seres humanos e os demais elementos de fauna e flora, mas sim, diz respeito a própria interação entre seres humanos. Pautando tal relação pelo princípio da igualdade e pelo reconhecimento intrínseco entre os humanos.

É verdade que a ideia de dignidade enquanto espécie pode ser observada nos ideais da Antiguidade grega, mas o mesmo não ocorre par ao alcance horizontal da dignidade, uma vez que a ideia de desigualdade intrínseca estava profundamente enraizada em tal sociedade, como exemplo, temos o modelo escravocrata que ali existia e o reconhecimento de direitos apenas para os tidos como cidadãos.

Nesse sentido, ressalta-se o pensamento de Antônio Pele:

[...] a compreensão moderna da dignidade humana tem, simultaneamente, um alcance vertical, que expressa a superioridade dos seres humanos sobre os animais, e um alcance horizontal, que consiste na igualdade dos seres humanos entre si, independentemente da função que cada um desempenha na sociedade. (PELE, 2004, p. 73)

Diante do alcance vertical e horizontal da noção de igualdade, é importante mencionar que o advento de ambos não foi simultâneo, tendo em vista que dignidade enquanto espécie advém da Antiguidade, enquanto a dignidade da pessoa humana propriamente dita, tem suas origens no pensamento Iluminista. Não obstante a valorização do ser humano promovida pelo Iluminismo, está deve apenas um viés embrionário, uma vez que não resultou no reconhecimento intrínseco da dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos.

Nesse contexto, um pensador italiano renascentista, Giovanni Pico della Mirandola, em sua obra, "Discurso sobre a Dignidade do Homem", introduz a ideia da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que afirma que a dignidade repousa, sobretudo, na autonomia individual do ser humano fazer escolhas sobre os rumos de sua vida. Logo, extrai-se a constatação de que a dignidade é um atributo de todos os seres humanos, e não apenas de alguma elite ou classe social (MIRANDOLA, 1989, p. 147).

O discurso da dignidade, ele só ganha, efetivamente, uma perspectiva universal, com o Iluminismo. O conceito de "igualdade" pregado pela revolução francês e pela revolução americana ressoam a dignidade enquanto pessoa humana, a dignidade horizontal. Expandindo a ideia de dignidade para além da superioridade perante o mundo animal. Tanto que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se inicia com a afirmação de que "todos os homens nascem livres e iguais em direito", esse é o artigo 1º.⁸³ Nesse sentido, temos também o pensamento de Rousseau, que afirma que o contrato social deve instaurar um regime de igualdade entre os cidadãos, assegurado pela ampla participação e pela submissão de todas às pessoas às mesmas normas.

3.0 PENSAMENTO KANTIANO E A NOÇÃO DE DIGNIDADE

O conteúdo que a doutrina jurídica – tanto nacional quanto alienígena – atribui ao princípio da dignidade da pessoa humana tem como alicerce fundacional, de certa forma, a filosofia de Kant.

⁸³ Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> . Acesso em: 26/11/2021.

A jurisprudência pátria com frequência recorre às concepções kantianas para delimitar os contornos da dignidade da pessoa humana, resultando em uma aplicação prática à casos concretos. Como exemplo, temos o Acórdão do Recurso Extraordinário nº 398.041 (o qual versou sobre aspectos processuais da prática do crime de redução à condição análoga à de escravo – art. 149 do Código Penal), no qual o Ministro do STF Joaquim Barbosa, em seu voto, afirmou que:

o constituinte de 1987/1988 [...] inovou ao incluir o princípio da dignidade humana no rol dos princípios informadores de toda a ordem jurídica nacional. E o fez certamente inspirado na máxima kantiana segundo a qual 'l'humanité ele-même est une dignité' (a condição humana em si mesma é dignidade).

O pensamento de Kant quanto à dignidade está presente em outros acórdãos do STF, como é o caso do voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.150 (a qual discute o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas), no qual há menção de Kant como o grande filósofo da dignidade.

Não há dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana consiste em um dos núcleos duros do nosso ordenamento jurídico e também é nítida a influência do pensamento de Kant na concepção de tal princípio, motivo pelo qual faz-se necessário aprofundar e analisar o pensamento do referido filósofo.

O elemento da vontade, na filosofia de Kant, é entendido como uma faculdade que apenas pode ser atribuída aos seres tidos como racionais, e que pode ser conceituado na capacidade de determinação de si próprio em conformidade com a representação de certos princípios. Continuando o raciocínio, o pensamento kantiano desenvolve a lógica de que aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim; sendo que este é dado de forma exclusiva pela razão. Sendo, portanto, válido para todos os seres racionais.

As referidas reflexões caminham no sentido da seguinte indagação: existe alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e, assim, possa ser a base de um imperativo categórico? Pertinentemente à tal questão, Kant afirma:

Ora, digo eu: - O homem e, de maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. (KANT, 2007, p. 68)

O referido trecho aponta, de forma embrionária, para a origem do ideal de dignidade da pessoa humana, tendo em vista que há a constatação de que todo o ser racional existe como finalidade em si próprio, não podendo ser empregado para qualquer outro uso. Ademais, tal valor intrínseco não deve ser tão somente reconhecido pelo próprio ser em relação a si próprio, como também deve ser reconhecido por este em todos os outros seres racionais de forma simultânea.

De forma diametralmente oposta, Kant desenvolve o raciocínio no sentido que todos os objetos das inclinações, não tem valor em si próprio, muito pelo contrário, possuem um valor tido como condicional, uma vez que caso não existissem as inclinações, tais objetos não teriam qualquer valor. Além dos objetos, os seres irracionais tampouco podem ser entendidos como dignos de um valor absoluto. Nesse sentido, dispõe Kant:

Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a natureza os distingue já com fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como um simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 2007, p. 69)

Depreende-se, portanto, que, a diferença entre razão e irracionalidade, juntamente com a delimitação de ter ou não um fim em si próprio, são os elementos que distinguem as pessoas e as coisas para o pensamento kantiano.

Faz-se importante esclarecer que os seres racionais não são dotados de fins subjetivos, mas sim de fins objetivos, no sentido de existência não ser valorada como efeito da ação, mas sim na existência propriamente dita, ou seja, os seres racionais não podem ser substituídos por outros, uma vez que apenas as coisas podem servir como meio. Partindo-se da premissa do valor absoluto, representado um princípio objetivo da vontade que, conseqüentemente, é compreendido como uma lei universal.

Nesse contexto, tem-se a famosa fórmula do imperativo categórico: "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio". A terminologia "humanidade" empregada no imperativo não consiste no conjunto dos seres do humano, como popularmente é entendido. Humanidade, em tal uso, significa a propriedade de ser um ser humano, isto é, a distinção entre humanidade e animalidade, no sentido de se abordar a capacidade de razão do ser humano para determinar o seu agir (KANT, 2007, p. 84).

Outra colocação importante acerca do imperativo categórico, é a constatação de que não há uma vedação absoluta da utilização do ser humano como meio, tendo em vista que essa é a base econômica da sociedade, a exploração da mão de obra de trabalho. A vedação abrange a proibição de se considerar o ser humano apenas como um instrumento ou uma ferramenta, olvidando-se de seu valor em si próprio.

Acerca da dignidade da pessoa humana na filosofia de Kant, afirma Fábio Konder Comparato:

Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica do dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus. (COMPARATO, 2003, p. 23)

Conclui-se que o conceito e as características da dignidade da pessoa humana para Immanuel Kant têm como alicerce as constatações acerca da racionalidade humana, rompendo com os seus predecessores filosóficos, os quais relacionavam a dignidade como argumentos.

4.O ELEVADO GRAU DE ABSTRAÇÃO DA DIGNIDADE E UMA PROPOSTA CONCEITUAL

A problemática que cerca o princípio da dignidade da pessoa humana vai além das carências relativas à falta de efetividade social, o princípio também enfrenta dificuldades oriundas da ausência de consenso quanto ao seu conteúdo jurídico. A elevada abertura semântica do princípio, a diversidade das suas fontes históricas e fundamentações filosóficas, a sua incidência em temas profundamente controversos, os quais envolvem questões de ordem moral, política, religiosa e culturais; contribuem para tornar a dignidade da pessoa humana um terreno fértil para diversos embates. Tal conflito pode ser observado no âmbito dos tribunais, nas casas do poder legislativo e no próprio meio acadêmico do Direito.

O referido cenário de embate gerado pela abertura semântica do princípio, gera, inclusive, casos em que ambas as partes de uma demanda alegam o princípio da dignidade da pessoa humana para sustentar suas teses. Como exemplo, tem-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 54, a qual tratou do aborto de fetos anencefálicos;

de um lado, argumentou-se pela não possibilidade do aborto com base na dignidade do feto e, de outro, pela possibilidade do aborto, com fundamento na dignidade da mãe.

Essa ambiguidade do conteúdo da dignidade da pessoa humana foi bem evidenciada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o qual afirma que: “a dignidade como conceito jurídico, frequentemente funciona como um espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores”. Nesse sentido, dispõe Jorge Reis Novais:

[...] como rapidamente se percebe quando se aprofunda a indagação sobre a ideia de dignidade da pessoa humana, os resultados apurados quanto ao conteúdo concreto do princípio e ao seu preciso sentido normativo estão muito longe da clareza e da determinação que seriam exigíveis, atendendo a que está em causa um comando com importância e consequências dogmáticas tão relevantes, contundentes e definitivas. (NOVAIS, 2016, p. 21)

Além da justificativa das divergências históricas e filosóficas, a ambiguidade dos contornos da dignidade também pode ser entendida como resultado da intangibilidade oriunda da opção do poder constituinte brasileiro em estabelecer princípios vagos. Tal ausência de tangibilidade gera um princípio que é mais carregado de simbolismo constitucional do que de aplicabilidade, gerando um mandamento de otimização, pelo qual o princípio deve ser cumprido com a maior intensidade jurídica.

Portanto, o modo em que a dignidade da pessoa humana foi explicitamente positivado na Constituição Federal de 1988 é um dos fatores que acarretou em um elevado grau de abstração para o referido princípio.

Essa maleabilidade do conteúdo da dignidade da pessoa humana gera um efeito paradoxal, tendo em vista que permite que, de um lado, todas as forças políticas e sociais lhe usem para endossar suas ideias e posicionamentos. E por outro lado, a indeterminação do princípio compromete sua capacidade de equacionar controversas jurídicas e sociais. Assim, o conteúdo do princípio deve ser melhor delimitado, tendo em vista a máxima popular: o que serve para tudo, não serve para nada.

Nesse sentido, expõe Schopenhauer:

esta expressão, dignidade humana, usada por Kant, tornou-se desde então o lenga-lenga de todos os moralistas perplexos e cabeças-ocas, que escondem por trás dessa imponente expressão a sua incapacidade de estabelecer alguma base real para a moral, ou de uma que faça algum sentido. Eles contam astuciosamente com o fato de que seus leitores vão ficar contentes de se verem investidos nesta

dignidade, e por isso se darão satisfeitos. (SCHOPENHAUER, 1965, p. 157)

Não obstante o princípio da dignidade da pessoa humana ser alvo constante de críticas devido a sua ambiguidade no cenário atual, tal perspectiva não deve culminar na deterioração de sua importância e tampouco na exclusão de sua normatividade no ordenamento pátrio. Tais críticas devem caminhar para a reestruturação do modelo interpretativo do conteúdo do princípio, de modo a, pelo menos, minorar seu grau de maleabilidade.

Visando diminuir a mencionada abstração, o Daniel Sarmento argumenta que é preciso estabelecer uma definição mais clara e objetivo dos contornos do princípio, e, para isso, aponta 4 características que devem estar presentes no conceito da dignidade da pessoa humana. São elas: (i) valor intrínseco da pessoa; (ii) autonomia; (iii) mínimo existencial e (iv) reconhecimento (SARMENTO, 2020, p. 82).

O primeiro elemento, valor intrínseco, tem como origem a filosofia kantiana, mais especificamente do imperativo categórico, e sustenta, em linhas gerais que o ser humano tem um valor em si próprio. E, dessa forma, o ser humano nunca pode ser tratado apenas como um meio para qualquer outro fim, devendo sempre ter sua condição de humanidade leva em consideração. O valor intrínseco do ser humano é incompatível com a instrumentalização para fins de Estado, coletividade e de terceiros; estando alinhado com o dever estatal e particular de proteger e promover os direitos individuais (SARMENTO, 2020, p. 84).

A aplicação do valor intrínseco permite solucionar diversas questões práticas e dilemas morais, como o caso do atropelamento do trem. Esse dilema, consiste no seguinte: um vagão de trem está desgovernado e em alta velocidade, tendo em vista que está com problemas mecânicos no sistema de frenagem; alguns metros a frente, 4 pessoas estão amarradas nos trilhos e estão na iminência de serem atropeladas; entre as pessoas amarradas e o trem existe uma pessoa observando; a única forma de parar o trem e salvar as 4 pessoas seria empurrando o observador na direção do trem, de modo que o impacto parasse o trem. O observador poderia ser empurrado para salvar a vida de 4 pessoas?

O argumento do valor intrínseco da pessoa humana não permite que o observador seja sacrificado para tal, tendo em vista se tratar de um ser humano, ele não pode ser utilizado meramente como instrumento, uma vez que tem valor em si próprio. Existem outros dilemas e controvérsias que podem ser sanados com base em tal elemento, como por exemplo: o caso da bomba relógio, o caso do arremesso de anões e o caso do contrato de canibalismo.

O segundo elemento da dignidade, a “autonomia”, sustenta que a dignidade envolve o reconhecimento da autonomia dos indivíduos, ou seja, a liberdade individual, no sentido de permitir que os indivíduos façam suas escolhas pessoais, desde que não causem lesões ao direito de terceiros. A limitação da autonomia só é permitida quando há expressa determinação legal, portanto, tal elemento é entendido como um corolário do princípio da legalidade (SARMENTO, 2020, p. 91).

O terceiro elemento da construção objetiva dos contornos da dignidade da pessoa humana consiste no “mínimo existencial”, o qual visa assegurar todas as condições materiais básicas para uma vida digna. A proteção estatal na seara da justiça social deve garantir um piso mínimo de elementos materiais para a efetivação dos direitos sociais. Constata-se que seria o único elemento da dignidade da pessoa humana que implica em recursos materiais; partindo do pressuposto que o ser humano necessita de alguns elementos materiais para poder existir e, assim, exercer sua autonomia e a sua busca pela felicidade.

Por fim, o quarto elemento da dignidade da pessoa humana é o atributo do “reconhecimento”. Não basta apenas que os seres humanos sejam dotados de dignidade é preciso também que todos os seres humanos reconheçam a dignidade entre si. Tal atributo transmite uma ideia de universalidade do princípio. No decorrer da história, em diversas situações se constatou que a dignidade da pessoa humana não foi reconhecida para alguns grupos, por motivos de estigmatização oriundas de raça, gênero, orientação sexual, deficiência etc. (SARMENTO, 2020, p. 96).

Conclui-se, que a dignidade da pessoa humana, nos contornos atuais, apresenta um cenário de relativa abstração de conteúdo, gerando uma maleabilidade e uma falta de coerência para aplicação nos casos concretos. Entender que a dignidade da pessoa humana tem a autonomia, reconhecimento, mínimo existencial e valor intrínseco como atributos básicos, auxilia no processo de determinação de seu conteúdo e, consecutivamente, aumenta seu poder de resolução de controversas.

5 A DIGNIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares da proteção aos direitos humanos em nível internacional, estando presente não apenas no sistema global, como também nas convenções que integram cada um dos sistemas regionais. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (“CADH”) (1969), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, da qual o Brasil consta como signatário desde o depósito de sua carta de adesão em 1992, tem o princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce de seu texto, tanto de forma expressa como implícita.

A presença da dignidade da CADH pode ser visualizada desde o preâmbulo, o qual expressa os motivos e os princípios basilares da Convenção, como se verifica no seguinte trecho:

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos⁸⁴.

O referido trecho da Convenção demonstra não tão somente a presença da dignidade da pessoa humana, mas também a menção aos atributos do valor intrínseco e do reconhecimento. O preâmbulo afirma que os direitos essenciais da pessoa humana não decorrem da positivação estatal, mas sim da própria condição da pessoa humana, ou seja, é um atributo que tem um fim em si mesmo. Da mesma forma, esse reconhecimento é atribuído à todas as pessoas, o que indica o status de reconhecimento da dignidade, abarcando a ideia de universalidade.

O preâmbulo da CADH também dispõe o seguinte:

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

Nesse trecho preambular é possível identificar o elemento do mínimo existencial, tendo em vista que a afirmação de que o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, só pode ser obtido mediante condições para gozar de direitos resulta na conclusão de que os itens materiais básicos são indispensáveis para a efetivação dos demais direitos.

Nos artigos da CADH além de inúmeras menções indiretas à dignidade, o art. 11 o menciona de forma explícita ao dizer que "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. O art. 5º da Convenção traz em sua norma a vedação à tortura e às penas cruéis, desumanas ou degradantes, protegendo, portanto, à integridade pessoal, sendo tal raciocínio também derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. De mesma, a proibição da escravidão, da servidão e os direitos daqueles

⁸⁴ Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> . Acesso em: 02/12/2021.

que se encontram em reclusão, presentes no art. 6º, também devem ser entendidos como um corolário de tal princípio.

O elemento da autonomia também se encontra presente em diversas passagens da CADH, como é o exemplo dos artigos que tratam dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais. Logo, autonomia, no sentido de liberdade, no âmbito do poder público e dos particulares, são fundamentais para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, resta claro que a dignidade da pessoa humana, entendida pelos elementos da autonomia, valor intrínseco, reconhecimento e mínimo existencial, está presente no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, via menções implícitas e explícitas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não obstante a presença normativa, o princípio também é frequentemente utilizado nas ações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte IDH”), principalmente naquelas que versam sobre violações à direitos humanos no sistema prisional e decorrentes de casos de execuções e desaparecimentos promovidos por forças estatais.

Quanto à importância da dignidade para as decisões da Corte IDH, faz-se importante mencionar a pesquisa realizada por Siddharta Legale:

A pesquisa até abril de 2016 com o critério “dignidade” revela 158 manifestações da Corte IDH, dentre as quais há 48 casos contenciosos, 16 medidas provisórias e 65 supervisões de sentenças (LEGALE, 2017, p. 175).

O presente artigo não pretende analisar todas as menções à dignidade da pessoa humana elencados pela Corte IDH, mas sim evidenciar a importância de tal princípio nas decisões do sistema interamericano, utilizando, para tal, de algumas decisões emblemáticas.

O primeiro caso a ser analisado é o “Velasquez Rodriguez vs. Honduras” o qual trata do desaparecimento, durante um período de ditadura militar, de um estudante universitário. Aponta-se que o estudante foi preso sem ordens do Poder Judiciário, sendo torturado e, após, tido como desaparecido. Em 1986, o caso foi submetido à Corte IDH e teve sua sentença proferida após 2 anos (1988), condenado o Estado de Honduras pelo desaparecimento forçado e instituindo a obrigação de prevenção e punição dos delitos à direitos previstos na CADH.

Na referida sentença, a Corte constatou uma violação ao art. 5º da CADH, diante da prática pelo Estado de Honduras de tratamento cruel e desumano, bem como pelo

desaparecimento forçada; entendendo que tal prática consistem em uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana. A referida sentença afirmou que: “nenhuma atividade do Estado pode fundar-se sobre o desprezo à dignidade humana”.

Portanto, resta claro que no caso em análise, o princípio da dignidade da pessoa humana, juntamente com as normas da CADH, foi empregado para justificar a condenação; sendo que a dignidade foi utilizada no seu atributo de valor intrínseco, pela ideia de que cada ser humano tem um valor em si próprio.

No mesmo sentido, tem-se o caso “Presídio Miguel Castro vc. Peru”, datado de 2006, no qual o Estado peruano foi condenado por violações sistemáticas realizadas em um presídio abrangendo tratamento vexatório e degradante, falecimentos e prática de tortura.

O valor intrínseco da dignidade também foi utilizado como fundamento da sentença., o que se pode observar no seguinte trecho do voto do Juiz Cançado Trínade:

Se pode daqui extrair algumas ilações. Em primeiro lugar, o imperativo kantiano está sempre presente, quando se trata de defender e preservar a dignidade da pessoa humana, a dignidade de sua própria humanidade. Em segundo lugar, incide em todas as esferas de relacionamento humano, tanto nas relações de um com agentes do poder público ou estatal, como com outros seres humanos, com particulares. Em terceiro lugar, pode ser invocado na proteção de cada pessoa humana isoladamente, assim como de grupos de pessoas ameaçadas ou lesionadas. E, em quarto lugar, pode ser invocado na salvaguarda de distintos direitos humanos a ser protegidos.

Outro caso de grande relevância a se valer do princípio da dignidade da pessoa humana foi o “Artavia Murillo Y Otros vs. Costa Rica”, datado de 2012, o qual trouxe a reflexão do atributo da autonomia para o âmbito da proteção da dignidade da mulher. A Corte IDH analisou a proibição feita pelo Estado da Costa Rica acerca da fertilização in vitro e a entendeu como indevida, não reconhecendo ao embrião o status de pessoa e reconhecendo a autonomia das mulheres quanto á sua fertilização. Logo, entendeu-se pela prevalência da autonomia da escolha da reprodução assistida, sendo, portanto, um reflexo da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se o capítulo enfatizando a importância do princípio da dignidade da pessoa humana tanto na CADH quando nas decisões da CIDH.

6.CONCLUSÃO

Diante dos tópicos desenvolvidos no presente artigo constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana possui torrencial relevância no ordenamento jurídico interno, no ordenamento internacional, na jurisprudência e na doutrina.

O princípio da dignidade da pessoa humana sofreu diversas transformações quanto ao seu conteúdo, acompanhando o processo histórico e o desenvolvimento filosófica, deixando de ser uma implicação metafísica, oriunda de preceitos religiosos do ideal de supremacia da espécie humana, e passando a ter um valor intrínseco introduzido pelo pensamento de Kant.

Observou-se que com o iluminismo e, posteriormente, na contemporaneidade, o princípio ganhou relevância e se observou uma certa ambiguidade nos seus contornos jurídicos, o que levou a uma certa maleabilidade de sua aplicação. Nesse sentido, tal ambiguidade pode ser minorada com a verificação dos atributos da autonomia, reconhecimento, valor intrínseco e mínimo existencial.

Diante dessa delimitação de conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, constatou-se que seus atributos estão presentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, embasando tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos quanto diversas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Ética à Nicômaco**. Brasília: Editora UnB, 2011

BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: SARLTE, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição** Federal de 1988. Belo Horizonte: Livraria do Advogado, 2001. P. 13.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003., p. 23.

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 919, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003 p. 23.

Constitute Project. Disponível em: <http://www.constituteproject.org/#/search>. Acesso em: 20/11/2021.

JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa: a nova genealogia dos direitos humanos**. (Trad. Nélcio Schneider). São Paulo: Unesp, 2012. P. 143-200.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

KATEB, George. **Human Dignity**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. P. 3-10.

LEGALE, Siddharta. **A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos**. Direitos Fundamentais e Justiça. Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 175-202. Jan/jun. 2017

MIRANDOLA, Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Coimbra: Coimbra, 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista de Interesse Público, n. 4, p. 32, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3.ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P.39.

SCHOPENHAUER, Arthur. **On the basis of morality**. Indianopolis: Hackett, 1965.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. In: SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 144-149.

STF, **RE 398.041**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-11- 2006, Tribunal Pleno, DJe de 19-12-2008.

STF, **ADI 3.510**. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Tribunal Pleno, DJe de 28-5-2010.

A HUMANIZAÇÃO E A EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO NA INTERPRETAÇÃO DO STJ EM RELAÇÃO ÀS IMPENHORABILIDADES DO ART. 833, INCISOS IV, VI E X, DO CPC

PEDRO CAMPOS DE AZEVEDO FREITAS:

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado.

Resumo: Ciente dos critérios estabelecidos a priori para a potencialização da efetividade do processo executivo e a preservação do mínimo existencial do executado, o STJ tem posições ampliativas e restritivas de interpretações nos casos concretos que privilegiam ora o interesse do credor ora o interesse do devedor.

Palavras-chave: Princípio da dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Efetividade do processo executivo. Ponderação. Impenhorabilidade. Verbas salariais. Limites.

Sumário: Introdução. 1. A humanização do processo de execução. 2. A interpretação judicial do STJ sobre limitações à impenhorabilidade do art. 833, incisos IV, VI e X do CPC. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A efetividade da prestação jurisdicional é, talvez, o principal objetivo buscado pela edição do Código de Processo Civil de 2015. Seja possibilitando uma solução efetiva da situação jurídica pela adoção de uma justiça multiportas (com estímulo à negociação, mediação e conciliação – art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC) ou estabelecendo que o princípio da duração razoável do processo abarca todo o processo, "*inclusive a atividade satisfativa*" (art. 4º do CPC), há uma preocupação com a entrega da efetiva prestação jurisdicional em tempo razoável que resulte na real efetividade do sistema processual e do direito material.

O destaque às atividades satisfativas pelo CPC, portanto, se dá em razão da expectativa do cidadão em ter as normas de direito material realizadas no mundo empírico⁸⁵, sob pena de transformá-las em ilusão, deslegitimando a própria atuação estatal.

Nesse sentido, para alcançar tal desiderato, o CPC estabeleceu diversas medidas que simplificam a atuação do magistrado e o próprio processo como a eliminação da

⁸⁵ Exposição de motivos da CPC/2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

distinção entre praça e leilão (art. 879, II, do CPC) e da necessidade de duas hastas públicas, sendo possível a alienação do bem penhorado por valor inferior ao da avaliação no primeiro leilão, desde que não se caracterize como preço vil (art. 891 do CPC).

Ademais, é necessário destacar também o papel dos tribunais na interpretação das normas do processo executivo, seja processo autônomo, seja cumprimento de sentença, já que suas normas são aplicáveis subsidiária e reciprocamente (art. 513, caput; e art. 771, caput e parágrafo único, do CPC).

1 A HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Diferentemente do processo de conhecimento em que a atividade típica é cognitiva (já que sempre declaratória, mas possivelmente também condenatória e constitutiva), o processo de execução tem como atividade típica a satisfação do crédito do credor. O art. 797 do CPC deixa claro que a execução é realizada "*no interesse do exequente*". Assim, todo o seu sistema é criado e interpretado de modo a atingir a sua finalidade: a obtenção do resultado que deveria ter sido obtido de forma voluntária e espontânea (tutela específica) ou o resultado prático equivalente.

Conseqüentemente, é reconhecido pela doutrina e pelos tribunais que a execução é regida pelo princípio do desfecho único, no sentido de que o objetivo do processo executivo é a satisfação do interesse do exequente, nunca do executado, assegurando-se inclusive a desistência total ou parcial (alguma medida executiva) pelo exequente, sem necessidade de concordância do executado (art. 775 do CPC).

No entanto, é necessário perceber que há limitações que devem ser respeitadas no exercício das atividades executivas. Com a evolução da sociedade, afastou-se a vingança privada e buscaram-se outros meios para realização dos créditos com o monopólio da força pelo Estado. Nota-se um processo de humanização do processo de execução com a interpretação das normas de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana do executado. O CPC destaca-o logo de início no art. 8 ao dispor que "*Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*".

Assim, embora sejam assegurados meios para a efetividade dos interesses do credor, até mesmo um amplo poder de cautela em que magistrados possam adotar meios executivos atípicos (art. 139, IV, do CPC), há o reconhecimento pelos tribunais do princípio da dignidade da pessoa humana do executado para interpretação das normas legais. Nesse sentido, com a humanização do processo de execução, são reconhecidos a responsabilidade patrimonial, o princípio da menor onerosidade possível e a preservação do patrimônio mínimo do devedor.

A responsabilidade patrimonial foi reconhecida expressamente pelo art. 789 do CPC. Assim, as medidas executivas para satisfação do crédito são direcionadas para os bens ("*bens presentes e futuros*") do devedor, nunca à pessoa do devedor. Possível exceção é a medida executiva coercitiva da prisão civil do devedor de alimentos, que, não possui natureza satisfativa, mas indutiva do comportamento do devedor ao pagamento.

O princípio da menor onerosidade possível⁸⁶ também foi reconhecido expressamente pelo art. 805 do CPC. Assim, havendo diversos meios executivos disponíveis e adequados ao fim que se destinam, deve ser utilizado aquele meio menos gravoso para o executado que possua a mesma⁸⁷ ou maior eficácia dos outros existentes.

A preservação do patrimônio mínimo do devedor também é reconhecida pela legislação. Seu principal exemplo é o estabelecimento da impenhorabilidade de determinados bens nos art. 833 e 834 do CPC, bem como a impenhorabilidade do bem de família legal da Lei 8.009/1990 (embora seu intuito seja a preservação do direito à moradia – art. 6º da CRFB – e não propriamente o patrimônio do indivíduo).

Atento ao possível choque entre a efetividade do processo executivo (direito do credor-exequente à satisfação de seu crédito) e a preservação do patrimônio mínimo do devedor (em razão da preservação da sua dignidade humana), o legislador já estabeleceu previamente parâmetros para mitigação da própria impenhorabilidade. Essa análise se deu por meio da ponderação dos interesses em conflito, utilizando-se a proporcionalidade na proteção da dignidade humana seja vislumbrando a sua proteção insuficiente (necessidade de proteção do patrimônio mínimo), seja vislumbrando a sua proteção em excesso (vedação à proteção do patrimônio de maneira excessiva que supere o patrimônio mínimo e acabe restringindo em demasia a possibilidade de satisfação do crédito do exequente).

Assim, tendo em vista que a regra é a penhorabilidade (art. 789 do CPC) e a exceção é a impenhorabilidade, as limitações à própria impenhorabilidade devem ser compreendidas como hipóteses de "exceção da exceção" (que retomam a regra). É nesse sentido que se lê os conceitos indeterminados de "elevado valor" e de "necessidades comuns correspondentes ao médio padrão de vida" (inciso II): preservando-se o mínimo, mas penhorando os excessos.

Nesse contexto, é importante destacar o papel relevante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na interpretação e aplicação das hipóteses de impenhorabilidade dos bens e suas exceções no caso concreto, seja para alargar sua aplicação, seja para restringi-la. Conforme destaca Fredie Didier Júnior, tal análise com base no princípio da

⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 323

⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 10 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 1069

proporcionalidade é uma verdadeira consideração de constitucionalidade no caso concreto⁸⁸.

2 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO STJ SOBRE AS LIMITAÇÕES À IMPENHORABILIDADE DO ART. 833, INCISOS IV, VI E X, DO CPC⁸⁹

Conforme já indicado, a regra geral é a penhorabilidade de todo o patrimônio do devedor (art. 789 do CPC). São exceções à essa regra: a impenhorabilidade absoluta⁹⁰ do art. 833 do CPC; a impenhorabilidade relativa do art. 834 do CPC; e a impenhorabilidade do bem de família na Lei 8.009/1990.

É certo que o STJ interpreta todos os incisos do art. 833 do CPC considerando a ponderação dos interesses em conflito: a satisfação do crédito do credor e a preservação do mínimo existencial do devedor. No entanto, são ilustrativas as considerações referentes aos incisos IV, VI e X.

Os incisos IV e X do art. 833 do CPC/2015 devem ser analisados de forma conjunta, pois representam o estabelecimento pelo legislador de impenhorabilidade que atende a dignidade da pessoa humana em fases diferentes da aquisição de patrimônio. Esses dispositivos estabelecem que:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor

⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: execução. – 7º ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 812.

⁸⁹ Para fins do objetivo do presente artigo, realiza-se análise de decisões relevantes do STJ na interpretação do art. 833 do CPC. Não se olvida da existência de posições importantes na restrição ou alargamento da impenhorabilidade em relação ao bem de família previsto na Lei 8.009/1990, mas a objetividade demanda tal restrição.

⁹⁰ Reconhecendo que não é possível considerar uma impenhorabilidade absoluta, já que passível de relativização no caso concreto: CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1193.

e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2o;

(...)

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

O art. 833, IV, do CPC estabelece a impenhorabilidade dos rendimentos de caráter alimentar⁹¹ e o art. 833, X, do CPC estabelece a impenhorabilidade de valores acumulados em caderneta de poupança até o valor de 40 salários mínimos. É compreensível que as verbas alimentares percebidas pelo devedor e o acúmulo patrimonial mínimo para a manutenção do próprio devedor e de sua família foi estabelecida com objetivo de atender a dignidade da pessoa humana, buscando a tutela do mínimo existencial e sua subsistência

Em restrição da sua aplicação, o STJ reconhece que a impenhorabilidade do art. 833, IV, do CPC é de natureza precária, limitada no tempo. Assim, somente há tal impenhorabilidade enquanto a verba remuneratória permanece com seu caráter remuneratório-alimentar que somente se dá no período de percepção. Conforme reconhecido, em um caso de remuneração mensal, ultrapassado o mês, os valores que remanescerem para o mês seguinte perdem seu caráter remuneratório-alimentar, deixando de ser tutelado por tal impenhorabilidade⁹².

No entanto, tal valor remanescente pode ser tutelado pela impenhorabilidade do art. 833, X, do CPC. O acúmulo de patrimônio mínimo que possibilite a manutenção da dignidade humana é tutelado pelo ordenamento. Todavia, o próprio legislador já estabeleceu qual o valor desse patrimônio mínimo acumulado é protegido: 40 salários mínimos.

Em restrição da sua aplicação, o STJ, compreendendo que o objetivo da norma é a tutela da dignidade humana, interpretou-a de forma que o valor de 40 salários mínimos é global e abrange todas as cadernetas de poupança em nome do executado. Não há

91 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. – 7º ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 828.

92 STJ. REsp 1230060/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 29/08/2014; e STJ. EREsp 1330567/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 19/12/2014

possibilidade para abuso do direito e abertura de diversas contas poupança para tornar impenhorável valor global maior que o estabelecido por lei⁹³.

Destaca-se que o STJ adotou interpretação ampliativa na hipótese do art. 833, X, do CPC restringido ainda mais o direito a satisfação do crédito pelo exequente. Embora o dispositivo estabeleça a impenhorabilidade dos valores depositados em “caderneta de poupança”, o STJ preserva até o limite global de 40 salários mínimos os valores em aplicações financeiras diversas como contas-corrente, fundos de investimento e até mesmo papel moeda⁹⁴.

Não se pode esquecer que o art. 833, §2º, do CPC estabelece uma exceção à exceção ao estabelecer que as impenhorabilidades dos incisos IV e X não se aplicam nas hipóteses “*de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem*” e de “*importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais*”.

O estabelecimento a priori de exceção à exceção em relação às execução de verbas alimentares não gera maior alvoroço. Já havia previsão expressa no art. 649, §2º, do CPC/1973 e sua previsão se dá pela solução antecedente pelo legislador do embate entre a proteção da dignidade humana do executado quanto aos seus rendimentos de natureza alimentar e a proteção da dignidade humana do exequente quanto às suas necessidades alimentares.

A segunda parte do art. 833, §2º, do CPC é que gera maiores comentários. Ela positivou posição jurisprudencial do STJ⁹⁵ ao tempo do CPC/1973 que mitigava a impenhorabilidade do art. 649, IV, do CPC/1973 com fundamento na vedação ao excesso, restringindo a impenhorabilidade aos valores que garantissem efetiva proteção da tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial), sem restringir demasiadamente o direito do exequente em ter seu crédito satisfeito. Era compreendida exceção da exceção implícita seria a possibilidade de penhora de percentual de tais remunerações desde que preservado tal interesse de existência digna.

O legislador assimilou tal posição ao CPC/2015 e estabeleceu um parâmetro legal que limita a impenhorabilidade: 50 salários mínimos mensais. Criticável tal marco pelo seu

93 STJ. REsp 1330567/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 19/12/2014

94 STJ. REsp 1330567/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 19/12/2014

95 STJ. REsp 1582475/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2018, DJe 16/10/2018; STJ. REsp 1673067/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017; STJ. REsp 1285970/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 08/09/2014

alto valor frente à realidade fática da população brasileira⁹⁶, o STJ manteve sua posição de análise concreta da possibilidade de penhora de valores mesmo abaixo de tal valor que se configurem como excessivo à manutenção do executado e sua família, que também é acompanhada por parte da doutrina⁹⁷. Assim, o STJ compreende que, além da própria restrição estabelecida pelo §2º, a impenhorabilidade do art. 833, IV, do CPC pode sofrer restrição por interpretação teleológica para preservação de "*percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família*"⁹⁸.

Outra posição do STJ que restringe a penhorabilidade e amplia a possibilidade de o exequente satisfazer o seu crédito foi a interpretação em relação ao inciso VI do art. 833 do CPC.

A literalidade do art. 833, VI, do CPC estabelece de forma absoluta a impenhorabilidade do valor recebido (em qualquer quantidade) a título de seguro de vida pelo beneficiário, já que é verba alimentar⁹⁹. No entanto, ciente que não há direitos absolutos em abstrato, a 3ª Turma do STJ adotou interpretação sistemática estabelecendo a aplicação analógica do valor de até 40 salários mínimos do art. 833, X, do CPC para as indenizações recebidas pelo beneficiário, sua ementa é expressa nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. ART. 649, IX, DO CPC/1973. EXECUÇÃO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. NATUREZA ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE. 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 649, X, DO CPC/1973. LIMITAÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

96 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Execução e recursos: comentários ao CPC 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 240

97 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: execução. – 7º ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 829

98 STJ. REsp 1730317/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 11/03/2019

99 CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1195-1196.

2. Cinge-se a controvérsia a determinar se é possível a penhora da indenização recebida pelo beneficiário do seguro de vida em execução voltada contra si.

3. A impenhorabilidade do seguro de vida objetiva proteger o respectivo beneficiário, haja a vista a natureza alimentar da indenização securitária.

4. A impossibilidade de penhora dos valores recebidos pelo beneficiário do seguro de vida limita-se ao montante de 40 (quarenta) salários mínimos, por aplicação analógica do art. 649, X, do CPC/1973, cabendo a constrição judicial da quantia que a exceder.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1361354/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 25/06/2018)

CONCLUSÃO

Compreendendo-se que há um processo constante de humanização do processo civil e em paralelo uma busca pela sua compatibilização com a efetividade e celeridade, percebe-se a importância da análise detida das disposições legais pelos tribunais, em especial pelo STJ.

Nessa seara destacou-se o papel importante na análise da constitucionalidade pela aplicação da ponderação no caso concreto em relação aos direitos do exequente em satisfazer seu crédito e da preservação da dignidade humana na tutela do mínimo existencial do executado.

É certo que o CPC/2015 avançou profundamente ao assimilar posição jurisprudencial anterior, mas o STJ, ainda encontra hipóteses de se valer de uma interpretação ora ampliativa da impenhorabilidade, privilegiando a proteção do executado (como a preservação de valores mesmo em investimentos fora da caderneta de poupança); ora restritiva da impenhorabilidade, privilegiando a necessidade de satisfação do crédito do exequente (como a possibilidade de penhora de percentual de verbas alimentares em percentual mínimo que possibilite a tutela do mínimo existencial e a penhora de percentual

de verba alimentar de seguro de vida recebido pelo beneficiário que ultrapasse o valor de 40 salários mínimos). Somente o caso concreto poderá trazer as situações fáticas para o exercício de tal interpretação e utilização da ponderação de interesses.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. – 7º ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Execução e recursos: comentários ao CPC 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2017

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 10 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

Exposição de motivos da CPC/2015. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DE HEBERT HART E RONALD DWORKIN.

HELLEN DE MACÊDO MACIEL:

Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

GABRIELA CASAGRANDE GAZZONE¹⁰⁰

(coautora)

Resumo: o presente estudo tem como escopo analisar a problemática envolvendo a discricionariedade judicial e a liberdade interpretativa dos aplicadores do direito sob o aspecto filosófico, levando em consideração, notadamente, as questões aventadas por Hart e Dworkin. A reflexão é necessária ante o indiscutível crescimento do protagonismo do Poder Judiciário, eis que, não raras vezes, a sociedade conta com ele para resolver questões de ordem política e social, o que tem feito com que a interpretação judicial prevaleça sobre a lei. Pretende-se, pois, tratar da visão dos dois mencionados pensadores a respeito do tema a fim de esmiuçar o fundamento da discricionariedade judicial e assim analisar sua aplicação.

Palavras-chave: Discricionariedade. Teoria da decisão judicial. Alocação das regras e Princípios. Liberdade interpretativa.

Abstract: The present study has as its theme the reflection of the judicial discretion and the interpretive freedom of the applicers of law under the philosophical aspect, taking into consideration, notably, the issues raised by Hart and Dworkin. The reflection is necessary due to the unquestionable growth of the Judicial Power's protagonism, since society relies on it to solve political and social issues, which has caused judicial interpretation to prevail over the law. It is intended, therefore, to deal with the vision of the two mentioned thinkers on the subject in order to scrutinize the foundation of judicial discretion and thus analyze its application.

Keywords: Discretion. Judicial discretion theory. Allocation of Rules and Principles. Interpretive freedom.

¹⁰⁰ Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Analista jurídica do Ministério Público do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 – ANÁLISE DO PÓS-ESCRITO DE HEBERT HART; 2 – A DISCRICIONARIEDADE EM SI; 3 – A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DISCRICIONÁRIAS; 4 – CONCLUSÃO; 5 – BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

O estudo sobre a discricionariedade das decisões em muito se relaciona ao debate travado entre Hebert Hart e Ronald Dworkin, o qual, apesar de ter abordado questões diversas acerca do conteúdo do Direito, acabou por analisar, de forma minuciosa, as particularidades que rodeiam a efetiva discricionariedade do julgador e os seus limites, bem como a própria teoria da decisão judicial.

O citado debate teve início com a publicação do artigo “O Modelo de Regras I”, de Ronald Dworkin, que elaborou consideráveis críticas à obra “O Conceito de Direito” de Hart. Hart havia sido professor de Dworkin e, em uma publicação póstuma (“O Conceito de Direito, Pós-escrito”) rebateu as críticas de seu antigo aluno, reconhecendo algumas omissões em sua teoria, mas também esclarecendo alguns pontos que, na sua visão, foram interpretados de forma equivocada por Dworkin. É de se ressaltar, contudo, que, apesar de toda a polêmica histórica formada ao redor do debate desses dois juristas, muitos autores - inclusive Hart, apontam que o desacordo entre os pensadores sequer existiu.

De toda forma, essa dialética de argumentos criada a partir das críticas formuladas por Dworkin ao trabalho de Hart permitiu a discussão, além de temas relativos à hermenêutica jurídica, dos conceitos relativos às regras e princípios, notadamente como fundamentação para a atividade decisória. Ainda, o embate inaugurou a expressão ‘discricionariedade’ no que atine à liberdade que dispõe o julgador diante dos litígios que lhe são postos, levantando questões importantes acerca da legitimidade de decisões judiciais dessa natureza, seus limites e respaldo jurídico.

1 – ANÁLISE DO PÓS-ESCRITO DE HEBERT HART

Para que se compreenda melhor o entrave mencionado, de rigor que se proceda a análise do pós-escrito da obra “O Conceito de Direito” de Hebert Hart, fazendo um panorama das justificativas do autor acerca das críticas dirigidas a sua obra original, publicada trinta e dois anos antes. Quando de sua publicação, em 1961, a obra “O Conceito de Direito” teve um alcance bem maior do que o esperado pelo autor e, por conseguinte, deu origem a diversas críticas, bem como serviu como ponto de partida para que alguns desses críticos elaborassem e expusessem suas próprias teorias jurídicas sobre o tema.

Essa onda de críticas deu-se, em grande parte, porque a obra principal de Hart inaugurou uma nova etapa no pensamento jurídico, inserindo a filosofia da linguagem como metodologia de interpretação do Direito.

O pós-escrito, por sua vez, cinge-se, especialmente, em rebater os argumentos dos críticos de Hart, dentre eles, destacando-se Dworkin, seu pupilo na Faculdade de Oxford. Hart, professor titular da disciplina de Teoria do Direito, condensou, em sua obra, preceitos de suas experiências práticas com os fundamentos da filosofia, ao que Dworkin refutou, sustentando que não só todas as teses distintivas do Conceito de Direito estavam radicalmente erradas, mas também pôs em questão toda a concepção do Conceito de Direito e do que o Direito deveria fazer, ao que Hart rebate em seu pós-escrito que *tais concepções estariam implícitas em sua obra*.

Hart reconhece em Lon Fuller e Dworkin os seus principais críticos, mas busca deixar claro que seu pós-escrito não se constitui numa resposta completa a nenhum deles, ainda que tente, ao longo de todo o texto, refutar a algumas críticas de longo alcance elaboradas por Dworkin nas obras "Levando os Direitos a Sério", "Uma questão de Direito" e "Império do Direito".

No primeiro capítulo do pós-escrito, Hart analisa os argumentos de Dworkin, rebatendo, no segundo capítulo, as alegações de outros críticos que dizem que nas teses de Hart há não só pontos obscuros e inexatidões, mas em determinados temas, efetiva incoerência e contradição. Muito embora o autor expressamente assevere nessa obra posterior, que reservará o capítulo primeiro a considerar e rebater as críticas de Dworkin, há um registro dos editores que Hart não chegou a completar o segundo capítulo da obra em razão do seu falecimento.

O autor, de forma consciente e valorosa, aproveita o pós-escrito para tornar claro o apontado como obscuro e ainda, rever o que originariamente escreveu no que foi acusado de incoerente ou contraditório, revelando uma visão humilde e sábia de um jurista que deixou marcas na Teoria Geral do Direito.

Pois bem. No primeiro capítulo intitulado "A natureza da teoria jurídica", Hart afirma que seu objetivo na obra 'O conceito de Direito' foi de fornecer uma teoria sobre o que é o Direito e essa teoria deveria ser ao mesmo tempo geral e descritiva. Geral, no sentido de que não estaria ligada a nenhum sistema ou cultura jurídica concretos, mas que procuraria dar uma definição explicativa e clara do direito como instituição social e política complexa e normativa, isto é, regida por regras. Explica ele que o Direito, embora tenha tido algumas variações em diferentes culturas e tempos, tomou a mesma forma básica e estrutura geral no decorrer do tempo.

O relato de Hart é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem o propósito de justificar ou recomendar as formas e estruturas de sua exposição do direito. Para esse fim, Hart usa repetidamente os conceitos 'regras que impõem poderes, regras que conferem poderes, regras de reconhecimento, regras de alteração, aceitação de regras, pontos de vista interno e externo, afirmações internas e externas e validade jurídica'.

A teoria jurídica, como concebida por Hart, sendo ao mesmo tempo descritiva e geral é entendida por ele como radicalmente diferente da concepção de Dworkin. Na visão de Hart, Dworkin concebe a teoria jurídica como teoria de avaliação e justificação, dirigida a uma cultura jurídica concreta, que é a própria cultura do teorizador, no caso dele, a do direito anglo-americano. Para Hart, em sentido diverso, uma descrição pode continuar sendo uma descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação.

Especificamente no que diz respeito à natureza do positivismo jurídico, Hart busca refutar os ataques de Dworkin quando este afirma que sua teoria é uma versão semântica do positivismo meramente factual. Dworkin considera a teoria de Hart como uma representação do moderno positivismo jurídico, em especial por rejeitar as teorias imperativas do direito, bem como pela afirmativa de que todo direito emanaria de uma pessoa ou corpo legislativo soberano, juridicamente limitados.

Dworkin destaca que o maior erro de Hart teria sido afirmar que a verdade das proposições de direito, tais como que descrevem direitos e deveres jurídicos depende apenas de questões de mera factualidade histórica, incluindo fatos relativos a crenças individuais e atitudes sociais. Dworkin acrescenta que só poderia existir desacordos, no que se refere ao direito à existência e inexistência de fato histórico, excluindo-se qualquer desacordo teórico ou controvérsias relativamente a fundamento de direito, notadamente os incluem juízos morais de valores controvertidos.

Prossegue acusando a teoria semântica de Hart de vazia e enganadora, enquanto considera que sua teoria - longe de ser semântica - é um relato descritivo dos aspectos do direito como fenômeno social e complexo.

Hart, por sua vez, ao se defender dos argumentos de Dworkin, acredita que seu pupilo não compreendeu corretamente seus argumentos desenvolvidos em 'O Conceito de Direito', tendo em vista que sua teoria contém a afirmação e o reconhecimento de que em muitos sistemas de direito, os critérios úteis de validade jurídica poderiam incorporar preceitos de justiça ou valores morais substantivos.

À crítica de Dworkin de que sua teoria seria uma disfarçada teoria interpretativa, Hart se opõe, afirmando que a versão apresentada por seu crítico de que sua teoria como 'convencionalismo', não é plausível. Hart reafirma que sua teoria não é uma teoria meramente factual do positivismo, pois admite valores entre os critérios de direito, e não somente os meros fatos. Ainda, diz que sua teoria não tem a menor pretensão de identificar a finalidade do direito, tampouco identificá-la como a justificação do uso da coerção, como o faz Dworkin.

Hart prossegue refutando Dworkin, ao mesmo tempo que categoriza seu positivismo como Moderado, indicando que, em nenhum momento em sua obra, disse que

os critérios meramente factuais fornecidos pela regra de reconhecimento devam ser unicamente questões de *Pedigree*; em sentido contrário, assevera que podem ser constrangimentos morais sobre o conteúdo da legislação.

Por fim, observa que alguns teorizadores sustentam que sempre que o Direito exigir que os juízes apliquem padrões morais para determinar o Direito, ele confere o poder discricionário a esses juízes de criar um direito novo, sem que isso represente uma conversão da Moral em Direito.

Seguindo, Hart trata dos princípios e das regras de reconhecimento. Segundo ele, Dworkin tem sustentado que os princípios jurídicos não podem identificar-se por critérios atribuídos por uma regra de reconhecimento manifestada na prática dos tribunais e que uma vez que os princípios são elementos essenciais do direito deve-se abandonar a doutrina da regra de reconhecimento.

Para Hart, os princípios jurídicos só podem ser identificados através de uma interpretação construtiva, como membros de um conjunto único de princípios - que não só se ajusta melhor a toda a história institucional do direito estabelecido de um sistema jurídico -, como também melhor a justifica.

Interpretação construtiva significa, na terminologia jurídica anglo americana e nas palavras de Hart, o processo de determinação do sentido de um documento escrito, nomeadamente de um texto de direito legislado, em regra, prescindindo da averiguação da intenção ou vontade histórica do autor. A interpretação construtiva, assim, abrange a integração de lacunas por recurso à analogia.

A crítica de Hart ao entendimento de Dworkin, reside em que a preocupação com a interpretação construtiva tem levado Dworkin a ignorar o fato de que muitos princípios jurídicos devem o seu estatuto não ao conteúdo que serve com interpretação do direito estabelecido, mas antes àquilo a que ele chama de o seu *pedigree*, tal é o modo da sua criação ou adoção por uma fonte dotada de autoridade reconhecida.

Hart entende que essa preocupação levou do Dworkin a um duplo erro: em primeiro lugar à crença de que os princípios jurídicos não podem identificar-se pelo seu *Pedigree* e, em segundo lugar, à crença de que a regra de reconhecimento só pode fornecer critérios de *pedigree*.

Ainda, Hart entende que ambas as crenças estão erradas: a primeira porque não há nada no caráter não conclusivo dos princípios, nem dos seus outros aspectos que impeça sua identificação por critérios de *pedigree*, entendendo Hart que a inclusão de princípios como parte do direito não acarreta o abandono da doutrina de uma regra de reconhecimento.

Acrescenta ele, Hart, que, na terminologia da obra 'Império do Direito', de Dworkin, as regras e práticas jurídicas que constituem os pontos de partida para tarefa interpretativa de identificação de princípios subjacentes ou juridicamente implícitos, constituem 'direito pré interpretativo' e, muito do que Dworkin diz acerca desta matéria, parece apoiar o ponto de vista de que, para sua identificação, é necessário algo muito semelhante a uma regra de reconhecimento que identifique as fontes de Direito de forma autorizada, como Hart diz ter descrito em sua obra.

O entendimento do ilustre professor de Oxford é que a principal diferença nessa matéria entre o ponto de vista dele e o de Dworkin reside em que, enquanto Hart atribui o acordo geral existente entre os juízes quanto aos critérios de identificação das fontes do direito e a sua aceitação partilhada das regras que atribuem tais critérios, Dworkin prefere falar não de regras, mas de 'consensos', de 'paradigmas' e de 'pré-compreensões' que os membros da mesma comunidade interpretativa partilham.

No que se refere ao Direito e à Moral, Hart estabelece que a diferença mais fundamental na relação entre tais conceitos e, por sua vez, entre a teoria desenvolvida por ele em 'O conceito de direito' e Dworkin diz respeito à identificação do Direito.

Segundo Hart, a existência e o conteúdo do Direito podem ser identificados por referência às fontes sociais (legislação, decisões judiciais e costumes sociais), sem referência à Moral. Já na teoria interpretativa de Dworkin, por outro lado, todas as proposições de direito envolvem necessariamente um juízo moral.

A teoria interpretativa de Dworkin, globalmente holística, tem uma dupla função: não só identifica o direito, como também lhe confere justificação moral.

A crítica que Hart faz à Teoria de Dworkin é que a fim de adequar sua teoria a sistemas jurídicos que possuem por base, princípios de moral iníqua, Dworkin readequou sua teoria na introdução da obra 'Império do Direito' para inserir a distinção entre Direito Interpretativo e Direito Pré interpretativo.

Segundo essa distinção, os sistemas jurídicos perversos ou com fontes sociais moralmente iníquas seriam direitos apenas num sentido pré interpretativo, pois do Direito Interpretativo o seriam apenas os sistemas jurídicos que possuíssem a melhor justificação moral.

Hart afirma, em seu pós-escrito, que esse apelo à flexibilidade da nossa linguagem e a introdução dessa distinção entre direito interpretativo e pré interpretativo só dão mais razão à posição dos positivistas ao invés de enfraquecê-la. Dessa forma, Hart não discorda em nada dessa distinção feita por Dworkin nesse segundo momento. Isso porque nada mais faz Dworkin que passar a mensagem de que na Teoria geral do direito descritiva, o

Direito pode ser identificado sem referência à Moral; no entanto, para uma teoria geral do direito interpretativa e justificativa, a identificação do Direito envolve sempre um juízo moral acerca do que melhor justifica o direito estabelecido.

2 – A DISCRICIONARIEDADE EM SI

Feita esta menção aos principais argumentos dos protagonistas do embate, notadamente às explicações trazidas por Hart em seu pós-escrito, passemos a analisar a questão da discricionariedade em si.

De início, cabe mencionar o que comumente se entende pelo termo “discricionariedade”:

Utiliza-se o termo discricionariedade quando a decisão última sobre o justo no caso concreto é deferida à concepção individual da personalidade chamada a decidir (...), notadamente nos casos imprecisos de vagueza e ambiguidade da linguagem jurídica¹⁰¹.

Tal modalidade é entendida como discricionariedade fraca, eis que cabe ao juiz apontar a melhor solução nos casos em que o texto normativo não é absolutamente claro. Também se entende por discricionariedade fraca aquela utilizada pelo juiz para proceder a análise do fato em si, vez que nem sempre é possível distinguir com facilidade o que corresponde ou não à realidade.

Noutro giro, se diz a discricionariedade “forte” quando relacionada à possibilidade de o magistrado eleger, dentre diferentes opções igualmente válidas e admissíveis, um determinado caminho. A discricionariedade nesse caso é forte, pois, dentre algumas vias juridicamente possíveis, o aplicador do direito deverá escolher uma.

Hart e Dworkin, por enxergarem o sistema jurídico de forma diversa, como já demonstrado, acabaram por alocar a discricionariedade em pontos distintos e conceder a ela maior ou menor intensidade.

Em suma, temos que Hart, positivista clássico, entende que o direito é um sistema que tem nas regras jurídicas seu ponto central. Loiane Prado Vericarbo, no artigo intitulado “*A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin*”, menciona que é bem possível que ao falar de “regras” Hart estava incluindo as normas e os princípios. A autora assinala que:

¹⁰¹ VERBICARO, Loiane Prado. A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, p. 138. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28192> >. Acesso em: 12/08/2021.

Hart parte da premissa de autonomia da filosofia jurídica em relação às controvérsias morais e políticas, defendendo a tese segundo a qual a existência do direito, em sua autonomia, não suscita acudir-se de nenhum outro critério de filosofia política, uma vez que seu propósito não é justificativo, mas descritivo e moralmente neutral. Isso significa que o autor distingue o direito que é do direito que deveria ser e defende ser possível um estudo que se limite a descrever o direito que é¹⁰².

Ao entender de Hart existem regras primárias e secundárias, sendo aquelas as que regulam condutas, impondo deveres e obrigações, e estas as que resolvem os problemas de aplicação das primeiras. Em outras palavras, são as normas ditas secundárias que regulam as primárias, possibilitando que indivíduos ou grupos de indivíduos as apliquem, as modifiquem ou até mesmo as tornem sem vigência. Nesse contexto Hart insere as chamadas "regras de reconhecimento", que, para ele, são o verdadeiro fundamento de um sistema jurídico, eis que instrumento de identificação das normas primárias.

Nos dizeres de Lênio Streck no artigo "Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos": "*Em Hart, os deveres jurídicos são criados por regras sociais, que ganham normatividade por meio de seu reconhecimento social, da seriedade da pressão social que as apoie*"¹⁰³

E é nesse contexto que Hart insere a discricionariedade judicial. Ao seu entender, justamente por ser impossível as regras preverem todos os acontecimentos, seja pela imprecisão da linguagem, como será visto adiante, seja pela incompletude das regras, caberia aos juízes, principalmente nos ditos "*hard cases*", proceder com discricionariedade (ainda que limitada) a fim de encontrar nas regras primárias a resposta adequada para o caso posto.

Dworkin, por sua vez, adepto ao interpretativismo, faz contundentes críticas ao entendimento de Hart, trazendo à tona, como mencionado por Loiane Verbicaro¹⁰⁴, a

¹⁰² VERBICARO, Loiane Prado. A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, p. 140. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28192> >. Acesso em: 12/08/2021.

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em: 26/08/2021. <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>.

¹⁰⁴ VERBICARO, Loiane Prado. A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, p. 140. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28192> >. Acesso em: 12/08/2021.

importância da análise dos princípios e dos valores em conjunto com as regras jurídicas. Para ele, além das regras jurídicas (as quais possuem alto grau de concretude), o ordenamento também é formado por princípios (que por óbvio possuem alto grau de abstração), os quais também devem ser analisados o pelo aplicador do direito.

Dworkin, assim, "*defende uma interpretação construtiva e não discricionária dos juízes*" (VERICARBO, P. 136), eis que o aplicador do direito deve se valer de questões que estão dentro do próprio ordenamento para proferir a decisão (e não fora dele). Dito de outra forma, a resposta para casos fáceis ou difíceis estaria sempre inserida no próprio direito, eis que aquela constitucionalmente adequada com vistas às regras jurídicas e aos princípios vigentes em um dado ordenamento jurídico.

Em resumo, para Dworkin sequer haveríamos que falar em discricionariedade judicial no seu sentido forte, posto que a resposta para toda e qualquer questão estaria dentro do direito.

Para o positivismo hartiano, quando a aplicação das regras é duvidosa, ou quando o caso simplesmente não é contemplado por elas, a decisão judicial discricionária cria, de certa forma, novo elemento de legislação. Ou seja, não há direitos institucionais a preservarem-se quando as regras são vagas ou indeterminadas. Já para Dworkin, mesmo nesses casos o juiz tem o dever de articular, com os princípios, argumentação que favoreça o direito das partes¹⁰⁵.

Ou seja, ao que se nota, quanto mais se entende que o direito é constituído apenas de regras jurídicas, mais se permite a discricionariedade dos juízes, ao passo que quanto mais se aceitam critérios morais na identificação das normas, ampliando-se o conceito de direito, menos discricionariedade se confere aos juízes.

Imperioso também mencionar a discussão acerca da intensidade da discricionariedade para o debate Hart/Dworkin. Nesse sentido, temos que para Hart os "hard cases", em relação aos quais há incerteza acerca da aplicação da norma jurídica, tornam de rigor a aplicação da discricionariedade em seu sentido forte, eis que o juiz passa a escolher entre uma das alternativas possíveis. Em outras palavras, para o mencionado autor há casos em que a linguagem das regras não fornece uma orientação precisa, o que

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em: 26/08/2021. <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>.

gera incertezas acerca de sua aplicação, de modo que a própria linguagem jurídica acaba por conferir a discricionariedade forte ao aplicador do direito.

Dworkin, ao contrário, por entender que existe apenas uma resposta correta (leia-se: a resposta mais acertada com vistas à democracia constitucional e à consagração de direitos), dada a integração das regras jurídicas e dos princípios, acredita que a discricionariedade é sempre fraca. Seja o caso fácil ou difícil, cabe ao juiz integrar todo o sistema jurídico e encontrar a única resposta constitucionalmente adequada.

E tais afirmativas, tanto de Hart quanto de Dworkin, estão intimamente ligadas à problemática envolvendo o grau de liberdade interpretativa dos juízes e à teoria da decisão judicial.

3 – A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DISCRICIONÁRIAS

Importante que se destaque outra questão bastante interessante atinente ao tema, qual seja, a da legitimidade (ou não) das decisões discricionárias.

Ao proferir uma decisão fundada na discricionariedade, notadamente em seu sentido forte, estaria o magistrado ferindo os princípios da legalidade, da anterioridade e da segurança jurídica? Estaria, ainda, havendo desrespeito à separação de poderes? Tais questionamentos em muito se relacionam ao que se viu até então acerca da (in)determinabilidade do direito e de como se enxerga o ordenamento jurídico.

O tema ganhou bastante repercussão e foi ponto central daqueles que pretendiam criticar os escritos de Hart. Contudo, para este pensador, a decisão discricionária seria autêntica em razão da regra secundária de reconhecimento, que confere ao juiz legitimidade para assim agir.

De acordo com o já citado artigo de Streck:

para Hart os casos duvidosos ou difíceis devem resolver-se segundo a discricção judicial. Isso não quer dizer que a decisão seja necessariamente arbitrária ou irracional, mas apenas que será o resultado de uma escolha. Noutras palavras, como o juiz possui a autoridade, conferida por norma de reconhecimento proveniente da comunidade, para decidir, ele pode legitimamente dar a decisão que achar a melhor. Seja a decisão judicial boa ou má, justa ou injusta, não importa: “no quadro do campo da discricionariedade, a [...] decisão está sempre certa¹⁰⁶.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Op. cit., p. 54-87.

Aliás, para os adeptos do uso da discricionariedade, a abertura do ordenamento nesse sentido pode afastar o engessamento do direito e possibilitar decisões mais justas com vistas às peculiaridades do caso concreto. Podem ser mencionados como alguns dos argumentos favoráveis e que buscam legitimar as decisões discricionárias:

(...) instrumento adequado para reconhecer direitos individuais implícitos, evitar a rigidez do direito ou sua incapacidade de adaptação imediata às mudanças sociais e obter resultados mais justos à luz das especificidades do caso concreto.¹⁰⁷

Noutro giro, Georges Abboud, no artigo intitulado *“Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line”* tece severas (e fundamentadas) críticas às decisões discricionárias. Para ele, direito e discricionariedade não podem coexistir, já que excludentes. O autor aponta que a dita discricionariedade foi criada justamente para resolver os casos em que o direito era exceção, de modo que no momento em que a discricionariedade surge, o direito desaparece.

Diferentemente do que preceitua grande parcela de nossa doutrina, discricionariedade e direito não coabitam o mesmo espaço - tal qual não ocupam dois corpos, na Física -, afinal, quando admitimos o uso da decisão discricionária, automaticamente, afirmamos que essa decisão poderá ser pautada por critérios não jurídicos. (...) O risco da utilização da discricionariedade no âmbito judicial dispensa análise dos resultados das decisões, bastando a admissão do juízo discricionário para se tornar preocupante a questão. Isso porque, quando permitimos que o juiz socorra-se da discricionariedade para julgar uma lide, em verdade, estamos conferindo-lhe a possibilidade de utilização de critérios não jurídicos para solucionar o processo.¹⁰⁸

Como se vê, ABBOUD rechaça as decisões discricionárias, afastando por completo sua legitimidade e atestando a incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito:

Em um modelo decisório discricionário, faz sentido se perscrutar pelo bom ou mau humor do julgador, seu senso de justiça e outros critérios de índole subjetiva, afinal o resultado da decisão depende daquilo que lhe for conveniente, oportuno ou justo. No paradigma

¹⁰⁷ VERBICARO, Loiane Prado. Op. cit., p. 137.

¹⁰⁸ ABBOUD, GEORGES. ONDE A DISCRICIONARIEDADE COMEÇA, O DIREITO TERMINA: COMENTÁRIO AO VOTO PROFERIDO POR ALEXANDRE FREITAS CÂMARA SOBRE PENHORA ON-LINE. Revista de Processo | vol. 251/2016 | Jan / 2016 DTR\2016\59.

democrático, por sua vez, a discricionariedade é eliminada. A decisão não depende de critérios subjetivos, mas sim dos parâmetros e amarras próprios da democracia constitucional, ou seja, Constituição, lei, precedentes, doutrina, jurisprudência etc. No segundo modelo, não deve interessar o humor do julgador, mas sim sua correta interpretação dos diversos elementos jurídicos que detêm normatividade em face das peculiaridades do caso concreto. Desse modo, de nada adianta a Constituição e o processo democrático se admitirmos que as questões jurídicas possam ser julgadas por parâmetros extrajurídicos, em regra, correspondentes à consciência e à vontade do julgador. Nesse contexto, o círculo democrático não fecha. A ponta da decisão judicial, na qual o jurisdicionado deve(ria) ter seu direito tutelado e reparado, continua aberta, porque admite o uso da discricionariedade. Quando a questão jurídica do cidadão é examinada por um juízo discricionário, na realidade, está sendo-lhe conferida uma resposta não jurídica¹⁰⁹.

4 – CONCLUSÃO

Tendo em vista o já mencionado protagonismo judicial em ascensão, o artigo posposto foi de grande valia ao proceder cuidadosa análise acerca da discricionariedade judicial nas visões de Hart e Dworkin e sintetizar o célebre debate travado entre eles.

Como podemos ver, a forma pela qual um e outro enxergam o ordenamento jurídico como um todo (ainda que Hart não tenha concordado com o modo pelo qual Dworkin interpretou seu estudo) influi em muito no que se vem a conceber como discricionariedade judicial (em seu sentido forte ou fraco), bem como na existência (ou não) de respostas corretas notadamente nos chamados “hard cases”.

De forma bastante abreviada podemos concluir que Hart entende que os casos difíceis por vezes não são abrangidos tão somente pelas regras jurídicas, as quais inclusive podem conter imprecisões de linguagem, o que conduz à indeterminação do direito e a necessidade de aplicação da discricionariedade judicial em sem sentido forte (o que não acontece em casos fáceis, nos quais as regras jurídicas são claras e suficientes). Nos casos difíceis, portanto, não há como fugir de certa atividade legislativa por parte do juiz e da decisão judicial fundada na discricionariedade.

Dworkin, por sua vez, ao inserir os princípios e valores morais juntamente das regras no ordenamento jurídico, insiste na tese de que, seja o caso fácil ou difícil, sempre haverá uma resposta correta (no sentido da melhor resposta para concretizar direitos e privilegiar

¹⁰⁹ ABOUD, GEORGES. Op. cit.

a democracia constitucional). Deve o juiz, fazendo uso da integração norma/princípios/valores, encontrar a resposta constitucionalmente adequada ao ordenamento em questão, de modo que a sua discricionariedade se mostra sempre fraca.

A verdade é que os estudos relacionados ao tema não pretendem anunciar o “vencedor” do debate (mesmo porque, como já mencionado, muitos sequer acreditam na diferenciação entre as teorias de ambos), mas sim analisar as situações postas e fazer uso delas para desenvolver o tema em questão, seja a fim de rechaçar o uso da discricionariedade, como acima exposto, seja para legitimá-la.

5 – BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *ONDE A DISCRICIONARIEDADE COMEÇA, O DIREITO TERMINA: COMENTÁRIO AO VOTO PROFERIDO POR ALEXANDRE FREITAS CÂMARA SOBRE PENHORA ON-LINE*. Revista de Processo | vol. 251/2016 | Jan / 2016 DTR\2016\59. Disponível em: http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/ABBOUD-Georges_Discricionariedade-e-penhora.pdf. Acesso em 27/08/2021.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em: 26/08/2021. <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>.

VERBICARO, Loiane Prado. *A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 1, p. 133-158, abr. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28192> >. Acesso em: 12/08/2021.

O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ANUAL COM FOCO EM CONCURSOS PÚBLICOS

JORGE HENRIQUE SOUSA FROTA:

Especialista em Direito Tributário.

Especialista em Direito Constitucional.

RESUMO: O presente artigo trata do princípio da anterioridade anual, especificamente como o mesmo vem caindo nas provas de concursos públicos.

SUMÁRIO: Resumo. 1. Introdução. 2. Parâmetros da pesquisa. 3. Fundamentação legal e ilações conceituais do princípio da anterioridade anual. 3.1. Exceções ao princípio da anterioridade. 3.2. Da suspensão da eficácia da nova lei e o bloco de princípios tributários que formam o “princípio da não surpresa”. 3.3. Poder constituinte originário e cláusula pétrea. 3.4. Relação com os demais princípios de direito tributário. 3.5. Extrafiscalidade. 3.6. Princípio da anterioridade, a supressões/e ou redução de tributos e as isenções tributárias. 4. Desenvolvimento. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Objetivo do artigo em questão é desvendar como esse importante princípio de direito tributário vem sendo cobrado pelas bancas que elaboram os concursos públicos.

Para alcançar o desígnio acima, foram respondidas cerca de 300 (trezentas) questões dos mais variados concursos (municipais, estaduais e federais).

2. PARÂMETROS DA PESQUISA

Seguem os parâmetros utilizados para a pesquisa, ou seja, o procedimento adotado para o desenvolvimento e conclusão do artigo:

01. As questões foram retiradas do banco de questões portal qconcursos.

02. Data limite para análise das questões foi o mês de dezembro de 2021. O início em janeiro de 2010.

03. No filtro de questões foi marcado apenas o subtópico “4.4. princípio da anterioridade”.

04. Apenas as questões que possuíam o enunciado correto acerca do princípio da anterioridade anual foram utilizadas como parâmetros para a conclusão do artigo.

05. A questão mais nova data de 2021, a mais antiga de 2010.

3. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E ILAÇÕES CONCEITUAIS DOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE ANUAL

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, cobrar tributos, no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. (art. 150, III, *b* da CF)

Depreende-se pelo comando citado, que os entes políticos não poderão cobrar tributos, no mesmo ano (exercício financeiro, corresponde ao ano civil) em que a lei que instituiu ou majorou o tributo foi publicada.

O princípio da anterioridade é uma limitação constitucional ao poder de tributar, o que equivale a dizer, que ele é uma espécie de comando obstaculizador da voracidade fiscal dos entes federativos, detentores de competência legislativa tributária.

A barreira que o princípio citado acima impõe aos entes federativos, é a de que quando eles criarem ou majorarem os tributos de sua competência, os efeitos da criação ou da majoração deles produzirão suas consequências no mundo, apenas no próximo ano (do ano da criação ou majoração do tributo), ou seja, no próximo exercício financeiro. Ao tratar do princípio da anterioridade, Roberto Caparroz⁰¹ nos ensina que:

Com o objetivo de assegurar ao contribuinte direitos fundamentais nas relações com o Poder Estatal, a Constituição de 1988 condicionou a imposição de tributos à noção de anterioridade, assim entendido o intervalo de tempo mínimo e necessário entre a introdução de normas tributárias no sistema e o atendimento, pelo destinatário, das suas determinações.

Na terminologia que já apresentamos, a anterioridade é a distância cronológica entre vigência e eficácia, ou seja, entre o instante de entrada da norma no ordenamento e a aptidão de produzir os efeitos pretendidos pelo legislador.

Sabemos que os comandos legais juridicizam fatos do cotidiano social, ao colhê-los no mundo concreto por meio da incidência e lhes atribuir consequências no plano jurídico.

Assim, a anterioridade é a garantia constitucional de que as pessoas só deverão conformar suas condutas ao imperativo da norma após período adequado, pois as relações intersubjetivas têm o condão de produzir resultados econômicos diversos, que precisam ser reavaliados quando acometidos pela carga tributária.

No intuito de instrumentalizar esse direito de adequação da vida econômica às imposições tributárias, quis o constituinte assegurar interstício jurídico específico, denominado anterioridade, que em matéria tributária nada mais é do que espécie de *vacatio legis* obrigatória, à luz das ideias já expendidas.

Vamos tratar agora das exceções ao Princípio da Anterioridade.

3.1. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

São as principais exceções ao princípio da anterioridade anual:

- 1) Empréstimo Compulsório para atender a despesas de guerra externa, sua iminência ou calamidade pública (art. 148, I da CF);
- 2) Imposto de Importação, Imposto de Exportação, IPI e IOF (art. 153, I, II, IV e V da CF);
- 3) Imposto Extraordinário de Guerra (art. 154, II da CF);
- 4) Contribuição para a Seguridade Social (art. 195, § 6º da CF).
- 5) CIDE – combustíveis – art. 177º, § 4º, inc. I, “b”, da CF;
- 6) ICMS – combustíveis – art. 155º, § 4º, inc. IV, “c”, da CF.

As exceções ao princípio da anterioridade anual é um tema que é bastante cobrado pelas as provas de concursos, vejamos:

A Constituição Federal fixa regras que limitam o exercício da competência tributária. Dentre elas podem ser citadas as regras da anterioridade anual e da anterioridade nonagesimal. Estas regras não são absolutas, comportando exceções. **NÃO** se submete às regras da anterioridade anual e nonagesimal, ao mesmo tempo, a majoração de alíquota do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). **(FCC - 2011 - PGE-MT - Procurador do Estado)**

É correto afirmar que o ICMS poderá ser aumentado no mesmo exercício financeiro em que foi publicada a lei que o instituiu ou aumentou, quando se tratar de combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez. **(TJ-RO - 2011 - TJ-RO - Juiz Substituto)**

A regra da anterioridade, que veda cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, NÃO se aplica aos impostos de importação e exportação. **(FCC - 2011 - TJ-PE – Juiz)**

É correto afirmar que o Imposto sobre Operações Financeiras não está sujeito ao princípio da anterioridade do exercício financeiro. **(MPE-RS - 2012 - MPE-RS – Promotor)**

A Constituição Federal, em seu artigo 150, contém exceções ao princípio constitucional da não cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Assim sendo, encontre a alternativa que contém tributo não abarcado por tal exceção. R – Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, e imposto de renda e proventos de qualquer natureza. **(Quadrix - 2013 - CRF-SP – Advogado)**

Acerca das limitações constitucionais ao poder de tributar é correto afirmar que as alíquotas do ICMS sobre a comercialização de combustíveis e lubrificantes poderão ser reduzidas e restabelecidas sem observância da regra da anterioridade de exercício. **(UEPA - 2013 - PC-PA - Delegado de Polícia)**

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, a Constituição Federal traz limitações ao poder de tributar concedido à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Sobre o poder de tributar e suas limitações, é correto afirmar que a vedação da cobrança de tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou não se aplica ao imposto sobre importação de produtos estrangeiros. **(IESES - 2016 - TJ-MA - Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provedor)**

Inúmeras outras questões de concursos poderiam ser colocadas ainda (acima).

Além das exceções citadas acima, o STF firmou entendimento de que “norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade”. (Súmula Vinculante 50). Seguem precedentes relativos à Súmula Vinculante 50:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA AO CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. REDUÇÃO DO PRAZO DE RECOLHIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a alteração do prazo para recolhimento das contribuições sociais, por não gerar criação ou majoração de tributo, não ofende o Princípio da Anterioridade Tributária [artigo 195, § 6º, CB/88]. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE-AgR: 295992 SC, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 10/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-05 PP-00893)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PIS. ALTERAÇÃO DO PRAZO PARA RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.212/95, CONVERTIDA NA LEI N. 9.715/98. LEGITIMIDADE. CAUSA DE PEDIR REMOTA. CAUSA DE PEDIR PRÓXIMA. INCOMPATIBILIDADE. 1. Contribuição para o PIS. Não implica majoração da obrigação tributária nem ofensa ao princípio da anterioridade mitigada, consagrado no § 6º do artigo 195 da Constituição do Brasil, a simples mudança do prazo para recolhimento da exação, efetuada nos termos da Medida Provisória n. 1.212/95 [Lei de conversão n. 9.715/98]. Idoneidade do texto normativo para disciplinar matéria tributária. Precedente do Pleno deste Tribunal. 2. Tem-se a improcedência do pedido próximo porque o pedido remoto não encontrou base de sustentação nos fatos que ensejaram a causa. Embargos de declaração rejeitados. (STF - RE-AgR-ED: 356476 DF, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 21/02/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 24-03-2006 PP-00035 EMENT VOL-02226-03 PP-00455 REPUBLICAÇÃO: DJ 23-06-2006 PP-00054)

Vejamos como as bancas de concursos cobram essa informação:

É correto afirmar que segundo entendimento sumular do Supremo Tribunal Federal a norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.
(MPE-SC - 2012 - MPE-SC - Promotor de Justiça – Manhã)

De acordo com as limitações ao poder de tributar é correto afirmar que norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação

tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade. **(FEPESE - 2014 - Prefeitura de Palhoça - SC - Procurador do Município)**

Considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é correto afirmar que a lei que altera o prazo de pagamento do tributo, por não implicar majoração da exação, não se sujeita ao princípio da anterioridade. **(TRF - 4ª REGIÃO - 2014 - TRF - 4ª REGIÃO - Juiz Federal Substituto)**

Considerando as limitações constitucionais ao poder de tributar, é correto afirmar que norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade. **(AMEOSC - 2021 - Prefeitura de São José do Cedro - SC - Procurador Municipal)**

Sobre o Direito Tributário e as competências atribuídas ao Município, é correto afirmar que norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade. **(AMAUC - 2021 - Prefeitura de Ipumirim - SC - Advogado)**

Superado o tema das exceções, vamos agora traçar alguns comentários acerca da finalidade do princípio, que é a de suspender a eficácia das consequências jurídicas relativas à criação ou aumento do tributo por um tempo determinado (até o exercício financeiro seguinte), para que o contribuinte tenha tempo hábil (pelo menos mínimo) para se organizar financeiramente, no intuito de receber o impacto do novo encargo tributário em seu orçamento.

3.2. DA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA NOVA LEI E O BLOCO DE PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS QUE FORMAM O “PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA”.

Importante mencionar que a lei está apta a produzir todos os seus efeitos no mundo jurídico, mas o referido princípio suspende a eficácia do citado diploma legal que foi criado para majorar ou instituir tributos. As bancas de concursos adoram cobrar essa informação.

Vejamos o conceito de princípio da anterioridade tributária apresentado pela banca “AV MOREIRA” quando da realização do concurso para auditor fiscal de tributos para a Prefeitura de Landri Sales – PI que corrobora com o pensamento esposado: “Princípio comum no campo tributário, diz que a lei que cria ou aumenta um tributo, ao entrar em vigor, fica com sua eficácia suspensa até o início do próximo exercício financeiro, quando incidirá e produzirá todos os seus efeitos no mundo jurídico”.

A banca “Quadrix”, também apresenta raciocínio análogo ao que foi colocado acima, vejamos: “A lei que cria ou aumenta um tributo, ao entrar em vigor, terá sua aplicação

suspensa até o início do próximo exercício financeiro; só a partir desse período é que suas determinações passarão a ser aplicadas. A que Princípio Tributário o texto se refere? R – Princípio da Anterioridade”. **(Quadrix - 2012 - DATAPREV - Analista de Tecnologia da Informação – Contabilidade)**

Já a banca ITAMÈ dispõe o seguinte “Os princípios do Direito Tributário são normas permeadas na Constituição Federal que limitam, regulam a prática de competência tributária e sua operacionalização, fazendo com que alguns valores tenham melhor efetividade no ordenamento jurídico. Diante do tema concernente é correto afirmar que a anterioridade não impede a criação nem a majoração de tributo, apenas se preocupa em regular os efeitos de tal ato no tempo. Estabelece uma imposição constitucional de se manter uma distância temporal mínima entre a publicação e a força vinculante da lei instituidora ou majoradora de tributos”. **(Itame - 2015 - Prefeitura de Padre Bernardo - GO - Fiscal de Tributos)**

Outro exemplo: “Em tema de garantias e limitações constitucionais ao poder de tributar, qual das seguintes alternativas se revela correta? Segundo o princípio da anterioridade, consagrado na vigente Constituição Federal, lei que institua ou majore tributos somente pode ter eficácia no exercício financeiro seguinte ao da publicação da lei (...)”. **(MPE-PR - 2013 - MPE-PR - Promotor de Justiça)**

Deve-se entender por exercício financeiro, o ano civil, com início em 01 de janeiro e término no dia 31 de dezembro de 2021. É o que informa o art. 34 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal): “Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil”.

O ano civil é regulado pela Lei nº 810, de 6 de setembro de 1949 (Define o ano civil). Seguem os comandos legais da pequena e citada lei:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA faço saber que o **CONGRESSO NACIONAL** decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte.

Art. 2º Considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte.

Art. 3º Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia subsequente.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

A finalidade constitucional do “princípio da anterioridade anual” (juntamente com a anterioridade nonagesimal e a irretroatividade tributária) é garantir que o contribuinte não seja surpreendido com a majoração da carga tributária, sem que o mesmo tenha tempo hábil para se organizar, adequar e planejar sua vida (dentro do novo cenário fiscal).

A matéria (finalidade indicada) já foi matéria de concurso (CESPE - 2013 - SERPRO - Analista - Gestão Financeira) que considerou correto o seguinte enunciado: “É correto afirmar que a adoção da noventena, associada ao princípio da anterioridade, confere ao contribuinte a possibilidade de aperfeiçoar o seu planejamento pessoal e empresarial, prevenindo-se, com antecedência, das modificações provocadas pela criação ou majoração dos tributos devidos”.

A junção dos princípios da anterioridade anual, nonagesimal e da irretroatividade da lei tributária, é conhecido na doutrina como “princípio da não surpresa”. Antes de apresentar conceito do “princípio da não surpresa” e/ou colocar enunciados de concurso acerca do tema, se faz importante fazer uma breve apresentação dos princípios da anterioridade nonagesimal e da irretroatividade da lei tributária.

O princípio da irretroatividade da lei tributária possui respaldo constitucional, vejamos o que informa o art. 150, III, *a* da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

Esse princípio decorre da ideia de irretroatividade das normas, previsto no art. 5º da CF, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Basicamente esse comando principiológico informa que uma lei nova não pode atingir fatos do passado, apenas situações/eventos vindouros, pós publicação da lei (respeitado as outras limitações constitucionais ao poder de tributar).

Já o princípio da anterioridade nonagesimal é uma espécie de complemento do princípio da anterioridade anual, e do mesmo modo que as outras limitações ao poder de tributar, também possui respaldo constitucional, *verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Este princípio tem característica parecida com o do princípio da anterioridade geral, a saber: prostrar os efeitos no tempo da nova lei que institui ou majora tributos, dispondo que deve se respeitar um período de 90 (noventa) dias da sua publicação (da nova lei) para que se irradiem os efeitos do novo comando jurídico (instituição/ou majoração do tributo).

O referido princípio deve agir em conjunto com o princípio da anterioridade anual conforme parte final da alínea "C" do art. 150, III da Constituição Federal (observado o disposto na alínea b).

Como informado à junção dos princípios citados formam o que a doutrina nomina de "princípio da não surpresa", que é a reunião de comandos constitucionais que visam proporcionar tempo hábil para que o contribuinte possa se planejar para o novo ônus fiscal/tributário advindo das novas leis tributárias (que majoram ou instituem novos tributos).

Seguem enunciados considerados corretos (pelas respectivas bancas) que apoiam com o pensamento exposto (não surpresa e finalidade constitucional), vejamos:

É correto afirmar que pelo princípio da não-surpresa do contribuinte, nos termos da Constituição Federal, são adotadas as seguintes fórmulas (dentre outras): a) princípio da anterioridade anual ou anterioridade de exercício, determina que União, Estados, Distrito Federal e Municípios não cobrem tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que aumenta ou institui tributo; b) princípio da anterioridade nonagesimal, segundo o qual é vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os aumentou ou instituiu. **(MPE-SC - 2014 - MPE-SC - Promotor de Justiça - Matutina)**

Para entrar em vigor e ser cobrado, os tributos necessitam seguir determinados princípios, dentre eles podemos destacar a

irretroatividade, anterioridade e noventena. Esse conjunto de princípios também é chamado de princípio da não surpresa. **(INAZ DO PARÁ – 2018 - FunGota de Araraquara - SP - Advogado)**

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de 26 de outubro de 2018, decidiu por unanimidade não dar provimento ao agravo regimental no Recurso Extraordinário n. 1.053.254/RS, no qual se discutia a limitação ao poder de tributar da União, mediante a revogação de benefício fiscal para o cálculo de PIS/COFINS. O Tribunal considerou que a revogação do benefício fiscal provocaria uma majoração indireta do tributo, o qual, por essa razão, deveria ser submetido ao princípio da não surpresa, buscando, em especial, garantir a segurança jurídica ao contribuinte, para que este não fosse surpreendido com um aumento inesperado da carga tributária sem a concessão de prazo mínimo para adaptação da sua política fiscal. Nessa hipótese, a Corte garantiu a aplicação de qual princípio constitucional em matéria tributária? R - Princípio da anterioridade nonagesimal. **(FUNDEP (Gestão de Concursos) - 2019 - MPE-MG - Promotor de Justiça Substituto)**

O princípio da anterioridade de exercício, também chamada de genérica, e da anterioridade nonagesimal, previstos na Constituição Federal de 1988, são correlacionados a previsibilidade e não surpresa, constituindo-se em garantia ao contribuinte através da limitação do poder impositivo estatal. É correto afirmar em relação ao princípio da anterioridade o seguinte: I – A anterioridade de exercício e a anterioridade nonagesimal se aplicam cumulativamente a todas as espécies tributárias, excetuando aquelas previstas de maneira taxativa pela Constituição. II – O Poder Executivo pode alterar a alíquota do Imposto sobre Importação, que passará a ser exigida imediatamente após a publicação do ato normativo que a alterou. **(Unesc - 2021 - PGM - Criciúma - SC - Procurador do Município)**

3.3. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E CLÁUSULA PÉTREA

O princípio da anterioridade anual foi fruto da Assembleia Nacional Constituinte, ou seja, foi posto na carta constitucional pelo poder constituinte originário.

Ele (p. anterioridade anual) é considerado cláusula pétrea e não pode ser suprimido do texto constitucional. As bancas de concursos adoram tratar sobre o assunto em comento, vejamos:

É correto afirmar que o princípio constitucional da anterioridade tributária anual, previsto no art. 150, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, é direito fundamental do contribuinte, razão pela qual não pode ser suprimido por Emenda Constitucional. **(FMP Concursos - 2012 - PGE-AC - Procurador do Estado)**

A Constituição Federal de 1988 estabelece diversas limitações constitucionais ao poder de tributar, algumas como princípios de Direito Tributário, outras como imunidades. Essas normas jurídicas limitam a competência da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e conferem direitos subjetivos aos contribuintes. A respeito dessas limitações, é correto afirmar: o princípio da anterioridade, garantia individual do contribuinte, é cláusula pétrea e não pode ser afastado nem mesmo por meio de emenda constitucional. **(COPEVE-UFAL - 2015 - Prefeitura de Inhapi - AL - Auditor Fiscal da Receita Municipal)**

Sobre os aspectos tributários e seus impactos, é correto afirmar que as normas constitucionais que garantem a observância da anterioridade na criação e majoração de determinados tributos integram o bloco de direitos fundamentais dos contribuintes e, como tal, não podem ser eliminadas em eventual reforma da Constituição. **(UFMA - 2016 - UFMA - Administrador)**

Em relação às limitações constitucionais ao poder de tributar e à atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é correto afirmar que qualificado como garantia individual do contribuinte e, por conseguinte, como cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, o princípio da anterioridade não se aplica à norma jurídica que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária. **(CESPE / CEBRASPE - 2016 - TCE-PA - Auditor de Controle Externo - Área Administrativa – Direito)**

Agora vamos ver como o Princípio da anterioridade anual é cobrado, quando as bancas de concursos o relacionam com outros princípios de direito tributário.

3.4. RELAÇÃO COM OS DEMAIS PRINCÍPIOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Nesse tópico, de maneira sucinta, vamos demonstrar como as bancas de concursos relacionam princípio da anterioridade anual com outros princípios do direito tributário.

As bancas de concursos utilizam o princípio da anterioridade anual com alguns princípios, a saber:

a) princípio da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, c da CF: “antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;”). Vejamos:

De acordo com a Constituição Federal, é VEDADO à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I. Cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. II. Instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. III. Cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. IV. Exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. V. Cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. As vedações citadas acima correspondem, correta e respectivamente, aos denominados princípios da irretroatividade; imunidade recíproca; anterioridade; legalidade; anterioridade nonagesimal ou noventena. **(FCC - 2015 - TCM-GO - Procurador do Ministério Público de Contas)**

O Município de Manaus, desejando promover o aumento da base de cálculo do IPTU incidente sobre a propriedade de imóveis localizados em seu território, deverá elaborar norma jurídica que atenda, dentre outros, aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade e irretroatividade. **(FCC - 2015 - MANAUSPREV - Procurador Autárquico)**

Para entrar em vigor e ser cobrado, os tributos necessitam seguir determinados princípios, dentre eles podemos destacar a irretroatividade, anterioridade e noventena. Esse conjunto de princípios também é chamado de princípio da não surpresa. É correto afirmar que a seguinte descrição “Não pode haver cobrança de tributos antes de decorridos noventa dias da data em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” descreve corretamente o princípio da noventena. **(INAZ DO PARÁ – 2018 - FunGota de Araraquara - SP - Advogado)**

b) princípio da anualidade (não possui mais respaldo no direito tributário vigente):

Sobre os Princípios Constitucionais da Anualidade e Anterioridade Financeira e Tributária é correto afirmar: com o advento do Princípio da Anterioridade (art. 150, III, "b" da CF/88) que passou a regular a matéria tributária na CF/88, o Princípio da Anualidade (art. 165, III da CF/88 c/c art. 34 da Lei 4.320/1964) passou a ser adstrito a matéria orçamentária. **(CETAP - 2015 - MPCM-PA - Analista – Direito)**

c) princípio da Irretroatividade (art. 150, III, *a* da CF: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado). Vejamos:

A partir da noção acerca das limitações constitucionais ao poder de tributar, é correto afirmar que na alteração que implique redução de tributo, beneficiando o contribuinte quer por alteração de base de cálculo, quer por alteração de alíquota, não se aplicam as regras da legalidade, anterioridade e irretroatividade. **(FCC - 2014 - TRF - 3ª REGIÃO - Analista Judiciário - Área Judiciária)**

A respeito dos princípios da anterioridade e da irretroatividade, ambos princípios constitucionais do sistema tributário, é correto afirmar que o princípio da irretroatividade aplica-se a todo tributo; o da anterioridade, por sua vez, admite exceções. **(CESPE – 2018 - DPE-PE - Defensor Público)**

d) princípio da legalidade (art. 150, I da CF: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;). Vejamos:

É correto afirmar: **01.** Que pode um decreto antecipar o dia de recolhimento do tributo, sem ofensa aos princípios da legalidade e da anterioridade, tendo em vista não se encontrar sob o princípio da legalidade estrita e da anterioridade a fixação do vencimento da obrigação tributária. **02.** Revogada a isenção, o tributo torna-se imediatamente exigível. Em caso assim, não há que se observar o princípio da anterioridade, dado que o tributo já é existente. **03.** O prazo nonagesimal previsto no art. 150, III, *c*, da CF somente deve ser utilizado nos casos de criação ou majoração de tributos, não na hipótese de simples prorrogação de alíquota já aplicada anteriormente. **(PGE-PA - 2011 - PGE-PA - Procurador do Estado)**

Quanto aos princípios da anterioridade e da legalidade, é correto afirmar: a fixação da base de cálculo do IPTU não está sujeita à observância da anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, III, *c*

da Constituição Federal. **(COPS-UUEL - 2011 - PGE-PR - Procurador do Estado)**

Augusto José se insurge em face da cobrança de IPTU que recebeu, com valores majorados para o presente exercício fiscal. Segundo alegado e provado, a lei que alterou a legislação anterior sobre o referido imposto foi publicada, de forma parcial, no ano anterior ao presente exercício; a tabela relativa à Planta de Valores, contudo, foi publicada no mesmo exercício fiscal da cobrança dos novos valores. A Fazenda Municipal, entretanto, registra que a tabela representa mero regulamento editado pelo Poder Executivo local, não se confundindo com a lei anterior, esta regularmente publicada, conforme determina a Constituição. A cobrança com base na nova tabela e a posição da Fazenda Municipal podem ser caracterizadas como inconstitucionais, já que a cobrança no mesmo exercício fiscal fere o princípio da anterioridade, e a argumentação da Fazenda fere o princípio da legalidade. **(FGV - 2014 - Prefeitura de Recife - PE - Auditor do Tesouro Municipal - Prova II)**

O Município X publica, em 26 de setembro de 2014, Decreto prevendo que, a partir de janeiro do ano subsequente, a base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) seria reajustada na mesma proporção da inflação do período, sendo ademais majorada em um ponto percentual a alíquota do tributo. Determinado contribuinte questiona o Decreto em tela, alegando que o mesmo vulnera o princípio da legalidade e da anterioridade. A alegação do contribuinte está correta em relação ao argumento da ilegalidade no que tange à majoração de alíquota, mas incorreta em relação aos argumentos da anterioridade e da ilegalidade atinente ao reajuste da base de cálculo. **(FGV - 2014 - PGM - Niterói - Procurador do Município, 3ª Categoria (P3))**

e) princípio da segurança jurídica (doutrina):

É correto afirmar que o princípio anterioridade anual e o princípio da anterioridade nonagesimal objetivam implementar o princípio da segurança jurídica, evitando que o contribuinte ou responsável seja surpreendido com a instituição ou majoração inesperada de tributos. **(Concursos-MS - 2016 - PGE-MS - Procurador do Estado)**

f) princípio da vedação ao confisco (art. 150, IV da CF: utilizar tributo com efeito de confisco). Vejamos:

É correto afirmar que segundo a Constituição Federal, é vedado aos Estados exigir ou aumentar tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou utilizar tributo com efeito de confisco. **(IESES - 2012 - Potigás - RN - Advogado Júnior)**

Associe a COLUNA I com a COLUNA II, relacionando os princípios tributários às suas respectivas definições / descrições, considerando os preceitos da Constituição Federal de 1988.

COLUNA I: 1. Anterioridade. 2. Irretroatividade. 3. Legalidade. 4. Vedação ao confisco. 5. Isonomia tributária

COLUNA II: () É vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. () É vedado aos entes federados cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu. () Proíbe distinções arbitrárias entre contribuintes que se encontrem em situações semelhantes. () Não se pode cobrar tributo relativo a situações ocorridas antes do início da vigência da lei que as tenha definido. () A cobrança de tributos deve se pautar dentro de um critério de razoabilidade, não podendo ser excessiva, antieconômica. Assinale a sequência **CORRETA**. R – 3 1 5 2 4. **(FUNDEP (Gestão de Concursos) - 2016 - IFN-MG - Técnico em Contabilidade)**

g) princípio da Isonomia (art. 150, II da CF: instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos). Vejamos:

O direito tributário é uma área do direito que se presta ao estudo jurídico da tributação. A tributação, por sua vez, circunda as noções de tributo, arrecadação e fiscalização. Na Constituição Federal, ao definir as "Limitações ao Poder de Tributar", em seu art. 150 e seguintes, definiu uma série de princípios que norteiam o direito tributário, dentre eles: I. Legalidade (art. 150, I). II. Isonomia (art. 150, II). III. Irretroatividade tributária (art. 150, III, a). IV. Anterioridade de exercício (art. 150, III, b). V. Vedação ao confisco (art. 150, IV). **(EDUCA - 2020 - Prefeitura de Cabedelo - PB - Auditor de Controle Interno)**

Superado esse tema, passamos a tratar acerca da relação do instituto da extrafiscalidade e o princípio da anterioridade anual.

04.5. EXTRAFISCALIDADE

A extrafiscalidade pode ser conceituada “como o emprego de instrumentos tributários para o alcance das finalidades não arrecadatórias, mas incentivadoras ou inibidoras de comportamentos, com vista à realização de valores constitucionalmente relevantes”. **(VUNESP - 2017 - TJ-SP - Juiz Substituto)**

Eu já falei sobre o instituto da extrafiscalidade no meu livro “Manual de Direito Tributário para o exame da ordem. Parte: 01 conceitos⁰²”, vejamos:

Nos tributos extrafiscais, o objetivo arrecadatório pode não ser o mais relevante, pois algumas figuras se destacam pela chamada função regulatória, como nos casos do Imposto de Importação, Imposto de Exportação, IOF e IPI.

A extrafiscalidade, na prática, revela-se como o poder conferido à lei para que a imposição de certos tributos se valha de mecanismos que possam atender a interesses específicos da administração tributária.

No mais das vezes, esse objetivo colateral é até mais importante do que o resultado econômico da exação, dada a necessidade de o Estado aferir as circunstâncias do mundo real e, mediante instrumentos tributários adequados, atuar em consonância com os mandamentos constitucionais.

Os tributos que essencialmente possui natureza jurídica tributária extrafiscal, são: II, do IE, do IPI e do IOF.

Basicamente a extrafiscalidade é a possibilidade que os entes políticos (em sua quase totalidade a União) de majorar e/ou reduzir as alíquotas por meio do Poder Executivo de determinados tributos, com o “fim” de aumentar e/ou diminuir comportamentos que afetam o coletivo. Exemplo: Aumentar o imposto de exportação, para incentivar o mercado interno, e vice-versa.

A extrafiscalidade possui relação íntima com o Princípio da Anterioridade Anual, visto que certos tributos por terem natureza extrafiscal (como os acima apontados) são exceções ao referido princípio tributário (bem como outros: legalidade, anterioridade mitigada e etc.), visto que precisam ser modificados de imediato para que possam regular determinado setor social/econômico da maneira mais rápida possível, porquanto como ora informado os tributos de natureza extrafiscal visam não somente a arrecadação fiscal, gerando ônus aos contribuintes, eles objetivam (mediante instrumentos tributários adequados) ajustar/alterar determinados segmentos visando atender a interesses específicos da administração tributária.

Vejamos com essa matéria é tratada pelos concursos nacionais. Seguem os enunciados:

De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), “o efeito extrafiscal ou a calibração do valor do tributo de acordo com a capacidade contributiva podem ser obtidos pela modulação da alíquota. Em princípio, portanto, não ofende a Constituição a utilização de impostos com função extrafiscal com o objetivo de compelir ou afastar o indivíduo de certos atos ou atitudes.” Considerando o texto apresentado, a respeito dos impostos extrafiscais, é correto afirmar que O IPI deve respeitar, conforme prescreve a Constituição, a regra da anterioridade nonagesimal. **(IADES – 2018 – CFM - Advogado)**

Quanto aos princípios da legalidade e da anterioridade tributária, é correto afirmar: I. O princípio da legalidade tributária aplica-se a todos os tributos, mas se admite a alteração da alíquota de certos impostos federais, de caráter extrafiscal, desde que sejam atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei. II. A anterioridade de exercício e a nonagesimal são aplicáveis a todos os tributos, de forma cumulativa, excetuadas hipóteses previstas taxativamente no texto constitucional. **(FUNDATEC - 2015 - PGE-RS - Procurador do Estado)**

A Constituição Federal de 1988 prevê exceções ao princípio tributário da anterioridade, como ocorre nos casos dos impostos sobre importação e sobre exportação. Nesses casos, a exceção é justificada pela necessidade de ajuste do tributo aos objetivos da política cambial e do comércio exterior. De acordo com a doutrina majoritária, a referida hipótese de exceção ao princípio tributário da anterioridade é explicada em razão de os tributos citados terem finalidade extrafiscal. **(CESPE – 2019 - TJ-PR - Juiz Substituto)**

Vamos discutir agora, como fica a aplicação do princípio da anterioridade tributária em relação à supressão de tributos, redução de alíquotas e revogações de isenções tributárias.

3.6. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE, A SUPRESSÕES/E OU REDUÇÃO DE TRIBUTOS E AS ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS

O princípio da anterioridade anual não se aplica no caso de supressão ou diminuição de tributos, conforme ensinamentos de Edvaldo Nilo de Almeida⁰³:

Consagradas no art. 150, III, b e c, da CF, as anterioridades anual e nonagesimal buscam proteger o sujeito passivo de uma tributação inesperada. Decerto, é um plus a irretroatividade, pois não satisfaz a segurança jurídica apenas que a situação tributável seja prévia, devendo também existir um tempo razoável para que o sujeito passivo possa planejar as suas atividades econômicas em caso de aumento ou criação de tributo novo, o que fortalece a confiança e a certeza no Estado de Direito.

A anterioridade genérica ou anual é a proibição do poder estatal fiscal cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que tenha instituído novo tributo ou majorado o tributo.

A interpretação mais adequada do princípio da anterioridade genérica é que a norma jurídica criadora ou majoradora do tributo apenas irá incidir sobre os fatos jurídicos ocorridos no exercício financeiro subsequente ao de sua publicação. (Grifos nossos)

Vejamos como esse tema já foi cobrado em uma questão de concurso:

A partir da noção acerca das limitações constitucionais ao poder de tributar, é correto afirmar que na alteração que implique redução de tributo, beneficiando o contribuinte quer por alteração de base de cálculo, quer por alteração de alíquota, não se aplicam as regras da legalidade, anterioridade e irretroatividade. **(FCC - 2014 - TRF - 3ª REGIÃO - Analista Judiciário - Área Judiciária)**

A jurisprudência brasileira ainda não pacificou seu entendimento quanto a aplicação das anterioridades no caso de revogação de isenções tributárias. Seguem julgados que tratam o tema de forma distintas:

JULGADO QUE NÃO SE APLICA A ANTERIORIDADE.

RECURSO INOMINADO. IPVA. ISENÇÃO DECORRENTE DA CONDIÇÃO DE DEFICIENTE FÍSICO. ALTERAÇÃO DOS REQUISITOS PROMOVIDA PELA LEI ESTADUAL N. 17.293/2020. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DE DIREITO ADQUIRIDO À MANUTENÇÃO DA ISENÇÃO, COM AMPARO NO ART. 178 DO CTN. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. ART. 150, III, B, E § 1º, DA CF/88. **LIMITAÇÃO AO**

PODER DE TRIBUTAR QUE NÃO SE APLICA PARA A HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO CONDICIONADA DO IPVA. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR O PEDIDO IMPROCEDENTE (TJSP; Recurso Inominado Cível 1001647-21.2021.8.26.0408; Relator (a): Renata Ferreira dos Santos Carvalho; Órgão Julgador: Turma Cível e Criminal; Foro de Ourinhos - Vara do Juizado Especial Cível; Data do Julgamento: 15/09/2021; Data de Registro: 15/09/2021)

O presente recurso extraordinário revela-se processualmente inviável, eis que se insurge contra acórdão que decidiu a causa em estrita conformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame. Com efeito, a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, ao julgar o RE 204.062/ES, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, fixou entendimento que desautoriza a pretensão de direito material deduzida pela parte ora recorrente: “- CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO: REVOGAÇÃO. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE.

I. - Revogada a isenção, o tributo torna-se imediatamente exigível. Em caso assim, não há que se observar o princípio da anterioridade, dado que o tributo já é existente. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. III. - R.E. conhecido e provido.” O exame da causa em que interposto o apelo extremo em questão evidencia que o acórdão impugnado ajusta-se à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na matéria em referência. Sendo assim, e considerando as razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento. Publique-se. Brasília, 1º de março de 2010. Ministro CELSO DE MELLO Relator (STF - RE: 492781 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/03/2010, Data de Publicação: DJe-049 DIVULG 17/03/2010 PUBLIC 18/03/2010) (Grifos nossos)

JULGADO QUE SE APLICA A ANTERIORIDADE.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. MAJORAÇÃO. ANTERIORIDADE. PRECEDENTE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Estado da Bahia insurge-se contra acórdão por meio do qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a aplicação dos Decretos estaduais nº 39.596 e nº 39.697, ambos de 1999, que promoveram a majoração da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS devido por

prestadores de serviços de televisão por assinatura, para o ano de publicação, assentada a possibilidade de surtirem efeitos, em razão do princípio da anterioridade tributária, apenas a partir de 1º de janeiro de 2000. **A decisão impugnada não merece reparos. Os atos infralegais implicaram aumento indireto do imposto, porquanto revelaram redução de benefício fiscal vigente, devendo ser observado, também nesses casos, o princípio da anterioridade.** Essa foi a óptica adotada pelo Supremo no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, envolvida lei que postergou a utilização de créditos tributários então permitidos. 2. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso. 3. Publiquem. Brasília, 4 de dezembro de 2013. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (STF - RE: 564225 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/12/2013, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16/12/2013 PUBLIC 17/12/2013)

Existem entendimentos diversos, mas acreditamos que o raciocínio do primeiro julgado citado (**Revogada a isenção, o tributo torna-se imediatamente exigível. Em caso assim, não há que se observar o princípio da anterioridade, dado que o tributo já é existente: RE: 492781 MG**) é o mais correto para o fim desse artigo, que é o de apresentar o princípio da anterioridade para concursos públicos (mesmo eu, Jorge Frota, tendo entendimento diverso sobre o tema).

Mas, se for o caso da nominada “isenção onerosa” deve-se respeitar o Princípio da Anterioridade Anual, porquanto não é admissível que a isenção seja livremente suprimida ao bel-prazer do ente político competente. Segue conceito de isenção onerosa formulado por Gustavo Meira Borges⁰⁴:

As isenções não-onerosas são desprovidas de qualquer contrapartida por parte do contribuinte isento. A regra é a sua livre revogabilidade, uma vez que não se caracterizam como direito adquirido.

As isenções onerosas, a seu turno, são aquelas que não trazem em seu corpo apenas o benefício da dispensa legal do pagamento do tributo, mas também algum ônus como condição para sua fruição. É caracterizada por possuir um prazo determinado e condições estabelecidas.

O cumprimento das condições, dessa forma, garante o direito adquirido do contribuinte, pelo prazo estabelecido, de não ver frustrada a sua expectativa de dispensa de pagamento do tributo,

sendo vedado ao Fisco a possibilidade de revogação ou alteração da isenção fiscal concedida. Esse entendimento, inclusive, é produto de súmula da jurisprudência do STF, nos seguintes termos:

SÚMULA 544 – “Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas”.

Como não podem ser livremente suprimidas, as revogações das isenções devem respeitar as limitações constitucionais ao poder de tributar, como é o caso da legalidade, anterioridades, irretroatividade e outras.

3.7. MEDIDA PROVISÓRIA E O P. ANTERIORIDADE.

Medida provisória é um veículo legislativo, conforme dispõe o art. 59, V da Constituição Federal, vejamos:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções. (Grifos nossos)

As medidas provisórias são editadas pelo chefe do Poder Executivo e possuem força de lei. Ela é regulada pelo longo art. 62 da Constituição Federal. Para fins de concursos, as informações que são relevantes (na relação princípio da anterioridade e medida provisória) é a de que:

01. Se a medida provisória for aprovada, produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte àquele em que a nova lei, decorrente da medida provisória aprovada, foi publicada;

02. E a de que a conversão em lei deve ser feita até o último dia do exercício financeiro em que for editada, para que a nova norma possa ser aplicada no ano seguinte. Seguem enunciados de questões sobre o tema:

O chefe do poder executivo, por meio de medida provisória aprovada no Congresso Nacional, majorou a alíquota do imposto sobre a renda das pessoas físicas. A nova lei, decorrente da medida provisória aprovada, produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte àquele em que a nova lei, decorrente da medida provisória aprovada, foi publicada. **(FCC - 2016 - Prefeitura de Campinas - SP – Procurador)**

O presidente da República editou medida provisória que previa que o recolhimento de contribuição previdenciária passaria de trimestral para mensal, sem aumento dos valores globalmente devidos. A medida provisória foi publicada no Diário Oficial da União em 10/2/2019, com vigência imediata. Posteriormente, o Congresso Nacional modificou a medida provisória, prevendo o aumento da alíquota da contribuição de 7% para 8%. A lei de conversão foi sancionada e publicada em 10/4/2019. Considerando-se essa situação hipotética, é correto afirmar que o pagamento mensal e o aumento de alíquota somente são exigíveis a partir de fevereiro de 2019 e julho de 2019, respectivamente. **(CESPE - 2019 - MPC-PA - Procurador de Contas)**

A respeito do princípio da anterioridade tributária, é correto afirmar: Medida provisória pode instituir ou majorar imposto e, neste caso, a obediência à anterioridade anual tributária pressupõe a sua conversão em lei até o último dia do exercício financeiro em que for editada, para que a nova norma possa ser aplicada no ano seguinte. **(FCC - 2020 - TJ-MS - Juiz Substituto)**

Deve-se observar ainda, que se a medida provisória majorar tributos que são exceções ao princípio da anterioridade tributária, não deve se respeitar o interstício presente no texto constitucional referente ao citado comando principiológico. Segue enunciado que trata do assunto: “A Medida Provisória pode instituir ou majorar impostos e poderá produzir efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. Existem alguns impostos que podem ter os efeitos no mesmo exercício financeiro, é o caso dos impostos: de importação, de exportação, sobre operações financeiras e sobre produtos industrializados”. **(CEPERJ - 2015 - Prefeitura de Saquarema - RJ – Procurador)**

É o que de essencial há para relatar acerca do princípio da anterioridade anual, objeto do presente artigo científico.

4. DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento do trabalho em comento se deu dentro de ilações legais (Art. 150, III, *b* da CF e comandos residuais como: Art. 150, III, *a* e *c* da CF e outros) e doutrinárias (doutrinadores: 01. Roberto Caparroz. 02. Jorge Henrique Sousa Frota. 03. Edvaldo Nilo de Almeida. 04. Gustavo Meira Borges), bem como no acompanhamento das questões que mencionam expressamente o princípio da anterioridade em seus enunciados.

Foram analisadas mais de 300 questões, mas foram consideradas na conclusão, apenas as questões que trouxeram em suas alternativas informações corretas relativas ao princípio da anterioridade anual.

Foram avaliadas questões de concursos federais, estaduais e municipais, tanto da Administração Direta como Indireta, bem como outras instituições que necessitam de concursos públicos para a formação dos seus quadros de funcionários.

5. CONCLUSÃO

Em relação ao que foi estudado (cerca de mais de 300 questões acerca do princípio da anterioridade – [link](#) com os enunciados considerados corretos) e com base nos parâmetros acima postos, podemos informar que o concurseiro deve saber essencialmente as seguintes informações para acertar as questões que tratam do citado comando principiológico:

01. Tem que saber o conceito da limitação constitucional do poder tributar nominado de princípio da anterioridade anual. **Ex: CESPE / CEBRASPE - 2010 - ANEEL - Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Energia - Área 3/FGV - 2011 - SEFAZ-RJ - Analista de Controle Interno - Prova 1. MPE-RS - 2011 - MPE-RS - Assessor – Direito/ AV MOREIRA - 2021 - Prefeitura de Landri Sales - PI - Auditor Fiscal de Tributos.**

02. Saber da relação do IPI (alteração da base cálculo) com o princípio da anterioridade anual. **Ex: IFB.**

03. Que segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a anterioridade tributária caracteriza-se como uma garantia individual do contribuinte. **Ex: FUNDATEC - 2010 - PGE-RS - Procurador do Estado/TRF - 2ª Região - 2014 - TRF - 2ª REGIÃO - Juiz Federal**

04. Da aplicação da anterioridade tributária em relação ao empréstimo compulsório em razão de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. **Ex: CESPE - 2010 - SERPRO - Analista – Advocacia/CESPE - 2011 - Correios - Analista de Correios – Advogado/CESPE - 2015 - DPU - Defensor Público Federal**

05. Da aplicação obrigatória da anterioridade tributária em relação ao ISSQN (imposto de competência municipal) e ao ICMS (imposto de competência estadual). **Ex: CESGRANRIO - 2010 - BR Distribuidora – Advogado. Obs. Atentar para o tópico de nº 14.**

06. A relação do IPVA (alteração da base cálculo e alíquota) com o princípio da anterioridade anual. **Ex: CESPE - 2010 - MPE-ES - Promotor de Justiça/UEPA - 2013 - SEAD-PA - Auditor Fiscal de Receitas Estaduais - Conhecimentos específicos**

07. Que há submissão integral aos princípios da legalidade, anterioridade anual e anterioridade nonagesimal ao imposto sobre a transmissão de bens causa mortis e doação - ITCMD. **Ex: FCC - 2010 - AL-SP - Agente Técnico Legislativo Especializado - Direito Finanças e Orçamento/FCC - 2013 - PGE-BA - Analista de Procuradoria - Área de Apoio Jurídico.**

08. Da não aplicação do princípio da anterioridade anual ao Imposto sobre produtos industrializados, contribuição de intervenção no domínio econômico sobre combustíveis e imposto sobre importações. **Ex: ESAF - 2010 - MPOG - Analista de Planejamento e Orçamento - Planejamento e Orçamento - Prova 2.**

09. Que pode um decreto antecipar o dia de recolhimento do tributo, sem ofensa aos princípios da legalidade e da anterioridade, tendo em vista não se encontrar sob o princípio da legalidade estrita e da anterioridade a fixação do vencimento da obrigação tributária. **Ex: PGE-PA - 2011 - PGE-PA - Procurador do Estado/ CESGRANRIO - 2012 - Petrobras - Advogado Júnior-2012.**

10. Que revogada a isenção, o tributo torna-se imediatamente exigível. Em caso assim, não há que se observar o princípio da anterioridade, dado que o tributo já é existente. **Ex: PGE-PA - 2011 - PGE-PA - Procurador do Estado.**

11. Que o IOF é exceção aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal. **Ex: FCC - 2011 - PGE-MT - Procurador do Estado.**

12. A relação do princípio da anterioridade anual com o veículo legislativo nominado de Medida Provisória. **Ex: FMP Concursos - 2011 - TCE-MT - Auditor Público Externo - Prova vespertina/ FCC - 2016 - Prefeitura de Campinas - SP – Procurador/ FCC - 2020 - TJ-MS - Juiz Substituto.**

13. A relação do princípio da anterioridade anual com o tributo nominado de contribuições de seguridade social (art. 195, §6º da CF). **Ex: PGR - 2011 - PGR - Procurador da República/FCC - 2013 - PGE-BA - Analista de Procuradoria - Área de Apoio Calculista.**

14. Que o ICMS poderá ser aumentado no mesmo exercício financeiro em que foi publicada a lei que o instituiu ou aumentou, quando se tratar de combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez. **Ex: TJ-RO - 2011 - TJ-RO - Juiz Substituto.**

15. Que a regra da anterioridade, que veda cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, NÃO se aplica aos impostos de importação e exportação. **Ex: FCC - 2011 - TJ-PE – Juiz.**

16. A relação da regra da anterioridade com “o princípio da vedação do não confisco”. **Ex: IESES - 2012 - Potigás - RN - Advogado Júnior.**

17. A relação da regra da anterioridade com o termo “suspensão da eficácia do tributo”. **Ex: Quadrix - 2012 - DATAPREV - Analista de Tecnologia da Informação – Contabilidade/ AV MOREIRA - 2021 - Prefeitura de Landri Sales - PI - Auditor Fiscal de Tributos**

18. A observância da regra da anterioridade em relação aos tributos nominados de “Taxas”. **Ex: IESES - 2012 - TJ-RN - Titular de Serviços de Notas e de Registros - Provimento por Remoção/CESPE / CEBRASPE - 2021 - Polícia Federal - Delegado de Polícia Federal**

19. Que no caso de redução de alíquotas, é desnecessária a observância da anterioridade. **Ex: ESAF - 2012 - MDIC - Analista de Comércio Exterior - Prova 2 - Grupo 3/FCC - 2014 - TRF - 3ª REGIÃO - Analista Judiciário - Área Judiciária.**

20. Que de acordo com o Código Tributário Nacional, as Leis que instituem ou majoram impostos sobre o patrimônio, entram em vigor: no primeiro dia do exercício seguinte ao da publicação (Art. 104, I do CTN). **Ex: PaqTcPB - 2012 - UEPB – Advogado/ OBJETIVA - 2019 - Prefeitura de Antônio Olinto - PR – Advogado.**

21. A relação da regra da anterioridade com a nomenclatura “exercício financeiro”. **Ex: ESAF - 2012 - Receita Federal - Analista Tributário da Receita Federal - Prova 2 - Área Informática.**

22. Que o princípio da anterioridade anual é uma cláusula pétrea e não pode ser suprimido por Emenda Constitucional. **Ex: FMP Concursos - 2012 - PGE-AC - Procurador do Estado/TRF - 2ª Região - 2014 - TRF - 2ª REGIÃO - Juiz Federal.**

23. Que o princípio da anterioridade tributária comporta exceções. **Ex: BANPARÁ - 2013 - BANPARÁ – Advogado.**

24. A relação da regra da anterioridade com o IPTU. **Ex: CFC - 2013 - CFC - Técnico em Contabilidade - 2º Exame**

25. A relação da competência tributária residual da União com o princípio da anterioridade anual. **Ex: IBFC - 2013 - IDECI – Advogado**

26. Que é correto afirmar que as alíquotas do ICMS sobre a comercialização de combustíveis e lubrificantes poderão ser reduzidas e restabelecidas sem observância da regra da anterioridade de exercício. **Ex: UEPA - 2013 - PC-PA - Delegado de Polícia.**

27. A relação da anterioridade com planejamento financeiro, econômico e empresarial do contribuinte. **Ex: CESPE - 2013 - SERPRO - Analista - Gestão Financeira/FUNDATEC – 2018 - AL-RS – Procurador/CESPE / CEBRASPE - 2020 - Prefeitura de Barra dos Coqueiros - SE - Fiscal de Tributos**

28. Que é correto afirmar que a correção monetária da base de cálculo de determinado tributo pelos índices oficiais de correção monetária não equivale à majoração desse tributo, razão pela qual não se submete às regras da anterioridade. **Ex: FCC - 2013 - TJ-PE – Juiz/FGV - 2014 - PGM - Niterói - Procurador do Município, 3ª Categoria (P3))**

29. Que o princípio da anterioridade anual e nonagesimal se encontra positivado na Constituição. **Ex: FUNDEP (Gestão de Concursos) - 2014 - Prefeitura de Bela Vista de Minas - MG - Fiscal de Rendas e Tributos.**

30. A obediência da contribuição para custeio do serviço de iluminação pública ao princípio da anterioridade de exercício e do princípio da noventena. **Ex: CS-UFG - 2014 - Prefeitura de Goianésia - GO - Procurador do Município**

31. Que é correto afirmar que descabe a cobrança, no mesmo exercício financeiro da lei instituidora/ou majoradora do Imposto sobre a renda e os proventos de qualquer natureza (IR). **Ex: VUNESP - 2014 - TJ-SP – Juiz.**

32. A ligação do princípio da anterioridade anual com o bloco de princípios constitucionais que formam “princípio da não-surpresa do contribuinte”. **Ex: MPE-SC - 2014 - MPE-SC - Promotor de Justiça – Matutina/INAZ DO PARÁ – 2018 - FunGota de Araraquara - SP – Advogado/CEV-URCA - 2018 - Prefeitura de Milagres - CE – Advogado**

33. A relação do princípio da anterioridade e a regulação dos efeitos da lei que institui ou majora o tributo no tempo. **Ex: Itame - 2015 - Prefeitura de Padre Bernardo - GO - Fiscal de Tributos.**

34. Que o imposto que regula a importação de produtos estrangeiros não se submete ao princípio da anterioridade anual. **Ex: CONSULPLAN - 2015 - TJ-MG - Titular de Serviços de Notas e de Registros - Provimento**

35. Que o princípio nominado de anterioridade genérica é sinônimo do princípio da anterioridade anual. **Ex: PUC-PR - 2015 - Prefeitura de Maringá - PR - Procurador Municipal.**

36. A identificação do princípio da anterioridade anual em relação a textos enunciados que correspondem a outros princípios constitucionais tributários. **Ex: FCC - 2015 - TCM-GO - Procurador do Ministério Público de Contas.**

37. Relação do princípio da anualidade com o princípio da anterioridade anual e nonagesimal. **Ex: CETAP - 2015 - MPCM-PA - Analista – Direito**

38. Relação próxima dos princípios da anterioridade anual e nonagesimal. **Ex: FUNDATEC - 2015 - PGE-RS - Procurador do Estado.**

39. Que a anterioridade de exercício e a nonagesimal são aplicáveis a todos os tributos, de forma cumulativa, excetuadas hipóteses previstas taxativamente no texto constitucional. **Ex: FUNDATEC - 2015 - PGE-RS - Procurador do Estado**

40. Relação dos princípios da anterioridade anual e nonagesimal com o da segurança jurídica com objetivo de evitar que o contribuinte ou responsável seja surpreendido com a instituição ou majoração inesperada de tributos. **Ex: Concursos-MS - 2016 - PGE-MS - Procurador do Estado**

41. A relação do princípio da anterioridade com os princípios da legalidade e da irretroatividade. **Ex: FCC - 2016 - TRT - 20ª REGIÃO (SE) - Analista Judiciário - Área Administrativa – Contabilidade.**

42. A relação do princípio da anterioridade com os princípios da legalidade e da irretroatividade, vedação ao confisco e isonomia. **(FUNDEP (Gestão de Concursos) - 2016 - IFN-MG - Técnico em Contabilidade)**

43. A relação da extrafiscalidade e o princípio da anterioridade tributária anual. **Ex: IADES – 2018 – CFM – Advogado/ CESPE – 2019 - TJ-PR - Juiz Substituto**

44. Que o princípio constitucional da anterioridade, que estabelece a proibição de cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, não se aplica ao seguinte tributo: empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias. **Ex: FEPESE – 2018 - Prefeitura de Rio das Antas - SC - Advogado**

45. Que respeitado o princípio da anterioridade (dentre outros), o lançamento tributário reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. **Ex: VUNESP - 2018 - PauliPrev - SP - Controlador Interno**

46. Que os impostos extraordinários de guerra não se sujeitam ao princípio da anterioridade anual e nonagesimal. **Ex: Método Soluções Educacionais - 2019 - Prefeitura de Nortelândia - MT – Advogado.**

47. Que há submissão integral aos princípios da legalidade, irretroatividade, anterioridade anual e anterioridade nonagesimal ao ITBI (imposto de competência municipal) **Ex: FCC - 2019 - Prefeitura de Manaus - AM - Assistente Técnico Fazendário.**

48. Que resolução do Senado Federal, que majora alíquotas de ICMS aplicáveis às operações e prestações interestaduais, se sujeita ao princípio da anterioridade anual. **Ex: FGV - 2021 - SEFAZ-ES - Auditor Fiscal da Receita Estadual – Manhã.**

6. REFERÊNCIAS

CAPARROZ, Roberto. **Direito Tributário Esquemático**. 4º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 291-292.

FROTA, Jorge Henrique Sousa. **Manual de Direito Tributário para o Exame da Ordem. Parte 01: conceitos**. 2021. Ed. Independente. Fortaleza – Ceará, pp. 263-264.

DE ALMEIDA, Edvaldo Nilo. A não aplicação da anterioridade tributária na hipótese de redução e restabelecimento de alíquotas por meio de medida provisória 2020. Disponível em [link](#). Acesso em 17 de janeiro de 2022.

BORGES, Gustavo Meira. Isenções fiscais. Disponível em [link](#). Acesso em 17 de janeiro de 2022.

O ATIVISMO JUDICIAL E PAULO BROSSARD: ATUALIDADE DE UM DEBATE

CAIO VALENÇA DE SOUSA:

Advogado. Especialista em
Direito Administrativo.

RESUMO: No decorrer dos episódios históricos, não é incomum a ascensão de pelo menos um dos três poderes do Estado. Tal fenômeno ocorre pela presença de elementos sociais, políticos e jurídicos que envolvem o período em questão. O período pós Constituição de 1988 protagonizou o Poder Judiciário, especificamente o seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal STF, que adquiriu papel de destaque, haja vista ser responsável pela guarda da Constituição da República. Surge a prática exagerada do instituto chamado ativismo judicial, objeto de estudo do presente artigo. É claro que a inteira complexidade do estudo sobre o ativismo judicial não terá como ser abordada aqui. Assim, o presente estudo procurará explicações para o ativismo judicial sobre as chamadas questões políticas após a Constituição de 1988, especificamente por meio do intelecto de um de seus mais representativos membros, o antigo Ministro Paulo Brossard, e a atualidade das questões por ele suscitadas, à época de sua atividade, sobre a competência do Poder Judiciário para decidir a respeito de questões políticas. Como as mesmas questões continuam a chegar ao STF nos dias atuais, sua posição divergente merece reanálise. Com relação ao tema, serão cotejados o estudo de caso, mais especificamente o voto liminar da Ministra do STF, Rosa Weber em relação ao mandado de segurança, nº 32.885 e o posicionamento sobre o tema do ex Ministro do STF, Paulo Brossard.

Palavras-chave: Ascensão, Judiciário, Constituição, STF, Ativismo.

ABSTRACT: During historical episodes, it's not unusual the rise of one of the three state branches. This phenomenon occurs by the presence of social, political and legal elements involving the period in question. The period after Constitution of 1988 started the Judicial Power, specifically your high court, Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal STF), who acquired featured, because it is responsible for the judicial review. in this scenario, arises the exaggerated practice of the institute called judicial activism, object study of this article. About this theme, will be collated the study of case, specifically, the vote of Rosa Weber, Minister of Federal Supreme Court, about the writ of mandamus, nº 32. 885 and the positioning about the theme of Paulo Brossard, ex Minister of Supreme Court.

Keywords: Rise, Judicial, Constitution, Court, Activism, Judicial review

METODOLOGIA

No presente estudo, quanto ao método de abordagem, serão utilizados métodos qualitativos, haja a vista o aprofundamento sobre o estudo do ativismo judicial na visão do

ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard, especificamente, em seu livro, O Impeachment.

Com relação ao objetivo geral, observar-se-á a modalidade exploratória, pois este trabalho terá por base a análise de material bibliográfico, cuja finalidade é delimitar o estudo sobre o ativismo judicial, a partir de entendimento doutrinário específico, bem como causal ou explicativo, já que se trata de conhecimento da realidade.

Quanto ao procedimento será o de pesquisa bibliográfica. Abordar-se-á um estudo de caso, especificamente, realizando um cotejo analítico entre a decisão liminar prolatada no Mandado de Segurança, nº 32.885, pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber e o pensamento de Paulo Brossard sobre a usurpação de competências e o ativismo judicial, configurando um estudo de casa dedutivo, ou seja, partindo-se da pesquisa bibliográfica sobre o ativismo judicial, principalmente dos votos proferidos pelo ex Ministro e aplicando tal entendimento ao referido estudo de caso.

Por fim, o método de pesquisa será o dedutivo. Conforme mencionado acima, será feita comparação entre o referido Mandado de Segurança e o posicionamento sobre o tema de Paulo Brossard, analisando os seus votos em outras decisões, aplicando tal posição à decisão proferida pela Ministra Rosa Weber e observando suas implicações na ordem prática.

INTRODUÇÃO

No decorrer da caminhada histórica, várias são as implicações políticas, jurídicas e sociais. O ativismo judicial, decorrência da ascensão jurisdicional pós Constituição de 1988, é fenômeno que ocorre em demasia, principalmente, quando se foca o Supremo Tribunal Federal – STF.

Conhecer, portanto, os aspectos positivos e negativos do ativismo judicial no cenário social é importante, pois tal fenômeno não só usurpa competências inerentes a outros poderes, como também viola direitos garantidos pela própria Constituição da República. Em outras palavras: está-se diante da concreta possibilidade de comprometimento da soberania popular, isto é, da substituição do poder constituinte por poder constituído.

Sobre o tema, o ex Ministro do STF, Paulo Brossard funciona como referência nacional. Razão pela qual far-se-á um cotejo analítico entre seus votos e a decisão liminar na Ministra do STF, Rosa Weber, cujo conteúdo demonstra, manifestamente, a prática do ativismo judicial.

Por fim, diante do referido cotejo, tentar-se-á demonstrar a ilicitude acobertada pelo manto constitucional que é praticada pelo Poder Judiciário, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

ELEMENTOS HISTÓRICOS – DEMONSTRATIVO DA ASCENSÃO DOS PODERES NO DECORRER DA HISTÓRIA E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS, POLÍTICAS E JURÍDICAS.

Além de independentes, os poderes formadores do Estado também são harmônicos, preceitos que em muito foram mitigados. Modernamente se admite com alguma tranquilidade institucional a interdependência entre o exercício dos poderes, desde que constitucionalmente prevista, constituição que há de ser resultante do processo constituinte democrático, como o exemplo brasileiro.

Não são as funções atípicas que causam a desarmonia e a dependência entre os três poderes, pois a própria Constituição da República legitima tais funções, baseada na teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). O que causa tal celeuma são os ideais políticos que alavancam grandes eventos históricos, com princípios singulares que servem de base para a ascensão de determinado poder. 486

A cada grande evento histórico, social, político e jurídico, tem-se, pelo menos, um dos três poderes em ascensão, seja o Poder Legislativo na Revolução Francesa, o Poder Executivo no Brasil no período de 1930 a 1945 (era Getúlio Vargas) e no período de 1964 a 1985 (ditadura militar), ou o Poder Judiciário no período pós ditatorial (Constituição Federal de 1988).

A Revolução Francesa é, para grande parte dos historiadores e estudiosos do Direito, o marco inicial da ascensão do Poder Legislativo, pois, há época, era o único legitimado pelo povo.

Nos dizeres de Michelet, “a convocação dos estados gerais de 1789 é a era verdadeira do nascimento do povo”¹¹⁰. foi a partir da convocação dos estados gerais que os interesses populares foram postos em discussão, ou seja, diante da vontade despótica da monarquia e do clero, aos sans-culotes não era dada prerrogativa de fazer prevalecer seus interesses.

Com a Revolução Francesa, veio a supremacia do Parlamento, extinguindo a monarquia e o Poder Judiciário nomeado por ela. Sobre o tema narra Michelet:

A realeza fica só. Os privilegiados exilam-se ou submetem-se; declaram que votarão doravante na Assembleia Nacional, e acatarão a maioria;

¹¹⁰ MICHELET, Jules. A História da Revolução Francesa. 2 ed. Paris: Publicações Europa-América, 1853, p. 87.

isolada e descoberta, a realeza mostra-se como, no fundo, era há muito tempo: um nada. Esse nada era a velha fé da França; e essa fé desiludida faz agora a sua desconfiança, a sua incredulidade; torna-a prodigiosamente inquieta e desconfiada. Onde estará agora a fé? Tem-se, ao fazer esta pergunta, um sentimento de terror e solidão, como o próprio Luís XVI no fundo do seu palácio deserto. A fé não mais resistirá em nenhum poder mortal. O próprio poder legislativo, essa Assembleia cara à França, tem agora a infelicidade de ter absorvido os seus inimigos, quinhentos ou seiscentos nobres e padres, e de os conter no seu seio. Outro mal: venceu demais, vai ser agora a autoridade, o governo, o rei... E todo o rei é impossível¹¹¹.

À ascensão do Poder Legislativo revolucionário seguiu-se a inclusão da igualdade como elemento fundante do conceito de democracia, além do protagonismo do Poder Legislativo na expansão dos direitos do homem e do cidadão, em diversas experiências desde o século XVIII até os dias atuais. A ação do Poder Legislativo deu-se na mesma direção em sociedades que enfrentaram sistemas autoritários: sempre este Poder foi a primeira vítima dos ataques autoritários e totalitários, confirmando assim sua vocação em favor da democracia, do pluralismo político e dos direitos fundamentais.

O evento em estudo teve por base os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, paradigmas que fundamentam a supremacia do povo e a erradicação de privilégios dos nobres e dos clérigos. Nada mais salutar do que a ascensão do Poder Legislativo, tendo em vista que o Executivo foi, temporariamente, extinto junto com o rei Luís XVI e a dinastia dos Bourbon.

O povo, ou nação, é retratado como o próprio Terceiro Estado, conforme afirma Sieyès:

É preciso entender como Terceiro Estado o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum. Tudo o que é privilegiado pela lei, de qualquer forma, sai da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum e, conseqüentemente (sic), não pertence ao Terceiro Estado. Já dissemos que uma lei comum e uma representação comum fazem uma nação¹¹².

Sendo a nação o Terceiro Estado, também é dela a competência para criar, modificar ou, até mesmo, ir contra a Constituição:

111 Id. IB., p. 157.

112 5 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. O Que É O Terceiro Estado?. 2 ed. Paris: Liber Juris, 1789, p. 5.

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade sempre legal, é a própria lei. antes dela e acima dela só existe o direito natural. (...) Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial¹¹³.

Só o povo pode ser constituinte originário. Não é por acaso o destaque do Poder Legislativo na Revolução Francesa, já que era o único dotado de legitimidade popular.

No caso brasileiro, experimentou-se, em momentos anteriores, o destaque do Poder Executivo. A Revolução de 1930, por exemplo, fez com que o Poder Executivo sobrepusesse-se, em razão da dificuldade de governar o país diante da pluralidade partidária e da vinculação oligárquica, dominantes desde o período imperial e fortalecidas pela República Velha. Em outras palavras: o projeto de construção de país com base industrial era bloqueado pelos interesses oligárquicos nada modernizantes.

Com a chegada de Getúlio Vargas à Presidência da República, faltava-lhe as prerrogativas necessárias para a solução da crise econômica e social do país, tendo em vista toda a repercussão causada pela “quebra” da bolsa de valores de Nova Iorque, em 24 de outubro de 1929.

Diante de tal engessamento político, a alternativa foi a criação de uma nova constituição, que se promulgou em 1934. Com os dias contados, esta Constituição não vingou e outorgou-se a Constituição de 1937, marco da “Era Vargas” e do Estado Novo, com amplos poderes ao Executivo, possibilitando a implementação econômica e social no Brasil e a mitigação do Poder Legislativo.

Assim como a revolução francesa teve por princípios a liberdade, igualdade e fraternidade, o Estado Novo teve por princípios o avanço econômico, uma maior intervenção do Estado, a austeridade e a maximização dos poderes inerentes ao chefe de governo e de Estado. Percebe-se que em todo significativo evento histórico há pelo menos um dos três poderes em ascensão, diante dos paradigmas históricos, sociais, políticos e jurídicos.

Com relação ao final século XIX e o atual século XXI, é fácil notar a supremacia do Poder Judiciário sobre os demais poderes, tendo em vista todas as suas prerrogativas

113 6 Id. Ib., p. 30.

presentes na Constituição Federal de 1988, tais como as súmulas vinculantes (artigo 103-A da Constituição Federal), as ações diretas de inconstitucionalidade e a declaratória de inconstitucionalidade por omissão – ADIN (artigo 103, §2º, da Constituição), o mandado de injunção (artigo 5º. LXXI da Constituição da República), além da arguição de preceito fundamental.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, surgiu o instituto da súmula vinculante, instrumento pelo qual o Supremo Tribunal Federal pode criar súmulas com efeitos vinculantes a outros órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração Pública, a confirmar a Emenda Constitucional nº 3/1993, que introduziu o efeito vinculante no País.

Não há como negar a interferência na competência do Poder Legislativo, tendo em vista que as referidas súmulas são verdadeiras leis travestidas de precedente jurisprudencial, vale dizer, possui efeitos gerais, pois vinculam a todos, exceto o próprio Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, comenta Renato Marcão:

A súmula vinculante, além de outras sérias implicações que não comportam abordagem nas linhas deste trabalho, mitigou de forma significativa os limites da coisa julgada e impôs ao órgão jurisdicional de superior instância a tarefa de "dizer o direito em tese", em caráter genérico e universal, atribuição para a qual nunca esteve autorizado politicamente, carecendo de legitimação democrática, a configurar, ainda, perigoso desvio de sua missão de dizer o direito caso a caso, compondo os conflitos de interesse na exata medida de suas realidades¹¹⁴.

Dessa forma, comprova-se o ativismo judicial e a ilegitimidade de tal instituto. Se o art. 5º, II da Constituição Federal vincula o comportamento de todos apenas ao que consta na lei, não há como se imaginar que algo deva ser feito, ou deixar de ser feito, em virtude de decisão do Poder Judiciário. Parece-nos flagrante a incompatibilidade entre a Constituição e o efeito vinculante, no que pese o entendimento esboçado pelo STF na ADC nº 1, onde se decidiu pela constitucionalidade do efeito vinculante na forma da Emenda Constitucional nº 3/1993.

DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.885 – DISTRITO FEDERAL

Antes de iniciar os comentários acerca do instrumento acima mencionado, é importante tecer notas sobre a situação política e jurídica que envolve tal writ. Como se

114 MARCÃO, Renato. Súmula vinculante: ligeiras observações sobre a atuação dos poderes do estado. Revista Jurídica Consulex. Nº 205. Brasília. 2005. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=119>. Acesso em: 08 de out. de 2014. 490

sabe, o cenário político atual é conturbado, diante da descoberta de irregularidades em negociações da Petróleo Brasileiro S.A - Petrobras.

Diante de tal cenário político, o Senado Federal, por meio de seus representantes, requereu a abertura de duas Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs: RQS 302 e RQS 303. A primeira com um conteúdo investigatório mais amplo, albergando tanto os fatos relacionados à Petrobras, como aqueles inerentes à suspeita de corrupção na construção do metrô de São Paulo. Já a segunda com um objeto mais restrito, envolvendo apenas a questão referente à indústria do petróleo.

Ou seja, não há o que se discutir acerca do conteúdo político da referida decisão pois a instalação das CPIs, cuja competência é do Poder Legislativo, foi questão levantada no Supremo Tribunal Federal – STF, por meio do Mandado de Segurança nº 32. 885 nele impetrado.

O artigo 58, §3º da Constituição Federal garante ao Poder Legislativo a prerrogativa de criação de comissões parlamentares de inquérito, consolidando a função fiscalizadora que o referido poder detém:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

...omissis...

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. ...omissis...

A instauração de CPI é competência exclusiva do Parlamento, não podendo ser delegada ao Executivo e nem ao Judiciário.

Ocorre que, diante do já mencionado caos político, coube ao STF decidir sobre a instauração das CPIs em apreço. Liminarmente a Ministra Rosa Weber assim entendeu:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado nesta Suprema Corte em 08.4.2014 por eminentes Senadores da República contra ato comissivo do ilustre Presidente do Senado que

reputam afrontoso ao art. 58, § 3º, da Constituição da República e a normas legais e regimentais. A ação mandamental funda-se no alegado direito líquido e certo dos impetrantes, integrantes da minoria parlamentar que se diz prejudicada, à criação - uma vez atendidos os requisitos constitucionais -, de Comissão Parlamentar de Inquérito nos exatos termos do requerimento por eles deduzido, o que estaria sendo obstaculizado pelo que apontam, em suma, como inconstitucional encaminhamento a ele dado pela autoridade dita coatora.

(...)

Segundo a inicial, foram veiculados, em 1º.4.2014, no Senado Federal, por grupos distintos de parlamentares, requerimentos de criação de CPI - autuados como RQS nº 302, de 2014, de que signatários os impetrantes, e RQS nº 303, de 2014 -, cada um deles subscrito por trinta e um Senadores da República, sendo o de nº 303 para a investigação dos mesmos fatos contidos no Requerimento anterior (o de nº 302), pertinentes a "irregularidades envolvendo a empresa Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras)", com o acréscimo de outros fatos que se afirmam desconexos.

(...)

A tese que os impetrantes buscam ver reconhecida na presente ação mandamental é a de que, preenchidos os requisitos do art. 58, § 3º, da Constituição Federal - como afirmam ocorrer na espécie -, têm eles direito líquido e certo à criação de CPI nos moldes requeridos.

(...)

Nessa linha, pelos fundamentos esposados - e com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios, enfatizo mais uma vez -, defiro em parte a liminar, sem prejuízo, por óbvio, da definição, no momento oportuno, pelo Plenário desta Suprema Corte, da cognoscibilidade da presente ação mandamental e de seu mérito, e até que tal ocorra, para suspender o ato impugnado, no que implica submeter à deliberação da maioria do Senado o requerimento da CPI da minoria, a despeito do aparente cumprimento dos requisitos constitucionais, e para determinar que a CPI seja implementada não com o objeto alargado do RQS nº 303, de 2014, e sim com o objeto restrito proposto no RQS nº 302, de 2014, de que signatários os impetrantes.

(...)115.

A transcrição não é integral, mas de momentos pertinentes. Não se pretende aqui analisar o mérito da decisão em análise, mas a competência para prolatá-la, tendo em vista ser do Congresso Nacional, Senado Federal e Câmara dos Deputados, conjunta ou separadamente, resolverem sobre Comissões Parlamentares de Inquérito. Esta referida decisão abarca competência que vai além da deferida ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, visualizando-se outra interferência jurisdicional em que a Constituição não acobertou com o manto da constitucionalidade.

O tema das questões políticas não é novo, as discussões são sempre acirradas e há enorme dificuldade de tribunais de diversos países em lidar com o assunto.

DO ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DA TRIPATIÇÃO DE PODERES – INTELIGÊNCIA DOS VOTOS DO EX MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PAULO BROSSARD

Para Luís Roberto Barroso o ativismo judicial pode ser assim definido:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias¹¹⁶.

O ativismo judicial, na visão do Autor, é uma interpretação estendida, vale dizer, define-se por uma hermenêutica que vai além da previsão legislativa. É um mecanismo a ultrapassar o preceito legislativo, contudo, sem o procedimento legislativo, ou seja: faz com que o Poder Judiciário legisle, muito embora não tenha competência para isso. Tal fenômeno não se limita a procedimentos políticos de criações de leis, bem como usurpa a competência do Poder Legislativo.

Confirma tal entendimento Lênio Luiz Streck:

¹¹⁵ 8 Antecipação de Tutela em Mandado de Segurança, nº 32.885 – Distrito Federal, Supremo Tribunal Federal. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgado em: 23/04/2014.

¹¹⁶ 9 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, 2012, vol.5, nº 1, p. 17.

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...]117.

O ativismo é o desvirtuamento da atividade jurisdicional, ou melhor, é atividade jurisdicional baseada na política. O Judiciário ultrapassa a sua competência e usurpa função legislativa. O ativismo judicial viola a tripartição de poderes, bem como a legitimidade democrática. Aquela quando usurpa a competência do Poder Legislativo, prescrevendo verdadeiras decisões políticas, e esta quando tem seus cargos alcançáveis por concurso público, por meritocracia, não pelo voto popular. Sobre o tema aduz Ingeborg Maus:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito superior, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social118.

Exemplo claro de tais violações são as decisões que concedem medicamentos àqueles que buscam no Judiciário o amparo a sua saúde em detrimento da conveniência administrativa e da legislação sobre o tema. O problema da efetivação do direito à saúde não se resolve por conta das decisões judiciais. Resolve-se porque, ao atender dada decisão judicial, o administrador deixa de atender aquele que necessita do mesmo medicamento ou tratamento, porém não procurou o Judiciário para sua demanda. Se descumpre a ordem judicial, o administrador poderá ser preso; se deixa de fornecer medicamento ou tratamento a quem não obteve provimento jurisdicional, não há possibilidade de prisão.

Raciocínio semelhante pode ser aplicado ao próprio Poder Judiciário. A lentidão na prestação jurisdicional, a ausência de aparato técnico ao juiz, a ausência de defensores públicos, promotores etc., são a causa da não prestação do direito de acesso à justiça de todos. Juízes, promotores, defensores públicos não deixam de atender a população porque

117 STRECK, Lenio Luiz. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). Dicionário de filosofia política. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 145-150.

118 MAUS, Igeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. CEBRAP: Novos Estudos, nº 58, São Paulo, 2000, p. 187

querem ou porque são maus. É assim em razão de condições fáticas que ultrapassa o poder destes. O mesmo ocorre com os administrador federal, estadual ou municipal. Cerca de oitenta por cento da população do País recorrer aos serviços públicos de saúde e de educação. Se o Estado brasileiro não cobre a todos que precisam de tais demandas, percebe-se claramente a expansão sistemática de uma rede de saúde e educação nos últimos anos sem precedentes¹¹⁹.

Diante de tal cenário, onde o protagonismo do Poder Judiciário é tão exacerbado, há que se cotejar tal fenômeno com o posicionamento de Paulo Brossard sobre a tripartição de poderes e as competências de cada um deles. Veja-se como Brossard inicia seu entendimento sobre as normais disputas políticas entre os Poderes do Estado:

(...) S. Exa. Diz que o Supremo Tribunal está acima dos demais Poderes. Não está. Creio que cada um dos Poderes, no tocante a sua competência privativa, é superior aos demais exatamente porque a competência é dele e não dos outros Poderes¹²⁰.

Para Brossard, a tripartição de poderes é plena, vale dizer, não há Poder que se sobreponha, salvo quando estiver a tratar sobre a sua própria competência, afinal, o Poder foi tipicamente criado para ela.

Os entendimentos de Paulo Brossard aqui exposto foram extraídos de seus votos no caso do processo de impeachment do ex Presidente Collor de Mello e os diversos mandados de segurança ajuizados pelo então Presidente contra os Presidentes da Câmara

119 12 Há extensa bibliografia sobre a política de saúde brasileira, além de o sítio do Ministério de Estado da Saúde abrigar preciosas informações sobre gastos com a saúde e evolução do Sistema Único de Saúde. Como exemplo, pode-se citar a produção intelectual seguinte. Dalila F. Gomes, Camila Rufino Souza, Felipe Luiz da Silva, Julianna Alves Pôrto, Indyara de Araújo Morais, Máira Catharina Ramos, Everton Nunes da Silva. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? (in: Saúde e Debate. Rio de Janeiro: v. 38, n. 100, jan-mar 2014; Ferraz, Octavio, Daniel Wang. As duas portas do SUS. São Paulo: Folha de São Paulo, 19.06.2014, Opinião, p. 3; Chieffi, Ana Luiza e Rita Barradas Barata. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. Caderno de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: ago. 2009, p. 1842ss; Campos Neto, Orozimbo Henrique, Fco. de Assis Acurcio, Marina Amaral de Ávila Machado, Felipe Ferré, Fernanda Loureiro de Vasconcelos Barbosa, Mariângela Leal Cherchiglia, Eli Iola Gurgel Rodrigues. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. Revista Saúde Pública: Belo Horizonte, 2012, p. 784ss.; Pepe, Vera Lúcia Edais, Tatiana Aragão Figueiredo, Luciana Simas, Cláudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro, Míram Ventura. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. Ciência & Saúde Coletiva, 15 (5), 2010; Guimarães, Reinaldo. Dilemas morais e práticas de saúde. Revista de Saúde Pública. Rio de Janeiro: 2013:47(2); Conselho Nacional de Secretários de Saúde. As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e Perspectivas (CONASS documenta n. 18). Brasília: 2009; 8ª Conferência Nacional de Saúde. Relatório Final. Brasília: Min. da Saúde, 1986.

120 PINTO, Paulo Brossard de Souza. STF - Impeachment. Brasília: Imprensa Nacional, 1996, p. 44.

dos Deputados e do Senado Federal. Parece-nos possível que, a partir deles, possamos fazer um cotejo com a decisão liminar da Ministra Rosa Weber sobre a instalação e matéria das comissões parlamentares de inquérito – CPIs:

Por que o judiciário não interfere em processo de Impeachment? Por tratar-se de questão exclusivamente política? Seguramente que não. Por cuidar-se de questão interna corporis? Também não. Mas por estar em face de uma jurisdição extraordinária que a Constituição dele retirou, expressamente, para conferi-la, explicitamente, ao Congresso Nacional¹²¹.

Ou seja, a criação das CPIs e a determinação de sua matéria é de competência exclusiva do Poder Legislativo - Câmara dos Deputados e Senado Federal - tratando-se de competência alheia ao STF. Logo, tal decisão usurpa a competência do Legislativo alegando a violação dos direitos da minoria.

Ocorre que tal direito, embora seja tutelado pelo Poder Judiciário, não exime a competência da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal em criar CPIs e especificar sua matéria, pois tal assunto foi abordado exaustivamente pela Constituição Federal.

Diante disso, outra ponderação deve ser feita:

(...) é que as instituições humanas, por mais aperfeiçoadas que sejam, apresentam fissuras, pelas quais pode infiltrar-se o erro, o abuso, a injustiça, até a violência; por mais sábio que seja o legislador, sempre alguma coisa escapa pro entre os seus dedos; e não se imagine que o Judiciário possa dominar, corrigir e salvar a realidade inteira. Aliás, ele correria o risco de substituir o Congresso, decidindo em seu lugar, ou de procrastinar, tolher ou adiar medidas inerentes ao seu poder, por ele recebida da Constituição para desempenhar atribuições privativas¹²².

Não é pelo fato de os demais Poderes apresentarem defeitos que Judiciário poderá consertá-los, sob pena de abuso. Até mesmo a constituinte pode cometer erros, mas não cabe ao STF tentar corrigi-los, correndo o risco de usurpar competência exclusiva e constitucionalmente prevista de outro Poder.

Acerca deste estudo, é mais do que certa a máxima de Rui Barbosa:

121 Id. ib., p. 156.

122 15 PINTO, Paulo Brossard de Souza. STF - Impeachment. Brasília: Imprensa Nacional, 1996, p. 159

Os atos, que justos ou injustos, acertados ou errôneos, não tem corretivo na ordem jurídica do regime, são aqueles em que um poder constitucional, na órbita de uma autoridade incontestável, exerce uma atribuição exclusiva, suprema ou discricionária. Assim o Supremo Tribunal Federal... Assim a Câmara ou o Senado... Assim o Congresso Nacional¹²³.

Embora a interferência jurisdicional seja solução para alguns, a verdade é que o ativismo judicial também viola preceitos fundamentais, o que levanta o seguinte questionamento, sendo o STF o guardião da Constituição Federal, responsável pela correção de violações de direitos e garantias fundamentais, bem como pela ordem e estrutura das instituições basilares do Estado, acaso cometa erro, quem vai corrigi-lo? Não haverá correção possível, neste caso, como não haverá correção possível de erros cometidos pelo Legislativo quando é ele o último a decidir.

É assim que Paulo Brossard e sua obra 'O Impeachment' devem ser compreendidos. Quando Paulo Brossard discorre sobre os juízos políticos e sua liberdade de ação, anota o ex Ministro do STF, que a liberdade do parlamento sujeita-se às leis existentes. Em suas palavras em diversos acórdãos, Paulo Brossard afasta a jurisdição do STF porque explicita a confiança que o constituinte originário teve na política e nos políticos de se submeterem à Constituição e às leis que regulam este processo de afastamento do mais elevado mandatário da República. Da mesma maneira que o constituinte confiou nas mulheres e homens que fazem o STF quando de sua função caracterizadora que é julgar. Porque haveria o parlamentar de afastar-se da Constituição e das leis quando investido na função de julgador, enquanto um juiz do STF jamais sucumbiria diante desta tentação? A teoria defendida por Brossard é a de que todos erramos; "felizmente, erramos menos que acertamos". Se a posição de Brossard foi vencida no plenário do STF, foi ele vitorioso na qualidade de sua construção teórica constitucional: deve-se confiar na política democrática e nos políticos por ela construídos. Se não se deve alimentar ilusões, tampouco há elementos objetivos a legitimarem a qualificação de que todos são demônios.

Não se está a questionar a competência do Poder Judiciário, mas a usurpação que este comete por meio do ativismo judicial alegando que houve erro dos demais Poderes e, por consequência, a violação de direitos.

Sob a ótica de Paulo Brossard, não é válido o argumento de que um Poder errou para que o outro possa se apoderar da sua competência e sanar o vício, sob pena de a própria solução ser a causadora do erro.

123 16 BARBOSA, Rui. Obras Completas. Vol.: XXXVIII, Tomo: II, Rio de Janeiro. Fundação Casa de Rui Barbosa, 1911, p. 141. 497

No caso aqui em estudo, não foi saudável a decisão prolatada pelo STF sobre a Comissão Parlamentar de Inquérito referente às investigações de corrupção na Petrobras e nas obras do metrô de São Paulo, Tal decisão tem natureza política, não pode ser concedida por um órgão jurisdicional, muito menos quando a própria Constituição garante expressamente tal competência ao Poder Legislativo (Câmara e Senado).

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar a interferência jurisdicional na competência dos demais poderes, notadamente com relação à decisão liminar prolatada pela Ministra do STF, Rosa Weber, no Mandado de Segurança, nº 32.885.

O que se conclui deste estudo é uma verdadeira violação a direitos e garantias constitucionais, bem como a violação aos princípios basilares da República Federativa do Brasil, quais sejam, a separação de poderes, sua independência e harmonia.

Sobre isso, Paulo Brossard tem posicionamento acertado acerca do tema. É imprescindível a independência entre os poderes, sob pena de usurpação de competência e quebra do balanço democrático, pois o Poder Judiciário carece de legitimidade democrática para legislar em forma de julgamento, essência do ativismo judicial.

Parece acertado o entendimento do ex Ministro do STF sobre a equivocada concepção de que o Poder Judiciário é competente para sanar os vícios dos demais, vale dizer, a tentativa de corrigir acaba por fazer o próprio corretor incorrer em erro, pois não é competente para tal.

Conclui-se que o ativismo judicial constitui-se em autêntico desafio da democracia atual, e não somente para o Brasil. Não é dado ao Poder Judiciário substituir-se aos Poderes Executivo e Legislativo, menos ainda suprimir ação comissiva típica destes. Tal prática é fundamento para a ilegitimidade e a conseqüente insegurança jurídica. O ativismo, portanto, não é prática que deve prosperar em um Estado Democrático de Direito, tendo por base todos os seus direitos e garantias constitucionalmente previstos, bem como os seus pilares fundadores.

A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS INCIDENTAIS

PEDRO CAMPOS DE AZEVEDO FREITAS:

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado.

Resumo: A coisa julgada é o efeito de estabilização do conteúdo decisório de um pronunciamento judicial. Há discussão sobre a ocorrência de extensão dos efeitos da coisa julgada também para as questões prejudiciais incidentais, que são resolvidas no âmbito da fundamentação da sentença.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Estabilização. Coisa julgada. Questões prejudiciais incidentais.

Sumário: Introdução. 1. A coisa julgada como estabilização do ato processual civil. 2. O regime especial de coisa julgada de questões prejudiciais incidentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil – CPC)¹²⁴ instituiu o novo código de processo civil, revogando a Lei 5.869/1973 (Código de Processo Civil de 1973 – CPC/1973). Essa nova lei trouxe diversas inovações com o objetivo de garantir a segurança jurídica¹²⁵ quanto a prestação jurisdicional, inclusive satisfativa, em tempo razoável e atendendo ao arcabouço de princípios constitucionais, principalmente o contraditório.

Dentre as inúmeras novidades, é possível citar alterações relevantes estabelecidas em relação a decisão judicial, seja sentença seja decisão interlocutória. Além da possibilidade de prolação de decisão parcial de mérito, o legislador tratou das regras concernentes à estabilidade das decisões judiciais, seja em relação à tutela provisória antecipada antecedente (art. 304 do CPC), seja em relação às preclusões (consumativas, temporais e lógicas), seja em relação à coisa julgada.

124 Exposição de motivos da CPC/2015. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2021.

125 MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. – Volume II – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

O regime comum da coisa julgada, aplicável às questões principais, foi aprimorado em diversos aspectos, citando como exemplo a possibilidade de terceiros se beneficiarem da formação de coisa julgada em processo que não fizeram parte (art. 506 do CPC). No entanto, é necessário destacar a adoção de um regime especial de coisa julgada aplicável às questões prejudiciais incidentais no art. 503, §§1º e 2º, do CPC, que concilia a segurança jurídica e a celeridade processual.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a comparação entre o regime comum e o regime especial de coisa julgada, destacando os requisitos necessários para a sua formação e seus efeitos. No primeiro capítulo, analisa-se o regime comum, quanto aos seus efeitos e limites objetivos e subjetivos. No segundo capítulo, analisa-se o regime especial, principalmente quanto aos seus requisitos de formação. Ao final, tece-se conclusão sobre o tema.

1 A COISA JULGADA COMO ESTABILIZAÇÃO DO ATO PROCESSUAL CIVIL

A coisa julgada é a estabilidade mais intensa que uma decisão judicial¹²⁶ pode atingir ao se tornar irrecorrível, ou seja, ao transitar em julgado¹²⁷. Diz-se de forma genérica decisão judicial, pois alcançará tal estabilidade tanto a decisão sobre aspecto estritamente processual (decisão terminativa, que não contém resolução de mérito da causa – coisa julgada formal¹²⁸) quanto a decisão sobre o mérito da demanda (decisão definitiva – coisa julgada material¹²⁹).

¹²⁶ Compreensão mais consoante com os estudos de José Carlos Barbosa Moreira é aquela de Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira que compreende que coisa julgada é o efeito jurídico que torna indiscutível e imutável a norma jurídica concreta (declaratória, constitutiva ou condenatória) definida em uma decisão judicial fundada em cognição exauriente transitada em julgado. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. – 16º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021. p. 647 e 648

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 309 e 310

¹²⁸ Destaca-se a formação de coisa julgada formal em relação a sentenças terminativas somente se estabelece em relação às aquelas situações previstas no art. 486, §1º, do CPC. Conforme ressalta Alexandre Freitas Câmara: "Sintetizando, então, pode-se afirmar que as sentenças terminativas em geral ficam sujeitas à preclusão. As sentenças terminativas resultantes de indeferimento da petição inicial, de ausência de pressupostos processual ou de "condição da ação" ou da existência de convenção de arbitragem ou de pronunciamento de árbitro ou tribunal arbitral que reconheça sua competência são alcançadas pela coisa julgada formal, só se admitindo a repropositura da demanda se o obstáculo à apreciação do mérito for resolvido." Ibid. p. 311

¹²⁹ Ao tempo do CPC/1973, o instituto da coisa julgada formal fazia referência "à indiscutibilidade e à imutabilidade de uma decisão no âmbito do processo em que proferida". Era compreendida como uma estabilidade endoprocessual, enquanto que a coisa julgada material era exoprocessual. NEVES, Daniel

A coisa julgada apresenta como consequências a indiscutibilidade e a imutabilidade do conteúdo normativo da decisão judicial. A indiscutibilidade deve ser compreendida em seu aspecto positivo¹³⁰ como a vinculação do julgador de futuras causas (em que a questão indiscutível é trazida como fundamento de uma pretensão – questão incidental) quanto ao decidido na causa em que se formou a coisa julgada (art. 505, caput, parte inicial, do CPC); e em seu aspecto negativo¹³¹ como a defesa do demandado¹³² que impede a rediscussão dessa mesma questão como questão principal em demanda futura (art. 507 do CPC). Além disso, a imutabilidade deve ser compreendida como a impossibilidade de alteração ou desfazimento do conteúdo normativo da decisão judicial transitada em julgado¹³³. Assim, a coisa julgada produz uma estabilidade exoprocessual¹³⁴, ou seja, para fora da própria relação processual em que a decisão foi tomada.

Há, ainda, o efeito preclusivo da coisa julgada material (art. 508 do CPC). Este deve ser compreendido como (1) a preclusão dos argumentos relativos à causa de pedir deduzida em juízo como fundamento da demanda (ou seja, não estão abarcadas as causas de pedir não deduzidas) para o autor da ação em que se forma a coisa julgada; e (2) a preclusão dos argumentos de defesa, de fato e de direito, que poderiam e deveriam ter sido alegados em contestação (regra da concentração dos argumentos de defesa – art. 336 do CPC) para o réu da ação em que se formou a coisa julgada.

Em razão do seu fundamento na segurança jurídica¹³⁵, a formação da coisa julgada deve ser compreendida dentro dos limites subjetivos e objetivos em que se põe.

Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 10 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 877

¹³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit. p. 645 e 646

¹³¹ Ibid. p. 645 e 646

¹³² A regra é a exigência de identidade dos 3 elementos da demanda (“tríplice identidade da demanda”) para configuração da coisa julgada e produção de seus efeitos em razão do art. 337, §§2º e 4º, do CPC. No entanto, não há exigência dessa tríplice identidade para os processos individuais em que haja caso de colegitimação ativa (litisconsórcio unitário facultativo ou legitimação extraordinária concorrente) e para os processos coletivos (em que há colegitimação extraordinária). Nesses casos, somente é necessária a identidade de causa de pedir e pedido (mesma situação jurídica), não importando a identidade de partes. Ibid. p. 651

¹³³ Excepcionalmente é possível a alteração ou o desfazimento da coisa julgada, como, por exemplo, nas hipóteses de querela nullitatis e ação rescisória. Ibid. p. 647

¹³⁴ A estabilidade exoprocessual se diferencia da estabilidade endoprocessual produzida pela preclusão, já que esta só produz efeitos “internamente ao processo em que se forma”. CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 309

¹³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit. p. 649

Os limites subjetivos da coisa julgada significam compreender a “determinação das pessoas que se sujeitam à coisa julgada”¹³⁶, para as quais se produzem os efeitos da indiscutibilidade e imutabilidade.

Via de regra, nos processos subjetivos¹³⁷, a coisa julgada alcança somente demandante e demandado, ou seja, as partes na demanda. Além disso, destaca-se que há produção de efeitos também aos sucessores¹³⁸ dos demandantes e dos demandados (antecessores), seja por sucessão causa mortis, seja por sucessão por ato inter vivos (art. 109, §2º, do CPC). São os casos de coisa julgada *inter partes*.

Excepcionalmente, há produção de efeitos (prejudicando) também para terceiros, que não eram parte no processo, como no caso de legitimação extraordinária, tanto para o substituto, por ser parte na demanda (exemplo: art. 109, §3º, do CPC), quanto para o substituído, por ser o titular do interesse em disputa em que a lei possibilita a atuação do legitimado extraordinário (art. 18 do CPC); no caso de legitimação concorrente; dentre outros casos. São os casos de coisa julgada *ultra partes*.

Por fim, há os casos de coisa julgada *erga omnes*, em que há produção de efeitos para todos os jurisdicionados, como nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos individuais homogêneos (art. 103, I e III, do CDC).

A sistemática seria, então, a não produção de quaisquer efeitos em relação a terceiros, seja beneficiando, seja prejudicando. No entanto, o art. 506 do CPC estabelece que a coisa julgada não prejudica terceiros, sendo compreensível por interpretação a contrario sensu e interpretação histórica (analisando a alteração de redação entre o art. 472 do CPC/1973 e o art. 506 do CPC) que os terceiros podem “se beneficiar de uma coisa julgada formada em processo de que não tenham participado”¹³⁹.

Os limites objetivos da coisa julgada significam compreender “o que se torna imutável e indiscutível com a coisa julgada”¹⁴⁰, ou seja, qual o conteúdo normativo da decisão abarcado pelo efeito da coisa julgada.

¹³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 316

¹³⁷ Os processos objetivos bem como aos processos de tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos podem produzir coisa julgada com efeitos *ultra partes* e *erga omnes*, atingindo terceiros que não fizeram parte da demanda deduzida em juízo.

¹³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 317

¹³⁹ IBID. P. 317

¹⁴⁰ IBID. P. 312

Inicialmente, destaca-se que a coisa julgada abarca a norma jurídica individual criada pela decisão judicial, em cognição exauriente e juízo de certeza, transitada em julgado. Assim, só há produção de efeitos em relação ao conteúdo decisório da decisão judicial. Não se fala em trânsito em julgado de mero despachos¹⁴¹ (que não possuem conteúdo decisório), embora seja possível identificação de coisa julgada seja em relação à sentenças seja em relação a decisões interlocutórias.

Além disso, não há formação de coisa julgada em relação ao relatório e à fundamentação da decisão judicial, mas tão somente em relação ao dispositivo¹⁴². É no dispositivo que o juiz resolve a questão principal, o objeto litigioso do processo¹⁴³, formado tanto pelo causa de pedir e pedido do auto bem como o contradireito alegado pelo réu e a reconvenção e o pedido contraposto.

Por fim, o art. 504 do CPC impede a formação de coisa julgada em relação “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” e “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

O regime comum da coisa julgada¹⁴⁴ é aquele estabelecido no art. 503, caput, do CPC. Tem como objeto a questão principal expressamente decidida, bem como se aplica para a questão processual expressamente decidida previstas no art. 486, §1º, do CPC (questões sobre admissibilidade do processo). Não há, portanto, formação de coisa julgada sobre o que estaria implícito na decisão ou sobre o que não foi decidido, ou seja, não se fala em coisa julgada implícita¹⁴⁵.

Novidade trazida pelo CPC/2015 se dá em relação ao regime especial de coisa julgada formada em relação a questões prejudiciais. É o que se passa analisar no próximo capítulo.

2 O REGIME ESPECIAL DE COISA JULGADA DE QUESTÕES PREJUDICIAIS INCIDENTAIS

141 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit. p. 659

142 CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 312

143 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit. p. 659

144 IBID. P. 656

145 IBID. P. 658

O regime especial de coisa julgada formada em relação a questões prejudiciais incidentais¹⁴⁶ é uma novidade¹⁴⁷ trazida pelo CPC/2015¹⁴⁸. Caracteriza-se por ser um regime em que há a extensão dos efeitos da coisa julgada também para a resolução de questão prejudicial incidental que é resolvida de maneira expressa na fundamentação.

Inicialmente, é preciso destacar que a extensão dos efeitos da coisa julgada em regime especial se dá em relação às questões prejudiciais incidentais. As “questões prejudiciais principais”¹⁴⁹, que são objeto de pedido específico pelas partes, integram o objeto litigioso do processo e, portanto, estão abarcadas pelo regime comum da coisa julgada¹⁵⁰.

Além disso, as questões prejudiciais incidentais são aquelas que influenciam na forma como será julgada a questão principal. Não há um impedimento ou não ao julgamento da questão principal (como se dá no caso de questões preliminares¹⁵¹), mas há influência na forma de resolução da questão principal.

Diferente do regime comum, o regime especial tem limitações estabelecidas pelo próprio ordenamento. Pela leitura do art. 503, §§1º e 2º, do CPC, percebe-se que há uma limitação à extensão da coisa julgada por 4 fatores¹⁵².

O primeiro fator é a não extensão às questões prejudiciais incidentais de que não dependam a resolução do mérito (questão principal) do processo. Assim, não serão

146 Os regimes comum e especial de coisa julgada se diferenciam em relação ao objeto de cada um: a questão principal e a questão prejudicial incidental, respectivamente. *Ibid.* p. 669

147 Em atenção a própria segurança jurídica, esse regime especial da coisa julgada somente se aplica para os processos iniciados após a vigência do CPC/2015, conforme enuncia o art. 1.054 do CPC/2015.

148 Ao tempo do CPC/1973, as questões prejudiciais incidentais não eram abrangidas pelo efeito da coisa julgada. Somente as questões prejudiciais principais (com pedido próprio na ação ou objeto de ação declaratória incidental) eram abarcadas pela sistemática da coisa julgada. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.* p. 675

149 Trata-se da questão de mérito que é prejudicial a outra questão de mérito, ou seja, é uma questão que foi objeto de pedido específico pela parte e precisa ser resolvida anteriormente a outra questão de mérito e que influenciará na forma como esta última será resolvida. CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.* p. 504

150 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.* p. 675

151 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.* p. 190

152 Há parcela da doutrina que reconhece a exigência de um quinto fator de limitação que decorre da própria sistemática do processo civil brasileiro: a remessa necessária nas decisões proferidas contra a Fazenda pública na forma do art. 496 do CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.* p. 674

abrangidas as questões resolvidas *obter dictum* e as que tenham conteúdo processual¹⁵³. É necessário que seja uma questão prejudicial incidental de mérito.

O segundo fator é a não extensão às questões prejudiciais incidentais cuja resolução não tenha sido objeto de contraditório prévio e efetivo. Dessa forma, não serão abrangidas as questões resolvidas pelo juízo sem observância do art. 10 do CPC e aquelas resolvidas em caso de revelia¹⁵⁴. É necessário, ainda, que haja a participação todos os litisconsortes necessários e legítimos para a apresentação dessa questão prejudicial como questão principal, para que haja respeito ao efetivo e prévio contraditório com a participação com influencia e não surpresa das partes legítimas¹⁵⁵. É necessário que seja uma questão prejudicial incidental de mérito formada em contraditório prévio e efetivo.

O terceiro fator é a não extensão às questões prejudiciais incidentais cuja resolução não se dê pelo juízo competente para a apreciação como questão principal. É necessário o respeito aos critérios absolutos¹⁵⁶ de fixação da competência da matéria e da pessoa para o primeiro grau de jurisdição, observando-se o código de organização judiciária local em relação a competência das varas. O critério funcional não é mencionado, pois “a competência que deve ser aferida como requisito para formação da coisa julgada sobre a resolução de questão prejudicial ao mérito é a do órgão jurisdicional que conhece da causa em primeiro grau de jurisdição”¹⁵⁷. É necessário que seja uma questão prejudicial incidental de mérito formada em contraditório prévio e efetivo perante o juiz competente pelos critérios da pessoa ou da matéria.

O quarto fator é a não extensão às questões prejudiciais incidentais cuja resolução se dê em procedimento que estabeleça limitações à cognição judicial em sua amplitude e sua profundidade, seja por previsão legal seja por decisão judicial seja por deliberação das partes (art. 190 do CPC). Esse fator é uma decorrência da própria sistemática da coisa julgada comum, pois é necessário que a decisão seja tomada em cognição exauriente e juízo de certeza para formação da coisa julgada. A distinção se dá em relação às restrições probatórias, como a impossibilidade de produção de certas provas em determinados procedimentos, como a prova pericial nos juízos especiais e qualquer outra prova que não seja pré-constituída no mandado de segurança. É necessário que seja uma questão prejudicial incidental de mérito formada em contraditório prévio e efetivo perante o juiz

¹⁵³ IBID. P. 670

¹⁵⁴ IBID. P. 671

¹⁵⁵ IBID. P. 672

¹⁵⁶ Não há influência quanto ao critério da territorialidade e do valor da causa, pois são critérios de fixação relativos da competência estabelecidos pelos interesses privados das partes e que permite a prorrogação de competência.

¹⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 313

competente pelos critérios da pessoa ou da matéria e em procedimento que possibilite a cognição judicial exauriente e formulação de juízo de certeza.

Respeitados esses fatores de limitação, a questão prejudicial incidental resolvida expressamente na fundamentação¹⁵⁸ será abarcada pela coisa julgada, independentemente de pedido expresso das partes¹⁵⁹.

CONCLUSÃO

Percebe-se que adoção pelo CPC/2015 da extensão dos efeitos da coisa julgada para as questões prejudiciais incidentais que respeitem os fatores dos §§ 1º e 2º do artigo 503 do CPC traz segurança jurídica e celeridade ao processo. Mesmo que não haja pedido nesse sentido, a questão prejudicial incidental produzirá seus efeitos negativo e positivo entre as partes em que se dá a formação da coisa julgada, facilitando os processos futuros evitando tanto a prolação de decisões contraditórias sobre o mesmo tema quanto o prolongamento indesejado do processo sobre essas mesmas de questões já resolvidas.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. – 16º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021

158 Parcela da doutrina reconhece que a questão prejudicial incidental a que se aplica a coisa julgada é decidida no dispositivo por expressa previsão legal, sendo considerada um pedido implícito e por isso incluída no objeto do processo por força de lei. Parte-se da premissa que os elementos da sentença não são estabelecidos de maneira topológica na sentença, mas pelo seu conteúdo. Assim, relatório e fundamentação não trazem decisão alguma sobre ponto controvertido, enquanto que o dispositivo traz a solução dos pedidos explícitos e implícitos independentemente se concentrado em parte da sentença ou se dispersos pela sua extensão. É certo, no entanto, que para facilitar a compreensão das partes e garantir a efetiva segurança jurídica é necessário reunir todas a resolução em um dispositivo concentrado em local específico da sentença. Ibid. p. 312

159 IBID. P. 312

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** – Volume II – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único.** 10 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

Exposição de motivos da CPC/2015. Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2021.

GESTÃO PENAL DA IMIGRAÇÃO: UTILIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL PARA CONTROLE DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS

HELLEN DE MACÊDO MACIEL:

Mestranda em Direito Penal na PUC/SP. Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

GABRIELA CASAGRANDE GAZZONE¹⁶⁰

(coautora)

RESUMO: O artigo trata sobre a gestão penal da imigração efetivada pelos países desenvolvidos, analisando o histórico da política criminal adotada, a qual sugere uma atuação seletiva e discriminatória, sendo inclusive extremamente rigorosa. Descreve nessa política criminal eleita alguns aspectos do Direito Penal do Inimigo, haja vista que o imigrante é comumente sancionado por sua condição de “outro” e não por seu comportamento. Indica o imigrante como uma vítima da criminalidade organizada transnacional, na medida em que é cooptado por grandes empresas e conglomerados econômicos em razão de sua mão de obra flexível e de baixo custo. Lança, ao fim, alguns questionamentos sobre as legislações migratórias, a correlação imprecisa entre migração e criminalidade e a necessidade de observância de direitos fundamentais mínimos aos imigrantes irregulares em razão de sua vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: IMIGRANTES IRREGULARES. SISTEMA PENAL. FLUXO MIGRATÓRIO. XENOFOBIA.

ABSTRACT: The article deals about the penal management of immigration carried out by developed countries, analyzing the history of the criminal policy adopted, which suggests a selective and discriminatory action, even being extremely strict. It describes in this elected criminal policy some aspects of the Criminal Law of the Enemy, given that the immigrant is commonly sanctioned for his condition of “other” and not for his behavior. It indicates the immigrant as a victim of transnational organized crime, as they are co-opted by large companies and economic conglomerates because of their flexible and low-cost workforce. Finally, it raises some questions about migratory legislation, the imprecise correlation

¹⁶⁰ Mestranda em Direito Penal na PUC/SP. Analista Jurídica do Ministério Público do Estado de São Paulo. *casagrande.gabriela@hotmail.com*

between migration and crime, and the need to observe minimum fundamental rights for irregular immigrants due to their vulnerability.

KEY WORDS: IRREGULAR IMMIGRANTS. CRIMINAL SYSTEM. MIGRATORY FLOW. XENOPHOBIA.

Sumário: 1. Introdução – 2. Imigrante como ‘sujeito de risco’ para o sistema penal: utilização do direito do inimigo no controle migratório, 1.2. Binômio imigração - criminalidade, 3. Imigrante como vítima da globalização. Responsabilidade da pessoa jurídica nacional e transnacional por violação dos direitos humanos, 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da imigração não nos é desconhecido, é um movimento antigo que estimula as pessoas a saírem de seu país de origem, impulsionadas por desastres naturais, políticas genocidas e busca de melhores condições de vida, em regra, com destino a países que se desenvolveram estruturalmente. Os imigrantes são compostos, em grande parte, pelas classes mais vulneráveis dos países em desenvolvimento, sempre com o objetivo de escapar da linha da miséria e alcançar uma boa qualidade de vida por meio de novas oportunidades de trabalho.

Muito embora a movimentação de pessoas entre países com objetivos de melhoria de condições de vida não seja um fato recente, tampouco decorrente exclusivamente da globalização, esta incentivou, de forma determinante, a migração de pessoas a outros países, em razão do aumento da desigualdade e da abertura das fronteiras.

A grande questão que se nos apresenta é averiguar em quais hipóteses e sob quais fundamentos o controle dessa imigração é realizado por meio do sistema penal, isto é, quando para conter a entrada e/ou permanência de imigrantes irregulares no território o Estado institui, dentre sua estratégia gerencial, uma política de controle criminal migratória.

Marta Manclús Masó¹⁶¹ defende, para início de análise do tema, que a criminologia está tão intimamente ligada à ideologia racista que, em determinados momentos históricos, se pôs a serviço das empresas exploradoras, coloniais e genocidas. Nesse sentido, desde as décadas de 70 e 80, a ciência jurídica se preocupou em estudar as razões da presença constante das minorias étnicas no sistema penal, questionando se isso seria

¹⁶¹ MASÓ, Marta Moclús. *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios. 1a ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.*

consequência de uma maior criminalidade desses sujeitos ou se seriam resultantes de uma atuação seletiva e discriminatória do sistema penal. Nessa linha, um estudo britânico concluiu que não há uma resposta determinante acerca desse questionamento, sendo a excessiva criminalização de imigrantes resultante da interface dos dois fatores.

Atualmente, com a crise econômica, o que se percebe é o crescimento de uma política mundial de limitação à entrada de novos imigrantes e ainda a aplicação de medidas rigorosas aos imigrantes irregulares. Essa desproporcionalidade entre o comportamento dos infratores e a sanção a eles imposta é que recebe críticas contundentes quanto à similaridade a um Direito Penal do Autor ou Direito Penal do Inimigo.

Todavia, percebe-se uma certa seletividade na gestão penal da imigração em favor do interesse econômico de grandes empresas que vêem no imigrante irregular uma oportunidade de contratar mão de obra de baixo custo e com baixa conflituosidade, aliada a jornadas excessivas de trabalho e supressão de direitos trabalhistas. Adicione-se a esse quadro, a impunidade dessas pessoas jurídicas quanto à violação dos direitos humanos desses imigrantes irregulares, tanto pela subserviência histórica da política ao poder econômico quanto pela recalitrância da própria doutrina em absorver a nova teoria de criminalização dessas condutas.

Seguindo essa linha, Kazmierczak¹⁶² concluiu que 'o tratamento penal dos imigrantes dependerá da política criminal que será utilizada pelo Estado no seu enfrentamento', sendo uma decisão política; ao que adicionamos que a política criminal também dependerá dos interesses econômicos existentes e dominantes no país.

2. IMIGRANTE COMO 'SUJEITO DE RISCO' PARA O SISTEMA PENAL: UTILIZAÇÃO DO DIREITO DO INIMIGO NO CONTROLE MIGRATÓRIO.

A caracterização do imigrante como um 'sujeito de risco' para o sistema penal decorre dos primeiros fluxos migratórios ocorridos no século XIX e na primeira metade do século XX em que os países que receberam esses imigrantes trataram o fenômeno a partir de uma perspectiva político-criminal.

¹⁶² KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Imigração e Criminalidade*. In. *Mandados de Criminalização e Novas Formas de Criminalidade*.

Muitos estudos foram realizados, inclusive pela Escola de Chicago¹⁶³, acerca da problemática criminal dos imigrantes, ao que se concluiu, conforme apontado por José Angel Brandariz García¹⁶⁴ que a propensão delitiva resulta de uma hibridação entre o conflito cultural e a exclusão estrutural (desigualdade de oportunidades), que se revelam como circunstâncias determinantes para a criminalidade desses sujeitos.

Alguns países têm se valido da criminalização do imigrante irregular como forma de coibir sua entrada ou expulsar aqueles que já ingressaram as suas fronteiras. Exclui-se do corpo social aqueles que são indesejados, não aceitos pela sociedade.

“Legislación de guerra es lo que se viene ya denominando Derecho Administrativo, procesal y penal <del enemigo>, cuya finalidad consiste en la exclusión del sistema de los indeseables em tanto adquieren la condición de <no-personas>: como no pueden coadyuvar al mantenimiento del status quo, no merecen la consideración de ciudadanos. De esta forma se contrapone, por ejemplo, un Derecho penal <del ciudadano> frente a un Derecho penal <del enemigo>.”¹⁶⁵

Manclús¹⁶⁶ diz que a Lei da Imigração da Espanha leva por nome lei orgânica sobre direitos e liberdades dos estrangeiros naquele país, mas sua aplicação prática, na realidade, não contribui para a integração dos estrangeiros. Pelo contrário, constitui uma norma de polícia que impõe aos estrangeiros imigrantes desvantagens adicionais que dificultam seu processo de inserção social na Espanha.

Mesa¹⁶⁷, relata que no Direito Espanhol, a finalidade primordial da expulsão alternativa à pena privativa de liberdade não é outra senão evitar que a pena e o seu

¹⁶³ Grupo de professores e pesquisadores da Universidade de Chicago, que surgiu nos Estados Unidos nos anos 20 e durante algumas décadas do início de século XX, trazendo uma série de contribuições à sociologia, psicologia social e ciências da comunicação.

¹⁶⁴ GARCÍA, José Ángel Brandariz. *Sistema Penal y control de los migrantes – Gramática del migrante como infractor penal*. Granada: Editorial Comares, 2011.

¹⁶⁵ CARDOSO, Fernando Navarro. In. *Inmigración y Sistema Penal: Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo blanch: 2006. Págs. 223-254.

¹⁶⁶ MASÓ, Marta Moclús. *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios. 1a ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008*.

¹⁶⁷ MESA, María José Rodríguez e Luis Ramón Reuiz Rodríguez (Coords.). *Inmigración y Sistema Penal: Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo blanch: 2006.

cumprimento se convertam em formas de permanência na Espanha, quebrando de maneira radical o sentido do ordenamento no conjunto que é de eliminar o estrangeiro.

Kazmierczak¹⁶⁸, no mesmo sentido, diz que se o Estado decidir pelo acolhimento do imigrante, não haverá qualquer repressão a respeito, mas, de outro vértice, se optar por um caminho diferente, teremos a utilização de seu braço forte, que é o Direito Penal.

Assim, os fenômenos migratórios foram cada vez mais interpretados como uma causa de conflito social, insegurança e criminalidade a partir dos anos 70, quando houve um decréscimo na demanda de trabalho imigrante no setor industrial, relegando-lhes apenas serviços de baixo valor agregado fora do setor industrial. Essa mudança de cenário, com a queda no status social do imigrante, - que perdeu a posição econômica e produtiva de sua força de trabalho - coloca-o em uma situação vulnerável ao conflito, à insegurança e à criminalidade.

Isso porque os imigrantes conferem uma espécie de flexibilidade à força de trabalho que reflete no aumento da produtividade. Essa constatação, todavia, não é positiva, pois essa flexibilidade se concretiza numa alta taxa de temporalidade, níveis salariais inferiores aos de outros trabalhadores formais, jornadas de trabalho mais extensas e, por fim, baixa conflituosidade laboral que permite sua condição de vulnerabilidade.

Com efeito, o aumento massivo nos fluxos migratórios promovem um certo retrocesso nas questões trabalhistas, realçando questões de precariedade e vulnerabilidade, resultando numa verdadeira ausência de direitos a esses trabalhadores.

Nesse sentido, o que se verifica como política migratória em grande parte dos países é a utilização de uma lógica de filtro seletivo, isto é, além de impedir os fluxos migratórios, havia uma intenção de geri-los, facilitando o emprego massivo de imigrantes em situação de vulnerabilidade e exploração, suprimindo as necessidades do sistema produtivo comercial.

Essa absorção do imigrante pelo sistema produtivo por meio de um emprego precário e explorador não pode ser considerada uma inclusão social, mas uma reafirmação

¹⁶⁸ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Imigração e Criminalidade*. In. *Mandados de Criminalização e Novas Formas de Criminalidade*. Pág. 205

da exclusão social. Segundo Young¹⁶⁹, a verdadeira inclusão só se perfectibiliza quando a educação e as oportunidades permitem a ascensão social meritocrática.

Assim, nesse estado de marginalidade social, sendo-lhes negada a igualdade com os nacionais, aos imigrantes foi instituída uma política criminal diferenciada. Monclús Masó e Brandariz García¹⁷⁰ entendem que a política criminal diferenciada para os estrangeiros conjuga duas racionalidades: uma neoliberal e outra neoconservadora. A racionalidade neoliberal se expressa na suposta redução de custos da substituição da prisão por expulsão, no perfil incapacitador das sanções, bem como na técnica atuarial de identificação dos grupos de risco. Por sua vez, a racionalidade neoconservadora se manifesta na atitude xenófoba e moralista em relação aos estrangeiros, quando se exige uma obediência e um respeito estrito à legalidade em grau superior que aos nacionais.

Garland¹⁷¹ denominou essa política criminal contemporânea de Criminologia de si e Criminologia do outro. Na Criminologia do outro parte-se da premissa de que o criminoso é um ser diferente com características psicológicas, educativas, hereditárias deficitárias, inclusive em relação a cor de pele e deve ser afastado, contido ou eliminado. É sempre uma definição associada a uma imagem de criminalidade e periculosidade que se assemelha a teoria de Lombroso.

Seguindo essa linha, alguns autores, como Cancio Meliá e Palazzo¹⁷² entenderam que as normativas administrativas e penais de controle de imigrantes constituem uma expressão do Direito do Inimigo. Alguns autores fizeram a correlação dos centros de internação para imigrantes com a filosofia presente nos campos de concentração do nazismo e em Guantánamo.

As argumentações formuladas para fundamentar essa assertiva de que o controle administrativo e penal de imigrantes constitui uma expressão do Direito do Inimigo são diversas e possuem certa dose de coerência. Em primeiro lugar, a responsabilidade penal do imigrante parece trata-se de uma espécie de Direito Penal do Autor, na medida em que o imigrante não responde por seu comportamento, por sua conduta, mas por sua própria condição. A crítica que se faz a essa argumentação é que essa condição pela qual o

¹⁶⁹ GARCÍA, José Ángel Brandariz. *Sistema Penal y control de los migrantes – Gramática del migrante como infractor penal*. Granada: Editorial Comares, 2011. P 102.

¹⁷⁰ op. cit. Pág.82.

¹⁷¹ op. cit. Pág. 33

¹⁷² op. cit. 82.

imigrante é considerado um inimigo, não é uma condição própria, mas sim imposta pela exclusão social provocada pelo Estado.

Ainda, argumenta-se que no controle dos fluxos migratórios, as sanções estabelecidas, como a expulsão e a internação ou prisão seguida de prisão constituem expressão da prevenção especial negativa, a qual preconiza a eliminação do delinquente como um bem promovido à sociedade. Tais sanções aproximariam o controle migratório do Direito do Inimigo, na medida em que este último preconiza a segregação definitiva do inimigo do seio social, caracterizando a incomunicabilidade entre o Estado o inimigo.

Ressalte-se que, ainda que a expulsão seja a sanção comumente utilizada pelos países no manejo do controle de imigrantes, seja penal ou administrativa, a medida não se afigura ser a solução adequada para a situação, na medida em que constitui uma alternativa tirana de relacionamento com a comunidade. Adicione-se que tal sanção também é executada de forma seletiva pelo Estado, tendo em vista que nem todos os sujeitos que se encaixam em seus pressupostos são expulsos, tampouco se executam a todos os sujeitos a que se lhes impõe.

Vale destacar que a gestão penal da imigração encontra grandes barreiras para sua efetivação, nos moldes acima delineados, pela política diplomática entre os países. Decerto, as expulsões por vezes não têm sucesso em sua execução em razão da recalitrância dos países de origem dos imigrantes em reconhecer-lhes a nacionalidade ou até mesmo de recepcionar seus naturais. Isso ocorre porque ao Estado de origem se revela vantajosa esse êxodo de seus nacionais porque resultam em maior pacificação social em decorrência de menos conflitos e a diminuição dos índices de desemprego.

Recentemente, instalou-se uma crise diplomática entre a Espanha e o Marrocos que a chegada de milhares de marroquinos à costa espanhola e à ilha de Ceuta, em razão de uma decisão do Governo do Marrocos de afrouxar as regras de fiscalização migratórias na fronteira com a Espanha.

Decerto que a problemática dos fluxos migratórios decorre, em grande parte, da falta de vontade política dos Estados de controlar de forma efetiva e rigorosa a imigração irregular, na medida em que essa decisão política poderia acarretar a diminuição dos fluxos migratórios e, com isso, diversas vantagens e funcionalidades econômicas e sociais advindas dessa movimentação.

Segundo Lilian García¹⁷³, a lei argentina de política migratória Nro. 25.871, vigente desde 2004, veio junto com o Programa Nacional de Normalização Documentária Migratória (para cidadãos pertencentes ou não ao MERCOSUL), estabelecer o primeiro pilar de um novo projeto migratório na Argentina. Um dado relevante é que a legislação reconhece a todas as pessoas o direito humano de migrar, consagrando ainda uma série de direitos que melhoram, inclusive, os requisitos mínimos previstos em vários instrumentos internacionais de direitos humanos. A Argentina, assim, tem uma das primeiras experiências de incorporar direitos humanos a um âmbito de política migratória reservado naturalmente à esfera doméstica dos Estados.

Porém, da análise de decisões judiciais que aplicavam as sanções aos imigrantes irregulares, concluiu pela desproporcionalidade entre as penas e o delito, revelando a contradição entre a legislação argentina e sua efetiva aplicação.

Por sua vez, Natalia Debundi¹⁷⁴, analisando o sistema francês de gestão da imigração chegou a mesma conclusão:

Las prácticas y políticas de expulsión de migrantes pueden ser concebidas como un dispositivo, en los términos propuestos por Foucault, formando parte de un sistema de control social más amplio, tradicionalmente instaurado a partir del sistema penal. La cárcel ha sido históricamente el instrumento predilecto para la gestión de la población desviada y de forma extendida para "el desecho social"

2.1. BINÔMIO IMIGRAÇÃO - CRIMINALIDADE

Preston e Perez¹⁷⁵ realizaram um amplo estudo por meio de metodologia quantitativa a fim de interpretar as políticas de controle penal de imigrantes a partir de variáveis econômicas. Analisaram os números de dezenas de países a fim de entender a relação entre as taxas de criminalização de imigrantes e algumas variáveis econômicas e

¹⁷³ GARCÍA, Lilian. *POLÍTICA MIGRATORIA Y DELITOS: EXPULSIÓN POR CAUSAS PENALES Y DERECHOS BAJO LA ACTUAL LEY ARGENTINA DE MIGRACIONES*. REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXIII, n. 45, p. 197-214, jul./dez. 2015.

¹⁷⁴ DEBANDÍ, Natalia. *EL MODELO DE CONT.ROL DE GESTIÓN MIGRATORIA FRANCÉS: UNA EXTENSIÓN DEL SISTEMA PENAL*. REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXIII, n. 45, p. 113-128, jul./dez. 2015.

¹⁷⁵ GARCÍA, José Ángel Brandariz. *Sistema Penal y control de los migrantes – Gramática del migrante como infractor penal*. Granada: Editorial Comares, 2011. P 94.

sociais. Os autores buscavam confirmar a hipótese de que a excessiva criminalização de imigrantes seria um resultado da competência econômica condicionada pelo colonialismo e a segmentação da força de trabalho que conduziriam a condições econômicas que requerem o controle dos grupos competitivos.

As conclusões do estudo, todavia, não confirmaram a hipótese inicial. Do quanto analisado, apurou-se as seguintes premissas: 1) as maiores taxas de inflação e desemprego corresponderam a menores taxas de população penitenciária imigrante; 2) menores taxas de liberdade econômica (maiores restrições impostas pelo Estado na atividade econômica) correspondem a um maior encarceramento dos imigrantes, 3) países com menor índice de desigualdade têm maiores taxas de criminalização dos imigrantes, o que leva à conclusão de que os países com desigualdade extrema não se caracterizam pelo temor dos grupos dominantes aos estrangeiros.

Nesse sentido, os pesquisadores partiram da afirmação de que o encarceramento era um instrumento utilizado pelas sociedades de livre mercado para contribuir e manter o poder e a posição dos grupos dominantes, mas, ao contrário, chegaram à conclusão de que o encarceramento é um instrumento de gestão que limita o rigor sancionador, equilibrando as pressões sobre o controle de fronteiras, a legitimação institucional e a recuperação da coesão social.

Navarro¹⁷⁶, por sua vez, analisou a fundo a discussão acerca da segurança pública, tendo em vista que na Espanha, por volta de 2001-2003, cresceram as especulações sobre as razões sobre o aumento da criminalidade no país, resultando no endurecimento da legislação direcionada aos imigrantes, na medida em que permitiu-se a substituição das penas privativas de liberdade inferiores a 6 anos imposta a um estrangeiro por sua expulsão do território nacional.

Segundo o autor, *'si el discurso político-criminal de dicho Gobierno estaba basado em la idea de <tolerância cero> frente las situaciones y los sujetos generadores de inseguridad, nada más acorde com dicho proyecto que directamente excluirlos, expulsarlos del sistema'*.¹⁷⁷

Apesar de algumas normativas expedidas pela ONU, tal como a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos

¹⁷⁶ CARDOSO, Fernando Navarro. In. *Inmigración y Sistema Penal: Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo blanch: 2006. Págs. 223-254.

¹⁷⁷ op. cit. pág.

Membros das suas Famílias e diante das graves violações aos direitos humanos diariamente noticiadas, conclui-se que as agressões, embora ocorram em empresas privadas, contam com a tolerância dos órgãos públicos, devendo haver uma cooperação da comunidade jurídica internacional a prevenir que as pessoas jurídicas de direito público, de maneira equivocada, fomentem políticas discriminatórias e racistas.

3. IMIGRANTE COMO VÍTIMA DA GLOBALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NACIONAL E TRANSNACIONAL POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com efeito, a desigualdade é um dos principais fatores que catalisa o fenômeno dos processos migratórios. A conjuntura econômica e social mundial estabelece uma relação de interdependência entre os países, bem como os coloca em níveis diferenciados de desenvolvimento, o que incentiva a movimentação da população mais vulnerável dos países menos favorecidos a buscar novas oportunidades nos Estados mais desenvolvidos.

Muito embora não seja o único fator fomentador da imigração – guerras, catástrofes ambientais e políticas genocidas também são causas conhecidas dessa movimentação – a globalização promoveu a abertura de fronteiras e, por conseguinte, oportunidades de trabalho que atraem a população vulnerável que se submete, por vezes, a condições precárias de trabalho para fins de subsistência.

Nesse sentido, verifica-se que um pressuposto defendido pela globalização é que haja uma crescente desregulação pelo Estado da atividade privada e assim, conceda maior liberdade ao mercado de se expandir. Todavia, um efeito nocivo dessa desregulação é a supressão dos direitos e garantias dos trabalhadores pelas grandes companhias transnacionais e conglomerados financeiros, que se beneficiam da minimização dos custos através da não criminalização dos delitos de exploração laboral¹⁷⁸

“Como, además, el Estado assume la tarea de garantizar la competitividad de las empresas, ha de mantener, siquiera sea indirectamente, sus actividades, relajando el control sobre las mismas y garantizando la libre disponibilidad de la mano de obra. Un Derecho penal económico que refleje esa realidad no puede ser agresivo frente a conductas como la explotación de mano de obra extranjera.”

¹⁷⁸

BASOCO, Juan M. Terradillos. EXTRANGERÍA, IMIGRACIÓN Y SSISTEMA PENAL.

Há que se destacar que a intervenção estatal, embora míope e condescendente quanto às práticas não republicanas das grandes empresas quanto aos direitos de seus trabalhadores, promove, com um rigor desproporcional, o controle criminal dos imigrantes, desprezando o princípio da intervenção mínima e a utilização de medidas menos invasivas de solução de conflitos. Alessandro Baratta¹⁷⁹ define, com precisão, o comportamento seletivo estatal:

“(...) cuando dirigen a comportamientos propios de los individuos integrados em colectivos marginales, tejen una tupida red; que, sin embargo, se abre cuando los tipos tienen por objeto la criminalidad característica de quienes controlan los mecanismos del poder.”

No Brasil, o artigo 149 do Código Penal promove a criminalização da conduta de quem reduz alguém à condição análoga a de escravo, todavia ainda não há possibilidade da responsabilização da pessoa jurídica por tal delito. São exatamente essas falhas jurídicas internas e a ineficiência estratégica dos Estados no enfrentamento aos crimes cometidos pelas empresas transnacionais que viabilizam as frequentes e atuais transgressões aos direitos fundamentais mínimos de imigrantes trabalhadores que são inseridos no mercado de trabalho aceitando condições laborais insalubres.

Claudio Souza e Eduardo Lebre¹⁸⁰, na defesa de uma reformulação constitucional e legislativa que viabilize a responsabilidade da pessoa jurídica pelo crime do artigo 149 do Código Penal, dissertam:

A crescente globalização, econômica e social, impulsionada pelas novas tecnologias, contribui com o surgimento da criminalidade nos meios empresariais. A empresa é o eixo de onde a criminalidade econômica pode advir [...]

A responsabilização penal da pessoa jurídica pelo abuso e pela exploração ilegal do trabalho humano surge, assim, como forma não apenas de punição das condutas lesivas à liberdade

¹⁷⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹⁸⁰ LEBRE, Eduardo. SOUZA, Claudio. *RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA HIPÓTESE DE CRIME EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVOS*. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 67-74, set./dez. 2017.

individual, mas como prevenção da prática desse crime, função essencial da sanção penal.

O paradigma do Direito Penal, não apenas no que toca à gestão penal da imigração, é, tutelar, de forma efetiva, os direitos fundamentais de todos, à luz da dignidade da pessoa humana, isso dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito. Daí a importância que essa tutela de direitos fundamentais por parte do Estado seja estendida também aos estatutos e funcionamento das empresas nacionais e transnacionais, como forma de proteger a classe vulnerável da força econômica decorrente da globalização.

Recentemente, duas grandes marcas de cerveja foram autuadas pela Justiça do Trabalho no Brasil por trabalho escravo de imigrantes irregulares em empresa terceirizada prestadora de serviços, quando foram condenadas a pagar verbas e trabalhistas e indenização aos trabalhadores submetidos a condições extremas¹⁸¹. Não houve, porém, condenação criminal das pessoas jurídicas envolvidas, muito embora se perceba um padrão nessas grandes corporações no sentido de se utilizar do mecanismo da 'cegueira deliberada' para ignorar o devido cumprimento das leis trabalhistas por sua própria empresa e terceirada, visando somente o lucro.

A responsabilização criminal é necessária porque é provável que a conduta empresarial de violação aos direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores seja reiterada, podendo constituir até mesmo uma diretriz da pessoa jurídica. Além de pôr fim a reiteração da violação dos direitos do imigrante, a responsabilização criminal protegerá o trabalhador que, inadvertidamente, consentir nessa situação de abuso como forma de ultrapassar a linha da miserabilidade.

Com vistas a conferir um desvalor a esse consentimento, Jeschek¹⁸² disse que a valoração subjetiva dos direitos legais pelo indivíduo é reconhecida dentro de certos limites pela ordem jurídica, porque o uso desimpedido da liberdade pessoal é apresentado

¹⁸¹ <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/05/17/ambev-e-heineken-sao-autuadas-por-trabalho-escravo-de-23-imigrantes.htm#:~:text=Ambev%20e%20Heineken%20s%C3%A3o%20autuadas%20por%20trabalho%20escravo%20em%20empresa%20terceirizada&text=A%20Ambev%20e%20o%20Grupo,servi%C3%A7o%20para%20as%20duas%20empresas>. Consultado em 04.06.21.

¹⁸² FALOPPA, Fabiola Moran. TRÁFICO DE PESSOAS E TUTELA PENAL. REVISTA JURÍDICA ESMP-SP, V.15, 2019: 18 - 40

como um valor social no Estado de Direito Liberal, que deve ser ponderado juntamente ao interesse da comunidade na conservação dos bens jurídicos.

4. CONCLUSÃO

Os movimentos migratórios, notadamente os decorrentes de busca por novas oportunidades laborais, são frutos do desenvolvimento desigual das economias¹⁸³, consequência da globalização, fenômeno permanente. Nesse sentido, a entrada e saída de pessoas, seja de forma regular ou irregular, continuará a acontecer num futuro próximo e distante, tendo em vista a distribuição desigual de atividades econômicas, infraestrutura, população e renda nas regiões mundiais, o que muito contribui para a catálise desse fluxo.

Cabe-nos questionar se esse fenômeno de entrada e permanência, regular e irregular de imigrantes nos países está sendo considerado e gerido da melhor forma e de maneira efetiva, respeitando os direitos fundamentais mínimos desses estrangeiros. Há que se perguntar também se esses não nacionais estão sendo identificados adequadamente diante da sociedade e da legislação interna; são equiparados aos cidadãos naturais ou considerados como 'inimigos do Estado para os quais se deve montar políticas criminais defensivas e legislações restritivas?

Ainda, merece reflexão a correlação comumente feita, em especial nos países mais desenvolvidos, acerca da imigração e da criminalidade. Muito embora existam alguns bons estudos, conforme acima citados, a imprecisão dos dados não permite extrair conclusões exatas acerca dessa proporcionalidade direta, ainda mais quando se estabelece, em grande parte dos países, políticas sociais de exclusão e cerceamento de direitos em relação ao imigrante.

Em termos de integração e exclusão e/ou expulsão em relação aos estrangeiros, é interessante analisar a eficácia das legislações internas dos países confrontadas com os relacionamentos diplomáticos com outros Estados. Seria mais eficiente uma legislação global coordenada para regulamentar o trânsito de imigrantes? Tal ordenamento jurídico global derrubaria obstáculos atualmente existentes de não recepção de seus nacionais por alguns países em decorrência de questões políticas e sociais e asseguraria ostensivamente os direitos mínimos dos estrangeiros imigrantes.

¹⁸³ NAVARRO, Fernando. EXTRANGERÍA, INMIGRACIÓN Y SISTEMA PENAL. In. *Inmigración y Sistema Penal: Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo blanch: 2006.

Para construção e implementação de uma política criminal vinculada a uma pauta de Direitos Humanos, é necessário tanto a vontade e envolvimento das autoridades dirigentes quanto uma mudança na apreciação do "outro", isto é, do imigrante. Indivíduo frequentemente de origem pobre, captado clandestinamente para servir de mão de obra flexível e de baixo custo a grandes empresas e conglomerados econômicos; cerceado, por vezes por um consentimento viciado, de seus direitos mais básicos, revela-se mais como uma vítima da globalização do que o 'inimigo de Estado'.

O enfrentamento dessa seletividade política e econômica na gestão das fronteiras e na eleição de políticas sociais e criminais em relação aos imigrantes é um dos grandes desafios da expansão do nosso atual modelo econômico e político voltado à satisfação das grandes corporações em detrimento tanto dos direitos de primeira (direitos individuais) quanto de quarta geração (direitos decorrentes da globalização dos direitos políticos, fundados, principalmente, na defesa da dignidade da pessoa humana contra práticas abusivas, seja do Estado ou de particulares).

5. REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

DEBANDÍ, Natalia. *EL MODELO DE CONT.ROL DE GESTIÓN MIGRATORIA FRANCÉS: UNA EXTENSIÓN DEL SISTEMA PENAL*. REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXIII, n. 45, p. 113-128, jul./dez. 2015.

GARCÍA, José Ángel Brandariz. *Sistema Penal y control de los migrantes – Gramática del migrante como infractor penal*. Granada: Editorial Comares, 2011.

GARCÍA, Lilian. *POLÍTICA MIGRATORIA Y DELITOS: EXPULSIÓN POR CAUSAS PENALES Y DERECHOS BAJO LA ACTUAL LEY ARGENTINA DE MIGRACIONES*. REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXIII, n. 45, p. 197-214, jul./dez. 2015.

MASÓ, Marta Moclús. *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios. 1a ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008*.

MESA, María José Rodríguez e Luis Ramón Reuiz Rodríguez (Coords.). *Inmigración y Sistema Penal: Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo blanch: 2006.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo : IBCCRIM, 2016.

PONTE, Antonio Carlos da (Coord.); CASTRO, Wellington Clair de (Org.). *Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARINHA DO BRASIL E A ROSA DAS VIRTUDES: UMA ÓTICA CONSTITUCIONAL

GISELE DE ALMEIDA BARRETO BELCHIOR:

Advogada. Formada na Universidade Estácio de Sá, pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: Há valores essenciais que vão permear toda a conduta daqueles que ingressam nos quadros da Marinha do Brasil. Nesse sentido, apesar dos valores serem intrínsecos à atividade militar, é possível encontrá-los também em sua maioria presentes na Constituição Federal de 1988 e na legislação administrativa militar, de maneira a evidenciar valores universais e fundamentais para uma conduta aprazível dos militares e também dos cidadãos civis.

Palavras-chave: Direito Militar. Rosa das Virtudes. Disciplina e Hierarquia. Estatuto dos Militares. Valores Militares. Dever de obediência. Direito Militar Disciplinar.

ABSTRACT: There are essential values that will permeate the entire conduct of those who join the ranks of the Brazilian Navy. In this sense, even though the values being intrinsic to military activity, it is also possible to find them mostly present in the Federal Constitution of 1988 and in the military administrative legislation, in order to show universal and fundamental values for a enjoyable conduct of the military and the civilian citizens.

Keys Word: Military Law. Rose of Virtues. Discipline and Hierarchy. Military Statute. Military values. Duty of obedience. Disciplinary Law.

Sumário: Introdução – 1. Rosa das virtudes: conceito. – 2. Os valores da Rosa das Virtudes na legislação militar. – 3. A rosa das virtudes e a Constituição Federal de 1988 – 4. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a importância dos valores presentes na Rosa das Virtudes como um verdadeiro fio condutor de boas contribuições para a sociedade e suas transformações sociais, pautadas na cidadania, dignidade e civilidade.

Assim, é possível observar que os valores militares se encontram em maior ou menor medida na produção legislativa, e, principalmente, na produção do constituinte originário: Constituição Federal de 1988.

Menciona-se que a prática do bem comum, a busca pela honra, cooperação, fidelidade e alguns outros valores são aqueles professados em inúmeros artigos da CRFB88

e principalmente a busca incessante por uma sociedade que valoriza a igualdade e o bem-estar coletivo.

Para alcançar os objetivos acima, mobilizou-se como recursos metodológicos a produção legislativa, os artigos publicados pela Marinha do Brasil, que possui vasto acervo literário em busca da valorização intelectual e desenvolvimento científico de sua força.

1. Rosa das virtudes: conceito.

De acordo com o site oficial da Marinha do Brasil, a rosa das virtudes foi publicada a primeira vez em 1954, no livreto "Nossa Voga" e expressa as qualidades essenciais dos militares. É composta de 16 valores que são valores de suma importância para navegação e atividade militar, tendo em vista que é formadora do caráter e da ética militar.

A honra é a força motriz que conduz as práticas à busca pelo bem. A honra está contida nos deveres e no agir com dignidade e bravura. A honra é o sentimento que é passado para filhos e netos, inclusive no âmbito profissional para profissionais que atuam juntos. A profissão do militar exige dedicação ao serviço e a honra seu pressuposto.

Lealdade é o devotamento à causa é cumprir e receber ordens com a mesma devoção, ainda que não as compreenda. É cumprir o que se ordena com exatidão, firmeza, atenção e deferência. Trata-se do valor humano de manter a honestidade com os demais.

Por sua vez, o site oficial da marinha enumera como iniciativa:

"A Iniciativa é o ânimo pronto para conceber e executar. É uma manifestação de inteligência, imaginação, atividade, saber e dedicação ao serviço. Um Oficial, cumpre de forma conscienciosa as obrigações, as rotinas de seu cargo, faz o treinamento regular dos seus homens e etc. Um outro faz tudo isso e vê onde um aperfeiçoamento pode ser introduzido. "

A cooperação é se esforçar em benefício do serviço e dos valores militares. É agir conforme o senso coletivo e bem-estar do conjunto. É exercer sua função de maneira a facilitar e contribuir com os demais membros da força. Ressalta-se que a cooperação é valor intimamente ligado à eficiência da Marinha do Brasil, pois representa a junção de ações otimistas e uníssonas para o bom funcionamento da força.

Por sua vez, há o espírito de sacrifício, que a Marinha do Brasil conceitua como a disposição sincera de realmente oferecer tudo em troca do cumprimento do dever. É a dedicação e disposição da própria vida, em detrimento de embates subjetivos pessoais.

O zelo é um valor fundamental na formação dos profissionais que vão compor os quadros da Marinha do Brasil, pois é o que vai denotar o preparo profissional e a maestria das funções desempenhadas. É se dedicar ao serviço e à pátria com o máximo de cuidado.

Outro valor que compõe a rosa das virtudes é a coragem. É ceder a própria vida, bem valioso, pela causa e pelo destemor nos combates. É saber enfrentar os desafios para assumir os atos de forma corajosa e responsável.

A ordem evita que se perca tempo. O acatamento de ordem promove a segurança e a organização do próprio trabalho, tendo em vista que se possibilita que todos exerçam a mesma conduta. A ordem possibilita que haja ordenação do próprio trabalho, organizando material, livros e uniformes. De acordo com a Marinha do Brasil, encontra-se tempo necessário para ocupar adequadamente as atividades de formação.

A Fidelidade também está prevista como um valor existente na Rosa das Virtudes. É perseguir uma finalidade honesta e concisa com as ideias de fidelidade. É desempenhar funções sendo honesto, responsável e sem que haja negligência ao realizar as tarefas. É estar se sacrificando para cumprir o que se espera na mais alta autenticidade e verdade.

O fogo sagrado é o intenso amor e o devotamento pela Marinha do Brasil. Se trata da paixão, da fé e do entusiasmo com que o militar se dedica à carreira e pelo serviço. De acordo com a Marinha do Brasil no site oficial:

"a vida comum de bordo, o militar tem diariamente, na maneira como conduz o seu serviço, o seu quarto, as suas fainas, os seus exercícios, frequentes ocasiões para viver esse sentimento perante seus subordinados. O "Fogo Sagrado" transmite-se, mas para tanto é preciso possuí-lo em grande intensidade e demonstrá-lo mais por atitudes e ações do que por ordens e palavras. O "Fogo Sagrado" é a alma da Marinha!."

A tenacidade é a obstinação, dedicação e amor ao serviço. É a perseverança e a persistência na continuidade dessa prestação. Trata-se de um princípio da Rosa das Virtudes na medida em que é necessária disposição para conduzir homens e enfrentar dificuldades.

A decisão, por sua vez, é orientar a atividade, a atuação. É tomar decisões após análise cautelosa, examinando com minúcia as possibilidades. É proceder com decisões oportunas e adequadas.

A abnegação prevista é também o altruísmo, é o ato de servir de maneira a fortalecer a Marinha do Brasil. É ter atitudes não egoístas e pensadas sem trazer consigo interesses individuais. É saber renunciar para agir com a máxima virtude.

Espírito militar é relacionado ao comportamento, confiança e qualidades essenciais ao militar. É o prestígio à Marinha do Brasil, disciplina, lealdade e eficiência. É estar atuando de forma alinhada com o que se espera dos militares que compõe a força.

Disciplina é um dos pilares principais da Rosa das Virtudes e é valor encontrado na maioria das disposições normativas da Marinha do Brasil. É a obediência às ordens do superior, disciplina com eficiência.

O patriotismo previsto na Rosa das Virtudes é o amor à pátria, que vai mover e traçar um norte condutor para o desempenho de todas as funções militares, uma vez que a defesa da pátria pressupõe o patriotismo, que, por sua vez, é função precípua das forças armadas e assim, da Marinha do Brasil.

Assim, foi possível observar os valores existentes na Rosa das Virtudes e o seu papel fundamental dentro da Marinha do Brasil, sendo um verdadeiro padrão de conduta dos exercícios militares.

2.Os valores da Rosa das Virtudes na legislação militar.

O elemento humano que compõe a força produtiva e útil da Marinha do Brasil precisa estar em constante aperfeiçoamento para o desempenho de suas funções. É nesse sentido que valores que funcionam como norte de conduta e facilitam a convergência entre os desejos individuais e as demandas do bem comum.

Nesse ínterim, embora surjam conflitos no seio da sociedade, no âmbito militar haverá regras, legislação e valores para que os militares possam ordenar sua conduta de forma positiva. Dentre os valores que vão compor a Rosa das Virtudes, podemos citar: honra, lealdade, iniciativa, cooperação, espírito de sacrifício, zelo, coragem, ordem, fidelidade, fogo sagrado, tenacidade, decisão, abnegação, espírito militar, disciplina e o patriotismo.

Os valores previstos na Rosa das Virtudes, além de estarem explícitos e implícitos na Constituição Federal de 1988, também estão previstos na legislação infralegal. Podemos citar o exemplo dos valores da honra e da disciplina previstas no artigo 31 da Lei 6880:

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - o culto aos Símbolos Nacionais;

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

Nessa perspectiva, outro exemplo possível de ser citado é o valor da disciplina e da ordem, que vão permear todas as condutas presentes no decreto 88.545, que é o regulamento disciplinar da Marinha do Brasil. Deixar de cumprir ordem está previsto no artigo 7º como uma contravenção disciplinar, correspondendo ao desrespeito ao valor da ordem. O artigo 2º de o Regulamento Disciplinar da Marinha, cita a cooperação também como uma manifestação da disciplina militar, valor também presente na Rosa das Virtudes.

A lei complementar 97 de 1999 que disciplina as normas gerais para a organização, preparo e o emprego das Forças Armadas prevê no seu primeiro artigo que as Forças Armadas destinam-se a defesa da pátria, o que faz uma breve alusão ao valor do patriotismo da Rosa das Virtudes. A lei de serviço militar, 4.375 de 1964 também prevê inúmeros valores existentes na Rosa das Virtudes. Assim, no artigo 1º quando afirma que o Serviço Militar consiste no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas e que essas atividades vão compreender todos os encargos relacionados com a defesa nacional, deixa claro que o patriotismo vai reger toda a atividade das Forças Armadas.

Há ainda os valores que não estão previstos na legislação de forma expressa, mas que podem ser retirados buscando a sistematicidade do seu significado. Ocorre dessa forma com o fogo sagrado, podendo ser extraído do artigo 27 do Estatuto dos militares quando menciona que o espírito de corpo e orgulho do militar pela organização onde serve são valores militares.

A tenacidade também se encontra prevista no artigo 27 do Estatuto dos Militares, que informa que um dos valores militares é o aprimoramento técnico-profissional. Evidencia o poder da vontade e a busca pelo aprimoramento. No mais, ainda é possível extrair do mesmo dispositivo o valor do zelo, uma vez que o aprimoramento vai decorrer diretamente do sentimento de não poupar esforços para o desempenho da função. Logo, resta claro e inequívoco que em muitos dispositivos é possível extrair uma gama de vastos valores militares.

O espírito de sacrifício é um dos valores da Rosa das virtudes que podemos extrair do artigo 31, V da Lei 6880, conforme prevê:

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens;

O que se conclui nessa breve demonstração é que os valores da Rosa das Virtudes não são valores expressos e categóricos a serem encontrados na legislação infralegal que rege a atuação das forças armadas, mas sim, valores quase que espiritualmente vão permear toda e qualquer atividade das Forças Armadas, uma vez que dizem respeito a toda a sua atuação, principal ou subsidiária. Assim, ainda que não haja plena vinculação com o nome previsto na Rosa das Virtudes, haverá sempre uma total consonância do objetivo da lei e a sua sistematicidade com os referidos valores.

Percebemos que há inúmeras legislações infralegais que mencionam os valores que são caros à Marinha do Brasil, sendo eles o Estatuto dos militares, lei de serviço militar, regulamento disciplinar da Marinha do Brasil e a lei complementar 97 de 1999 que vai dispor sobre normas gerais para organização, preparo e emprego das forças armadas.

3. Rosa das Virtudes e a Constituição Federal de 1988

De acordo com Kelsen, deve a Constituição Federal ser considerada a norma maior, com superioridade hierárquica, cujas leis infraconstitucionais tiram seu fundamento de validade. Assim, entendemos que serão inválidas normas do ordenamento jurídico que violem frontalmente o esquema previsto da CRFB88.

Nesse sentido, além da obrigatoriedade de respeito a um sistema normativo organizatório da constituição, há ainda valores passados ao longo das constituições e que historicamente vão sendo reproduzidas em outros atos normativos ou administrativos.

Assim, a legislação militar é pautada em valores que foram transmitidos de acordo com a historicidade das cartas constitucionais, agregando diversos valores às Forças Armadas e ao seu sistema normativo.

O princípio da cooperação é o esforço pelo bem comum, aumentando a eficiência da força. Nesse ínterim, a CRFB88 prevê no artigo 4º a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Assim, percebe-se que o valor da cooperação está em total consonância com o que se espera dos militares e da sociedade como um todo. No mais, também consta na constituição a cooperação entre os entes federados:

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente

beneficiário, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

O patriotismo, pilar que fundamenta a atuação das Forças Armadas também é um valor que pode ser extraído da constituição, como se observa no artigo 13 da CRFB88, que elenca os símbolos nacionais, dentre eles a bandeira, o hino, armas e os selos nacionais. Essa valorização decorre da importância que o constituinte originário concedeu aos símbolos nacionais, trazendo consigo intensa carga de valorização dos elementos utilizados para representar a nação.

Já a disciplina, está prevista no artigo 142 da Constituição Federal de 1988 como um elemento da organização das forças armadas. É importante frisar que a hierarquia e disciplina sempre foram características essenciais da organização das Forças e que a Constituição atual não foi inovadora nesse ponto, tendo previsão no artigo 92 da Constituição de 1967.

A honra também encontra espaço na constituição ao ser feita uma interpretação sistemática de seu texto. Dois dos princípios fundamentais do artigo 1º são a cidadania e a dignidade da pessoa humana, o que, apesar de não se confundir com a honra do militar, estão vinculados à busca pelo valor e pela moral do indivíduo. Assim, não é cabível pensar em um militar honrado que não encontre na sua subjetividade o prestígio da justiça, honra, moral, cidadania e dignidade.

4. Conclusão

Conforme exposto, a rosa das virtudes é um marco simbólico de valorização de valores que devem permear a conduta de militares. No entanto, encontramos essa valorização nas legislações militares e também nas constituições.

Isso evidencia o quanto o comportamento militar abarca princípios e valores que são extremamente valorizados em uma sociedade, trazendo desenvolvimento social, convívio harmonioso e até elevação moral dos indivíduos que compõe a sociedade.

Assim, apesar do militarismo exigir comportamentos específicos e necessários dos militares para que cumpram as forças armadas as suas funções típicas e atípicas, como a hierarquia, também há valores que podem ser transportados para o convívio social, como a cooperação.

Logo, os valores militares possuem o poder e a competência para agir em prol de transformação social e individual, uma vez que há inúmeros valores universais, necessários para a atividade militar, mas que se aplicados às relações humanas, serão benéficas para a coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Disponível no sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm. Acesso em 18 jan. 2022.

BRASIL. Regulamento 88.545, de 26 de julho de 1983. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1983/d88545.html> .Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964.. Dispõe serviço militar obrigatório Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4375.htm.> Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Lei complementar 97, de 9 de Junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm.> Acesso em: 17 jan. 2022.

Rosa das Virtudes. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/ciaan/rosadasvirtudes> .Acesso em: 18 jan. 2022.

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE DO TEMA REPETITIVO Nº 106 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

CAIO VALENÇA DE SOUSA:
Advogado. Especialista em
Direito Administrativo.

Resumo: O artigo analisará o tema repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sob a perspectiva do ativismo judicial e da judicialização da saúde. Abordará a evolução histórica da saúde pública, seu conceito e sua abrangência. Determinará o que é ativismo judicial e judicialização da saúde, suas semelhanças e distinções, bem como trará algumas críticas elaboradas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF – Luís Roberto Barroso sobre a judicialização da saúde. Por fim, discutirá o dever ou não de o Estado fornecer medicamentos não albergados pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Palavras-chave: ativismo. judicialização. medicamentos. STJ. STF. SUS.

Abstract: This article will analyze the repetitive theme number 106 of Superior Tribunal de Justiça – STJ – under the perspective of the judicial activism and health judicialization. It will approach the public health historic evolution, its concept and scope. Also, it will determine what is judicial activism and health judicialization, its similarities and distinctions, and it will bring some reviews created by the Minister of Supremo Tribunal Federal – STF – Luís Roberto Barroso about the health judicialization as well. Lastly this article will discuss the duty or not of the state to provide medicines not provided by Sistema Único de Saúde – SUS.

Keywords: activism. Judicialization. Medicines. STJ. STF. SUS.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito à saúde: evolução histórica conceito e amplitude. 2.1. Histórico do direito à saúde no Brasil. 2.2. Direito à saúde: conceito e amplitude. 3. Ativismo judicial e judicialização da saúde. 4. Fornecimento de medicamentos não albergados pelo Sistema Único de Saúde – SUS: análise do tema repetitivo n 106 do Superior Tribunal de Justiça STJ. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Escrever sobre ativismo judicial é tarefa árdua e inesgotável. A sobreposição do Poder Judiciário em relação aos demais poderes desde o estado democrático de direito, o neoconstitucionalismo e a supremacia dos direitos fundamentais é algo incontestável. Ademais, é função deste tutelar eventual violação de direitos, razão pela qual assume tamanha relevância no cenário político e jurídico atual.

O presente trabalho buscou reanalisar o tema, bem como fazer novas considerações acerca deste, especialmente no que toca ao direito fundamental à saúde, seu conceito, sua amplitude e sua evolução histórica, abordados no primeiro capítulo deste trabalho.

Tratar da judicialização da saúde é debater de forma acalorada sobre ativismo judicial. O assunto torna-se ainda mais importante diante da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ – que afetou em sede de recursos repetitivos (Tema repetitivo nº 106) a concessão de medicamentos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS – tratado no terceiro capítulo deste artigo.

Ainda não há posicionamento definitivo daquele tribunal, mas o debate do tema é sempre enriquecedor para a sociedade, tendo em vista tratar de temas caros àquela, tais como: direito fundamental à saúde; realização de políticas públicas voltadas para a saúde; dentre outros.

Sobre isto, o presente artigo analisará o tema repetitivo, bem como avaliará os aspectos negativos da judicialização da saúde.

Além disso, compreender o que vem a ser ativismo judicial e delimitar o que vem a ser ativismo judicial legítimo é assunto de elevada importância não só para os operadores do direito, mas para toda a sociedade, tendo em vista o cotejo a ser feito com o princípio da separação de poderes, valor caro ao ordenamento constitucional, conforme abordado no segundo capítulo.

Ademais, debater acerca do dever ou não do Executivo em fornecer medicamentos àqueles que ingressam com demandas judiciais, bem como suas implicações aos princípios orçamentários, ao próprio orçamento e à implementação de políticas públicas é de elevada importância jurídica, política e social.

2.DIREITO À SAÚDE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E AMPLITUDE

O presente capítulo teve por fim abordar a evolução histórica da saúde pública no Brasil e, conseqüentemente, do direito à saúde, bem como o conceito deste e sua amplitude.

2.1. Histórico do direito à saúde no Brasil

O conceito epistemológico do termo saúde deriva do latim, cuja raiz *salus* designava o atributo principal dos inteiros, intactos, íntegros[1]. Vale dizer, o conceito de saúde possui respaldo na ideia de integridade do indivíduo, de completude física e mental. Ser saudável é ser completo, é ser íntegro.

A evolução histórica da saúde tem berço na idade média, com conotação mais religiosa do que científica ou social, tendo em vista a posição de destaque da igreja neste período[2].

Contudo, escrever acerca da história da saúde é demasiado genérico e não é o objetivo deste trabalho. Abordar a evolução da saúde pública e o direito à saúde como decorrência desta é o desafio do presente capítulo.

Segundo Luís Roberto Barroso, a trajetória da saúde pública no Brasil tem início no século XIX, com a chegada da Corte portuguesa ao Brasil. Neste período, o objeto albergado pela saúde pública era ainda muito incipiente, limitando-se a ações de combate à lepra, à peste e a algum combate sanitário[3].

Apenas no início do século XX, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso da força policial e por abusos cometidos (prova disso é a Revolta da Vacina no governo de Rodrigues Alves) a atuação estatal passa a ser mais efetiva no campo da saúde, principalmente no controle de epidemias[4].

Ocorre que, durante este modelo, a atuação no setor de saúde pública era predominantemente preventiva. A atuação curativa ficava a cargo do setor privado[5].

Diante disso, não havia como se falar em direito material e individual à saúde propriamente dito, tendo em vista que a atuação estatal restringia-se ao atendimento genérico, prevenindo doenças e controlando epidemias.

Apenas em 1930 a prática curativa foi estruturada no setor público, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e dos Institutos de Previdência – IAPs. Contudo, ainda não era universalizada em sua dimensão curativa, limitando-se aos trabalhadores que contribuíam para os IAPs[6].

Durante o período militar, os antigos IAPs foram unificados, com a criação do Instituto Nacional de Previdência social – INPS. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde[7].

Ocorre que boa parte da população brasileira não integrava o mercado de trabalho formal, fato que excluía este contingente do direito à saúde. Assim, é recente o preceito da universalidade, de modo que apenas aqueles que contribuíam eram atendidos pela saúde pública no seu aspecto curativo. Os demais ficavam a cargo do setor privado.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde passou a ter a estrutura que possui hoje, com acesso universal e gratuito, efetivado por meio de políticas públicas tanto preventivas quanto curativas.

Conforme menciona Daniel Carlos Neto:

“Portanto, a atual constituição veio definir as obrigações do Estado em proporcionar a toda a população um serviço de saúde digno, mas também a adoção de políticas públicas para a redução dos problemas que afetam direta e indiretamente a saúde dos indivíduos. É a chamada promoção, proteção e recuperação mencionada no art. 196 da CF/1988”[8].

Assim, apenas com a promulgação da Constituição de 1988 será possível falar em acesso universal e gratuito à saúde, ou seja, a saúde como um instituto autônomo e independente, em relação à previdência social.

2.2. Direito à saúde: conceito e amplitude

A Constituição Federal de 1988 trata do direito à saúde em dois momentos do seu texto normativo. Primeiro no capítulo referente aos direitos sociais, tendo em vista a saúde ser um direito social, vale dizer, um direito de segunda geração que demanda prestações positivas do Estado, o chamado status positivo na Teoria dos Quatro Status de Georg Jellinek[9].

Também trata no capítulo referente à seguridade social, garantido ao direito à saúde status universal, como sendo um direito de todos e um dever do Estado, reiterando o caráter de segunda geração.

Para Alexy, o direito à saúde é um direito à prestação em sentido estrito:

“Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”[10].

Trata-se, portanto, de um direito fundamental de segunda dimensão, nas palavras de Paulo Bonavides[11], que deriva do preceito da igualdade e da prerrogativa que o indivíduo possui de exigir uma prestação positiva do Estado.

Dirley da Cunha Jr. conceitua no mesmo sentido:

“Os direitos sociais, como típica emanção do modelo de Estado do Bem-Estar Social, destinam-se a amparar o indivíduo nas suas necessidades espirituais e materiais mais precisantes (sic), objetivando resguardar-lhe um mínimo de segurança social, relativamente à saúde, à educação, à previdência, à assistência social,

etc., como exigência da própria dignidade da pessoa humana. Por assim dizer, são direitos que têm por propósito garantir um mínimo necessário a uma existência digna (o chamado mínimo existencial), traduzido na disponibilidade de recursos materiais indispensáveis à satisfação dos postulados da justiça social. Em razão disso, direitos sociais depende, em regra, de prestações materiais positivas do Executivo e de providências jurídico-normativas do Legislativo”[12].

Assim, direitos sociais são direitos que demandam um fazer do Estado a fim de que este garanta o mínimo existencial, corolário da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

O direito à saúde, portanto, pode ser conceituado como um direito social de segunda dimensão (demandando atuação positiva do Estado) corolário da dignidade da pessoa humana e preceito indispensável do direito à vida, que, no seu aspecto individual, visa à integridade física e mental do sujeito, e, no aspecto coletivo, à prevenção de doenças e à salubridade do meio social.

Dirley da Cunha Jr., conceituando o referido direito e comentando o artigo 196 da Constituição, retrata o caráter fundamental do direito à saúde:

“O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante, a Constituição brasileira dispôs que a saúde é um direito de todos e dever o Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor vida humana, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde”[13].

Assim, não há como conceituar o direito à saúde sem que se mencione o seu caráter fundamental e social. Fundamental por derivar do direito à vida, especialmente no seu aspecto material, qual seja, o direito a uma vida digna e não apenas o direito de ter sua vida preservada (aspecto formal).

Social pelo seu caráter proativo de demandar do Estado posição dinâmica e não estática, como ocorre nos direitos de primeira dimensão. Assim, para garantir efetivamente o direito à saúde, o Estado deve promover políticas públicas voltadas para este setor, seja no combate a epidemias por meio de política de vacinação, seja na atividade curativa individual, por meio de hospitais públicos ou hospitais privados conveniados com o SUS.

3.ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Ativismo judicial é fenômeno que, conforme visto, deriva de uma posição de destaque do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes. Buscando-se nas suas fontes histórias, o ativismo origina-se, no Brasil, a partir do Estado Democrático de Direito, da Constituição de 1988 e das prerrogativas dadas por esta ao Judiciário.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República reproduz o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, de modo que nenhuma lesão ou ameaça de direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário.

No que pese a interpretação literal de tal dispositivo ensejar cláusula de abertura absoluta para o Judiciário intervir em toda e qualquer relação jurídica, não é a perspectiva que deve prosperar, sob pena de violar o princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, ativismo judicial expressa postura ativa do intérprete:

“O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar (sic) o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias”[14].

Barroso interpreta o fenômeno do ativismo judicial como uma forma de atuação do Judiciário, ou melhor, como uma atuação proativa, desvencilhando-se das amarras do processo legislativo ordinário e, por consequência, atuando como legislador positivo.

Neste conceito reside a maior crítica feita ao ativismo judicial: a falta de legitimidade democrática para atuar em ambientes que demandam dos seus atores a confirmação popular.

Melhor dizendo, o ordenamento constitucional atribuiu a cada um dos Poderes Constituídos prerrogativas próprias, de modo que o Legislativo e o Executivo, representantes da vontade popular, seriam os únicos legitimados a atuar dentro das suas competências, competências estas que demandam a confirmação popular como requisito de efetivação.

Martonio Mont'Alverne comenta tal crítica em estudo realizado sobre ativismo judicial:

“A renovação do pacto constituinte terá sempre diretiva de progresso, no sentido de oferecer à sociedade respectiva aperfeiçoamentos e melhorias no sentido de não torná-la escrava de si mesma ou de atores exteriores a si. Por isso é que a renovação do poder político terá sempre que se submeter ao crivo de quem o institucionalizou, isto é, o povo. Vistas as coisas sob este ângulo, outra não poderia ser a conclusão de que o Poder Legislativo é bem melhor tradutor das tensões sociais concretas, o que o habilita à categoria de potencial renovador do pacto constituinte, com a devida autorização popular, já que seus integrantes disputam regularmente a legitimidade por meio das eleições periódicas e regulares”[15].

Para o autor, ainda que doutrina contrária debata o tema afirmando haver legitimidade constitucional do Judiciário em atuar de forma ativista, referida legitimidade não se renova, já que os integrantes do Poder Judiciário não se submeteriam a nenhum tipo de controle popular[16].

Ora, considerar como legitimidade democrática a autorização dada pela Constituição Federal por meio do seu artigo 5º, inciso XXXV, para o Judiciário atuar de forma ativista acaba por deturpar o conceito de democracia, que possui como elemento caracterizador a periodicidade da manifestação popular por meio do voto.

Ainda sobre o tema, mas direcionando o assunto para a judicialização da saúde, ferrenhas são as críticas feitas ao ativismo judicial voltado para a saúde pública. Barroso elenca pelo menos sete críticas à judicialização da saúde[17]. Passemos a algumas delas.

A primeira é o caráter programático dos direitos sociais como um todo. No que toca à saúde, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 aduz que esta será garantida por meio de políticas sociais e econômicas.

Ora, os direitos sociais, como visto no tópico anterior, demandam atuação positiva do Estado, de modo que este somente poderá efetivá-los se houver recursos financeiros para tal.

No que pese os argumentos contrários feitos a esta crítica, não há como desvencilhar a implementação de direitos sociais do gasto público gerado. Estes são, por natureza, direitos que oneram o Erário.

Outra crítica seria o descumprimento do princípio da reserva do possível. Segundo Fernando Facuri Scaff, o princípio da reserva do possível pode ser conceituado da seguinte maneira:

“Reserva do possível” é um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais. Cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. O mesmo vale para as escolhas políticas que devem ser realizadas no seio do Estado pelos órgãos competentes para fazê-lo”[18].

Junto com o referido princípio, caminha a doutrina das escolhas trágicas, criada por Guido Calabresi e Philip Bobbit[19]. Fernando Facuri Scaff trata do assunto:

“Neste sentido, o conceito de escolhas trágicas é aplicável tanto à impossibilidade econômica que cada um de nós tem para o atendimento de nossas necessidades particulares, como de toda a sociedade para atendimento de suas necessidades por parte dos cofres públicos — daí a utilização do conceito como escolhas políticas”[20]

Nesta perspectiva, o princípio da reserva do possível é limite aos direitos sociais, pois estipula limites financeiros para o gasto com aqueles, fato que enseja a necessidade de escolher aquilo que seja mais interessante para a sociedade, ou seja, diante de várias opções que acarretariam melhorias para a sociedade, apenas algumas delas seriam efetivadas.

Assim, diante da limitação dos recursos públicos, o Estado, por meio do Legislativo, deve realizar as ditas escolhas trágicas, buscando aquilo que seja imprescindível para a sociedade diante de várias necessidades desta.

Acerca disso, comenta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes:

“A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível (...)

Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo”[21].

Desse modo, não há como demandar do Estado que a saúde pública acompanhe a evolução natural da medicina. Afinal, não há recursos financeiros para tal feito.

O que o Estado pode e deve fazer é implementar a saúde pública da forma mais eficiente possível, cumprindo políticas públicas elaboradas pelo Legislativo, sempre atentando-se para a finitude dos recursos públicos, a fim de não comprometer outras searas tão importantes quanto o direito à saúde.

Gilmar Mendes comenta tal crítica:

“Apesar disso, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (...)”

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada”[22].

Não cabe ao Judiciário criar e executar políticas públicas, a primeira é competência do Legislativo, a segunda, do Executivo.

Assim, quando aquele determinar o fornecimento de medicamentos ou tratamentos ao sujeito que os pleiteou judicialmente, acaba por desestruturar todo um arcabouço de recursos, competências, elementos físicos e materiais destinados à concretização da saúde pública, bem como violar o princípio da separação de poderes.

A desorganização da Administração Pública também é crítica realizada à judicialização da saúde. Segundo Barroso:

“São comuns, por exemplo, programas de atendimentos (sic) integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente (sic) o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do Jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública”[23].

Sendo a execução das políticas públicas da competência do Executivo, este se programa para isto, seja por meio de criação de espaços físicos aptos a efetivarem a saúde pública, seja pela contratação de recursos humanos e materiais para tal.

Atuar de modo a quebrar a harmonia administrativa feita pelo Estado na execução das políticas de saúde viola a eficiência, princípio constitucional que rege a atuação da Administração Pública, e, conseqüentemente, torna mais custosa a efetivação do direito à saúde.

Seguindo, outra crítica seria encontrada na análise econômica do Direito. Barroso trata do tema com maestria:

“Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como uma política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios. As políticas

públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média”[24].

Assim, enquanto o Judiciário realiza microjustiça, satisfazendo a pretensão de um indivíduo, o Estado deixa de realizar macrojustiça, violando o direito social à saúde de muitos.

A verdade é que não se pode conceber que um direito social seja efetivado por meio de justiça comutativa, ou seja, individualmente, mas distributiva, sob pena de inviabilizar sua efetivação, diante da finitude dos recursos públicos.

Ademais, os comentários acima acabam por desaguar na crítica técnica, que trata da ausência de expertise do Judiciário para tratar da saúde pública. Barroso também escreve sobre isso:

“Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça (sic), ao invés de macro-justiça (sic), cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”[25].

Ora, além de não ser competente para implementar políticas públicas, o Judiciário não tem o conhecimento macro de Administração Pública para distribuir recursos entre os diversos campos de atuação do Estado, nem mesmo para determinar o que é mais importante no campo específico da saúde.

Como mencionado, a atuação jurisdicional deriva de uma visão individual, ou seja, da provocação do jurisdicionado, de modo que o Judiciário jamais terá visão holística do

problema generalizado que é a saúde pública, agravado quando aquele concede pretensões individuais no âmbito do direito à saúde.

Percebe-se que a judicialização da saúde pública vai além do ativismo judicial lícito, trazido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, ela usurpar competências dos demais Poderes, violando o princípio constitucional da separação de poderes.

Muito mais do que uma mera massificação de demandas judiciais, tal fenômeno acaba por comprometer toda a estrutura dada à saúde pública, ou seja, torna o que deveria ser um direito social em individual ao alvedrio daqueles que ingressam no Judiciário e resolvem pleitear algo.

O tema vai muito além da visão individual daquele que pede ao Judiciário, alcança toda a Administração Pública, bem como a elaboração de políticas públicas no geral, tendo em vista que, diante da finitude dos recursos públicos, ao conceder demanda individual, o Estado retira valor destinado à política pública voltada para a concretização do direito social à saúde, ou pior, de política pública voltada para a efetivação de outro direito social tão importante quanto aquela.

4.FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO ALBERGADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS: ANÁLISE DO TEMA REPETITIVO Nº 106 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ.

Feitas as devidas abordagens acerca do direito à saúde, do ativismo judicial e da judicialização da política, passemos ao estudo de caso: a análise do tema repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça.

O caso trouxe demanda contra o Estado do Rio de Janeiro, especificamente, o pedido de medicamentos voltados para o tratamento de Glaucoma. A pretensão foi concedida em caráter liminar e confirmada em sede de sentença.

O Estado apelou, mas o Tribunal de Justiça confirmou a sentença e julgou improcedente o apelo, fato que ensejou o Recurso Especial nº 1.657.156-RJ/2017, processo selecionado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, para ser decidido em sede de recursos repetitivos. Vejamos a ementa da decisão:

“ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO PROGRAMA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DO SUS. 1. Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n.

2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016)”[26]

Na decisão de afetação, o Ministro Benedito Gonçalves delimitou o tema repetitivo para abranger tão somente o fornecimento de medicamentos não trazidos nos atos normativos do SUS, excluindo o fornecimento de tratamento médico.

“Além disso, são diversos os programas de fornecimentos de medicamentos pelo SUS, cada qual disciplinado por um ato normativo específico. Assim, a Portaria n. 1.554/2013 cuida do financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde. Já a Portaria n. 2.583/2007 define o elenco de medicamentos e insumos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde aos usuários portadores de diabetes mellitus. A Portaria 2.982/2009, por sua vez, trata da assistência Farmacêutica na Atenção Básica. A Relação Nacional de Medicamento Essenciais (RENAME) encontra sua disciplina na Portaria n. 1, de 2 de janeiro de 2015. Estes são somente alguns exemplos de atos que tratam da dispensação de medicamentos aos usuários do SUS. (...)

A proposta do ente público recorrente possui abrangência demasiadamente larga, ao incluir o fornecimento de medicamento e também quaisquer tratamentos terapêuticos que não se encontram incorporados ao Sistema Único de Saúde.

Tem-se que, o recurso repetitivo deve fixar-se tão somente na questão do fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS. Isso porque os autos tratam tão somente dessa temática, não podendo o julgamento do caso repetitivo extrapolar os limites fixados pelo acórdão da Corte de origem e tratados na petição do recurso especial, sob pena de vulneração indevida do necessário requisito do prequestionamento[27].

Como se sabe, a afetação apenas restringiu o tema para que possa ser analisado em sede de recursos repetitivos pelo STJ, não havendo, até o presente momento, qualquer decisão em sentido contrário ou favorável ao dever de o Estado fornecer medicamentos não trazidos na lista do SUS.

Contudo, o fato de o STJ ainda não ter se pronunciado sobre o tema não nos impossibilita de deixar aqui alguns argumentos contrários ao dever de o Estado fornecer os tais medicamentos alheios à lista do SUS.

Sob uma perspectiva genérica, o já maltratado SUS não pode sofrer outro ataque, sob pena de ser inviabilizada a sua finalidade: efetivar o direito à saúde.

Como se não bastassem os excessivos pleitos individuais concedidos pelo Judiciário, que, como visto, desestruturam a máquina pública, violam o direito coletivo à saúde, a legalidade orçamentária, o princípio da eficiência, bem como da separação de poderes, entender como devido o fornecimento de medicamentos não contemplados pela lista do SUS acarretará dever genérico e irrestrito para o Estado de fornecer todo e qualquer medicamento pleiteado.

Ora, se o Judiciário constantemente se imiscui na competência dos demais Poderes determinando a implementação do direito à saúde sem o reconhecimento pelos Tribunais Superiores do dever de o Estado fornecer medicamentos não trazidos na lista do SUS, o contrário levaria a saúde pública à bancarrota.

Todas as críticas feitas à judicialização da saúde serão potencializadas acaso o STJ entenda devido o fornecimento de medicamentos fora da lista do SUS pelo Estado.

Também dará margem para o aumento de pleitos absurdos: a concessão de medicamentos experimentais, sem qualquer confirmação de efetividade pelos órgãos competentes e de elevado custo para o Erário. E pior, podendo, inclusive, agravar o estado de saúde do paciente.

Observa-se que tal dever causaria impactos negativos em dois âmbitos: no administrativo, pois acabaria por tolher a discricionariedade do Executivo em selecionar os medicamentos imprescindíveis à população de acordo com estudos técnicos, tendo em vista que estaria obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento pleiteado, destruindo qualquer política pública de atendimento farmacêutico; e no judicial, pois daria margem aos já mencionados pleitos mirabolantes.

Assim, diante da repercussão que será causada pela futura decisão do STJ acerca do tema, o que se espera da Corte é razoabilidade e visão holística do problema no seu julgamento.

Enxergar o direito à saúde como um direito social de fato, a ser implementado por políticas públicas, é a chave para o julgamento em questão. É, inclusive, a vontade do constituinte, tendo em vista o texto normativo previsto no artigo 196 da Constituição Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe reanálise do tema ativismo judicial, dessa vez, sob a perspectiva da judicialização da saúde, analisando o tema repetitivo nº 106 do STJ, que

afetou em sede de recursos repetitivos a questão do dever do Estado em fornecer medicamentos não abrangidos pelos atos normativos do SUS.

Sobre o direito à saúde, observou-se que o conceito trazido na Constituição é de um direito social, implementado por políticas públicas, e não de um direito absoluto ao melhor tratamento existente.

Inclusive, a própria análise histórica da saúde pública mostra o direito à saúde como um direito coletivo, sem espaço para pleitos individuais mirabolantes que só comprometem o referido direito social, diante da finitude dos recursos públicos.

Acerca do ativismo judicial e da judicialização da saúde, viu-se que são institutos distintos, mas estão interligados, de modo que as críticas feitas ao ativismo de um modo genérico alcançam a judicialização. A recíproca é verdadeira.

Na análise do estudo sobre o tema do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, foram abordadas algumas críticas trazidas por ele à judicialização da saúde, de modo que, na forma como se encontra, causa mais malefício que benefício à saúde pública.

Observou-se que o caráter programático dos direitos sociais impede a atuação inescrupulosa do Judiciário, tendo em vista que, como direitos que demandam um fazer do Estado, geram gastos ao Erário.

O princípio da reserva do possível é valor que deve ser levado em consideração. Não se trata de mero argumento irresponsável do Executivo a fim de não cumprir decisões judiciais sobre o fornecimento de medicamentos ou tratamentos.

A desorganização administrativa é outro problema causado pela judicialização da saúde, pois viola o princípio constitucional da eficiência, já que o Estado deve retirar recursos destinados a políticas públicas e à estrutura destinada a sua efetivação para custear demandas judiciais individuais.

Quanto ao ativismo judicial em si, a violação do princípio da separação de poderes, fundamento da República, é crítica que há muito se discute. No campo da judicialização da saúde, a usurpação de competências pelo Judiciário, seja na criação de políticas públicas, determinando as escolhas trágicas a serem feitas, seja na execução daquelas, desestrutura toda a sistemática criada para efetivar o direito à saúde como direito social.

A expertise do Executivo, juntamente com seu corpo técnico, em executar políticas públicas deve prevalecer sobre a visão individual do Judiciário. Afinal, a jurisdição resolve conflitos individuais, realiza, como visto, microjustiça, ou seja, tem caráter comutativo apenas.

Além disso, a própria falta de legitimidade democrática do Judiciário para criar e executar políticas públicas é argumento contrário ao ativismo judicial que deve prevalecer, sob pena de violar o ordenamento constitucional, que determinou a competência de cada Poder de forma típica e atípica.

Quanto ao tema repetitivo nº 106 do STJ, no que pese ainda não haver decisão definitiva sobre o dever ou não de o Estado fornecer medicamentos não trazidos pelo SUS, viu-se que os argumentos contrários possuem significativa força.

Decisão favorável ao dever do Estado causaria sérios problemas ao custeio da já danificada saúde pública, pois daria margem a pleitos absurdos, conforme fora visto. Também acarretaria a potencialização das críticas feitas tanto ao ativismo judicial como à judicialização da saúde.

Assim, tentou-se mostrar por meio deste trabalho o quão negativo seria decisão do STJ no sentido de que o Estado deva fornecer medicamentos não contemplado pelo SUS. Por conta disso, este autor espera visão macro do problema que a saúde pública enfrenta e razoabilidade no julgamento do tema repetitivo pela Corte, além, claro, de um julgamento com base na unidade da Constituição Federal, tendo por base o ordenamento constitucional como um todo e não apenas o campo dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, n. 1, p. 23-32, mar. 2012.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19 ED. São Paulo:

Malheiros, 2006.

CUNHA, Dirley júnior. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen Rechte.

LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direito fundamentais numa democracia. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETOS, Daniel Carlos. Judicialização da Saúde Pública – Uma Análise Contextualizada. Porto Velho: Motres, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. Contas à Vista: Reserva do Possível pressupõe escolhas trágicas. Acesso em: 04 jul. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>.

Tragic Choices – The conflicts society confronts in the alloction of tragically scarce resources. New York: Norton, 1978.

Notas

[1] NETOS, Daniel Carlos. Judicialização da Saúde Pública – Uma Análise Contextualizada. Porto Velho: Motres, 2017, p. 9.

[2] NETOS, Daniel Carlos. Judicialização da Saúde Pública – Uma Análise Contextualizada. Porto Velho: Motres, 2017, p. 10.

[3] 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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[4] 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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[5] 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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[6] 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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[7] 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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[8] NETOS, Daniel Carlos. Judicialização da Saúde Pública – Uma Análise Contextualizada. Porto Velho: Motres, 2017, p. 23.

[9] JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen Rechte.

[10] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

[11] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563

[12] CUNHA, Dirley júnior. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 657.

[13] CUNHA, Dirley júnior. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 657.

[14] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, n. 1, p. 23-32, mar. 2012, p. 17.

[15] LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direito fundamentais numa democracia. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006, p. 188.

[16] [16] LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direito fundamentais numa democracia. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006, p. 187.

[17] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em: 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

[18] SCAFF, Fernando Facury. Contas à Vista: Reserva do Possível pressupõe escolhas trágicas. Aceso em: 04 jul. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>.

[19] Tragic Choices – The conflicts society confronts in the alloction of tragically scarce resources. New York: Norton, 1978

[20] SCAFF, Fernando Facury. Contas à Vista: Reserva do Possível pressupõe escolhas trágicas. Acesso em: 04 jul. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>.

[21] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 542-543.

[22] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562.

[23] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em: 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

[24] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em: 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

[25] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em: 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

[26] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, nº 1.657.156 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 24/05/2017.

[27] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, nº 1.657.156 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 24/05/2017.

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS: UM NOVO PARADIGMA DIANTE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 548.181/PR

EDUARDO SANTOS SALES:
Procurador do Estado na
Procuradoria Geral do Estado da
Bahia

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo estudar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito brasileiro sob a perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é assunto há muito debatido no âmbito da doutrina e dos tribunais e desafia a teoria clássica do delito. No direito brasileiro, está prevista no art. 225, § 3º da Constituição Federal e foi regulamentada pela lei nº 9.605/98. O Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento de que para que uma pessoa jurídica fosse responsabilizada penalmente seria necessário a aplicação da teoria da dupla imputação. Esse cenário foi alterado com julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR, no qual estabeleceu-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é independente da responsabilidade penal das pessoas físicas. Essa nova perspectiva enseja a revisão da teoria do crime para que possa compreender os crimes praticados por esse entes.

Palavras-chave: responsabilidade penal, pessoa jurídica, teoria do crime, Constituição Federal, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo realizar uma análise sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, apresentando as bases teóricas em que se funda, assim como as correntes doutrinárias que se posicionam contra e a favor, e o atual entendimento dos tribunais superiores sobre a matéria.

Em primeiro momento será feito um estudo sobre a natureza das pessoas jurídicas tendo como norte as teorias da ficção legal e da realidade técnica, cunhadas no âmbito do direito privado.

Posteriormente serão estudados os sistemas francês, anglo-saxão e espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, apontando os respectivos marcos legais e delineando as peculiaridades de cada um.

Já com foco no direito brasileiro, serão apresentados os fundamentos legais e constitucionais sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, assim como os entendimentos doutrinários diante de tais preceitos.

Ultrapassado esse aspecto, empreender-se-á uma incursão sobre a possibilidade de se atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas sob o ponto de vista da conduta, da culpabilidade e do princípio da personalidade da pena.

Por derradeiro, será apresentado o novo paradigma da responsabilidade penal das pessoas jurídicas tendo em vista a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Em sede conclusiva, serão expostas as impressões alcançadas diante do estudo realizado ao longo do trabalho, assim como a repercussão desse novo entendimento diante da tradicional teoria do crime.

2 NATUREZA DAS PESSOAS JURÍDICAS

As pessoas jurídicas foram idealizadas e criadas para atender as necessidades humanas em vários aspectos de sua vida social, tais como a produção de riquezas, fé, caridade e recreação.

Para atingir tais finalidades e permitir a atuação do homem por meio dessas entidades, a elas a lei atribuiu personalidade jurídica distinta da dos seus integrantes, possibilitando, assim, que as pessoas jurídicas se tornassem sujeito de direitos e obrigações na ordem civil.

O questionamento sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas remete à discussão sobre a natureza jurídica dessas entidades. Nesse aspecto Eugênio Raul Zaffaroni¹⁸⁴ esclarece:

Pode-se afirmar, portanto, que o debate ao redor deste tema, (responsabilidade ou irresponsabilidade) reproduz em boa parte no direito penal a antiga discussão do direito privado acerca da teoria

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *In*: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.49.

da realidade (GIERKE) ou da ficção (SAVIGNY) a respeito das pessoas jurídicas (tradução livre).

No entanto, nem sempre há uma relação entre a teoria da realidade e responsabilidade e teoria da ficção e irresponsabilidade, conforme se depreende do ordenamento jurídico de outros países.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, apesar de prevalecer a teoria da ficção, é admitida a responsabilidade penal. De outro modo nos países em que é adotado o *Civil Law*, de uma forma geral, em que predomina a adoção da teoria da realidade, o direito não caminhou para reconhecer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas¹⁸⁵.

Entre os países que adotam o *Civil Law* excetua-se a França que passou a admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. No direito francês há uma estreita correlação entre a adoção da teoria da realidade objetiva e a responsabilidade penal. Assim, uma vez reconhecido que as pessoas jurídicas são reais, e não mera ficção, e possuem, portanto, vontade própria, nada obsta que a elas também seja imputável um ilícito penal.

A respeito da natureza jurídica dessas entidades, Sílvia Rodrigues¹⁸⁶ aponta quatro principais teorias: a) ficção legal; b) realidade objetiva; c) realidade técnica; d) institucionalista de Hauriou.

Não obstante, para o presente trabalho mostra-se relevante apenas o estudo das duas principais teorias: teoria da ficção legal e teoria da realidade objetiva.

2.1 Teoria da ficção legal

Para a teoria da ficção legal, defendida por Savigny, a personalidade da pessoa jurídica seria uma abstração, artificialmente criada pela lei e por isso mesmo considerada uma ficção legal. Careceria, desse modo, de uma existência real¹⁸⁷.

¹⁸⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 100.

¹⁸⁶ RODRIGUES, Sílvia. Direito civil: parte geral. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 67.

¹⁸⁷ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 145.

Paulo Nader¹⁸⁸ acrescenta que a teoria da ficção tem suas bases no direito Canônico e esclarece:

A premissa de pensamento consiste na ideia de que é preciso ser pessoa natural para possuir direitos e contrair deveres. O conjunto de pessoas, por natureza, não possui personalidade jurídica. Esta lhe é conferida por lei e como ficção. As pessoas jurídicas configuram procedimento técnico, artificial, pois são seres irrealis, imaginários. A mesma ficção que leva o Estado a negar a personalidade jurídica a determinadas classes de pessoas, como a dos escravos, ou, como no passado, aos estrangeiros, e a atribuir a seres não humanos aqueles atributos, pode aplicar-se a grupos de pessoas.

Desse modo, as pessoas jurídicas não possuiriam uma existência real, mas somente legal, sendo obra apenas do intelecto humano. Portanto, a lei lhe reconheceria existência e lhe atribuiria personalidade jurídica somente como instrumento de atuação do próprio homem e para a consecução dos seus fins, mas não porque existente no plano real.

Sob a perspectiva do direito penal, para essa teoria, a pessoa jurídica não poderia ser sujeito ativo de um crime uma vez que consistiria em mera abstração legal. Ademais a sua vontade decorreria da vontade de um representante ou de um certo número destes. Assim, os crimes a princípio imputáveis à pessoa jurídica, são, em última análise, praticados sempre pelas pessoas físicas que a integram, sendo irrelevante, para tanto, que a motivação do ilícito seja o interesse perseguido pela corporação¹⁸⁹.

2.2 Teoria da realidade objetiva

A teoria da realidade objetiva, também denominada de orgânica, teve entre seus idealizadores a presença de Otto von Gierke, Regelsberg, Endermann, Mitteis e Von Büllow.

Essa corrente, de modo diametralmente oposto à teoria da ficção, preceitua que a pessoa jurídica não é mera ficção legal, mas uma realidade viva equiparável a uma pessoa física. Do mesmo modo que as pessoas físicas, elas são providas de vontade que é expressada por meio de seus órgãos. Assim, excetuando-se as relações que por sua

¹⁸⁸ NADER, Paulo. Curso de direito civil: parte geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, v. 1, p. 207-208.

¹⁸⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 101.

natureza são incompatíveis com as pessoas jurídicas, em tudo sua capacidade se assemelha a das pessoas físicas.

A esse respeito, Caio Mário da Silva Pereira¹⁹⁰ ensina que:

Diante desta situação, advém a conveniência de aceitar o jurista a personalidade real destes seres criados para atuar no campo do direito, e admitir que são dotados de personalidade e providos de capacidade e de existência independente, em inteira semelhança com a pessoa natural, como esta vivendo e procedendo, como esta sujeito ativo ou passivo das relações jurídicas. Não há necessidade de criar artifícios nem de buscar alhures a sede de sua capacidade de direito. Ao revés, a pessoa jurídica tem em si, como tal a sua própria personalidade, exprime a sua própria vontade, é titular de seus próprios direitos, e, portanto, é uma realidade no mundo jurídico.

Desse modo, aplicando-se a teoria da realidade objetiva ao direito penal, pode-se concluir que por ser detentora de vontade própria, a pessoa jurídica está apta a ser o sujeito ativo de um crime, não se diferenciando, assim, de uma pessoa física¹⁹¹. Atualmente, no direito privado, tem prevalecido essa teoria, entendendo-se a pessoa jurídica com uma realidade e não apenas como mera ficção¹⁹².

3 SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS

No presente tópico serão abordados os principais sistemas de responsabilidade da pessoa jurídica (sistema francês, sistema anglo-saxão e sistema espanhol) ressaltando-se suas características e distinções.

3.1 Sistema francês

Em 1994, com a entrada em vigor do Código Penal de 1992, a França passa a admitir de forma definitiva a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Assim, o art. 121-2 do Código Penal Francês dispõe: "As pessoas morais, com exclusão do Estado, são

¹⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 22ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, v. 1, p.309.

¹⁹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 103.

¹⁹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 103.

responsáveis penalmente segundo as regras dos arts. 121-4 a 121-7 e nos casos previsto pelos seus órgãos ou representantes”¹⁹³.

Desse modo, todas as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas criminalmente, excetuando-se o Estado e as coletividades territoriais, podendo estas responderem penalmente nos casos de concessão de serviço público.

É mister observar que o direito francês cuidou de adaptar sua legislação à nova realidade jurídica, de modo que se tornasse coerente a nova disposição do Código Penal, consagrando-se nessas alterações inclusive normas de caráter processual. Essas alterações foram implementadas de forma substancial pela Lei nº 92-1336/92 (Lei de adaptação) e pelo decreto 93-726/93 (dispõe sobre a execução das penas aplicáveis às pessoas jurídicas)¹⁹⁴.

Ressalte-se que em razão do princípio da especialidade, desdobramento do princípio da legalidade, as pessoas jurídicas somente podem ser responsabilizadas pelos crimes nos quais haja previsão expressa, algo similar a sistemática dos crimes culposos no direito brasileiro.

Assim, a legislação penal francesa elenca uma série de ilícitos que podem ser praticados por esses entes, conforme esclarece Luiz Regis Prado¹⁹⁵:

Nesse sentido, o Código Penal e leis especiais elencam uma série de infrações, utilizando a técnica legislativa que se segue: o crime contra a humanidade vem insculpido no artigo 212-1, e o artigo 213-3 do Código Penal reza que as pessoas morais podem ser declaradas responsáveis penalmente por crimes contra a humanidade. De sorte que vem ela referida para um grande número de delitos e de contravenções, tais como: homicídio culposo (art. 221-7, CP); lesão corporal culposa (art. 222-21, CP); tráfico de entorpecentes (art. 222-42, CP); racismo (art. 225-4, CP); lenocínio e tráfico de mulheres (art. 225-12, CP); furto (art. 311-16, CP); extorsão (art. 312-15, CP);

¹⁹³ KIST, Ataíde. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 132.

¹⁹⁴ KIST, Ataíde. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 133.

¹⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

estelionato (art. 313-9, CP); apropriação indébita (art. 314-12, CP); receptação (art. 321-12, CP); atentado aos sistemas de tratamento automatizado de dados (art. 323-6, CP); traição, espionagem, terrorismo (arts. 414-7, 422-5, CP); corrupção ativa, tráfico de influência, usurpação de funções (art. 433-25); crimes de falsidade (arts. 441-12, 442-14, 443-8, CP); crimes contra a administração da justiça (art. 434-47); violação de disposições relativas à venda e à troca (arts. R 633-1 a R 633-3); abandono de lixo e rejeitos (arts. R 632-1, R 635-8); infrações ao Código de Mineração (art. 143, CM); direito autoral (art. 335-8, Código da Propriedade Intelectual); infrações econômicas em matéria de concorrência e de preço (art. 52-2, Ordenação 86-1243); infrações em matéria de tratamento de dejetos (art. 24-1 da Lei 75-633); poluição hídrica (art. 28-1 da Lei 92-3) e atmosférica (art. 7-1 da Lei 61-842); infrações em matéria de pesquisa biomédica (art. L 209-19-1 do Código da Saúde Pública); trabalho clandestino (art. L 364-6 do Código do Trabalho) e emprego ilegal de mão de obra estrangeira (art. L 364-10 do Código do Trabalho).

Além de previsão expressa na lei, para a responsabilização penal das pessoas jurídicas devem concorrer duas condições: o crime ser praticado por órgão ou representante da pessoa jurídica e a infração ter sido praticada à sua conta, compreendendo-se essa expressão como a atuação no interesse daquela¹⁹⁶.

Tais condições caracterizam o que se denomina responsabilidade penal por ricochete, na precisa lição de Luiz Regis Prado¹⁹⁷:

Trata-se da teoria da responsabilidade penal por ricochete, de empréstimo, subsequente ou por procuração, que é explicada através do mecanismo denominado *emprunt de criminalité*, feito à pessoa física pela pessoa jurídica, e que tem como suporte obrigatório à

¹⁹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 64.

¹⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <
<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

intervenção humana. Noutro dizer: a responsabilidade penal da pessoa moral está condicionada à prática de um fato punível suscetível de ser reprovado a uma pessoa física. Desse caráter subsequente ou de empréstimo resulta importante consequência: a infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente imputável a uma pessoa física. Isso quer dizer: a responsabilidade da primeira pressupõe a da segunda'. É exatamente essa simbiose entre pessoa física e jurídica que legitima o empréstimo de criminalidade. A pessoa física personifica a jurídica (órgãos ou representantes), é onipresente, como sua consciência e cérebro. Todavia, não vale a assertiva para as infrações culposas ou contravencionais: aqui é possível a imputação direta à pessoa jurídica, sem o concurso de uma pessoa natural.

Observa-se, portanto, que o coeficiente subjetivo de culpabilidade é atendido pelo que o autor denomina de responsabilidade penal por ricochete ou por empréstimo, em que a vontade da pessoa jurídica coincide com a da pessoa física que a representa.

No que tange às sanções, o Código Penal Francês elencou um rol de penas aplicáveis às pessoas jurídicas:

Como não poderia deixar de ser, o Código Penal gaulês estatuiu expressamente um rol de sanções criminais aplicáveis à pessoa jurídica (art.131-39, CPF). Afirma-se a primazia, entre os objetivos da pena, no novo texto penal, da intimidação e retribuição. Entre as sanções podem ser mencionadas as seguintes: a multa (cujo máximo é o quántuplo do previsto para a pessoa física); a interdição definitiva ou temporária de exercer uma ou várias atividades profissionais ou sociais; o controle judiciário por cinco anos ou mais; o fechamento definitivo ou temporário do estabelecimento utilizado para a prática do delito; a exclusão definitiva ou temporária dos mercados públicos; a interdição por cinco anos ou mais do direito de emitir cheques; a confiscação do objeto do crime; a publicação da decisão judicial e a dissolução. Esta última é reservada para as infrações mais graves (*v.g.*, crime contra a humanidade, tráfico de drogas, estelionato, extorsão, terrorismo, moeda falsa).

Ademais restaram vedadas as penas de dissolução e de controle judiciário das pessoas jurídicas de direito público, dos partidos políticos e dos sindicatos profissionais.

3.2 Sistema anglo-saxão

No direito anglo-saxão a responsabilidade penal das pessoas jurídicas teve sua origem nos tribunais ingleses, os quais, em primeiro momento só a admitiam para os crimes omissivos culposos (*nonfeasance*) e mais tarde para os crimes comissivos dolosos (*misfeasance*)¹⁹⁸.

Somente em 1889, por meio do *interpretation act*¹⁹⁹ a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi incorporada à legislação inglesa, que passou a compreender dentro do termo "pessoas" não só as pessoas naturais, mas também os entes coletivos:

2- (1.) Na interpretação das leis aplicáveis a um delito punível em sede de acusação ou depois de condenação sumária, se contido em uma lei aprovada antes ou depois da vigência desta Lei, a expressão "pessoa" deve, salvo disposição expressa em contrário, incluir uma pessoa coletiva (tradução livre).

Inicialmente, somente se aplicava a responsabilidade das pessoas jurídicas às infrações punidas com sanções menos graves e que não dependiam da comprovação de culpa, *regulatory offences (public welfare offences)*. Somente em 1940 foi ampliado o rol de infrações a que as pessoas jurídicas estariam sujeitas, alcançando os crimes de qualquer natureza desde que compatíveis com a sua condição²⁰⁰.

Para a responsabilização das pessoas jurídicas o direito inglês, em regra, exige os elementos objetivo (*actus reus*) e subjetivo (*mens rea*) do crime. Não obstante, em certos casos, admite a responsabilidade penal objetiva – *strict liability*, (independentemente de

¹⁹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 52.

¹⁹⁹ INGLATERRA. Interpretation act. 1889. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1889/63/pdfs/ukpga_18890063_en.pdf>. Acesso em: 15 dez 2015.

²⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%20dica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

dolo ou culpa) e também por fato de terceiro (*vicarious liability*), o que, em última análise, também consiste em responsabilidade penal objetiva.

Para a imputação de um delito, levando em consideração o elemento subjetivo, da pessoa jurídica adota-se a teoria da identificação (*identification theory*). Nesse aspecto vale-se mais uma vez das lições de Luis Regis Prado²⁰¹:

Para se imputar a prática de um fato punível e o eventual elemento subjetivo (*vontade*) à pessoa jurídica é indispensável uma ação ou omissão do ser humano. Isso impõe que se lance mão de um artifício para atribuir à pessoa jurídica os atos de uma pessoa física: “um salto” da pessoa física para a jurídica. O fundamento penal encontrado está na teoria da identificação (*identification theory*) – identificação do *controlling mind* –, originária da jurisprudência cível (acórdão da *House of Lords*, 1915), que acabou por alcançar a área criminal, em 1944. O juiz ou tribunal deve procurar identificar a pessoa que “não seja um empregado ou agente, cuja sociedade seja responsável pelo fato em decorrência de uma relação hierárquica, mas qualquer um que a torne responsável porque o ato incriminado é o próprio ato da sociedade”. Tem-se, portanto, que a pessoa natural “não fala, não atua para a sociedade; ela atua enquanto sociedade, e a vontade que dirige suas ações é a vontade da própria sociedade”. Ela é a personificação do ente coletivo; sua vontade é a vontade dele. Como examinado, essa doutrina deu lugar à ideia de que a culpa de certas pessoas físicas pode ser imputada a uma pessoa jurídica como sua culpa própria ou pessoal (*personal liability*), numa verdadeira e total identificação.

Nos Estados Unidos, de modo geral, a responsabilização criminal das pessoas jurídicas segue sistemática similar ao direito inglês, conforme é possível se depreender das disposições do Código Criminal Federal²⁰²:

²⁰¹ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <
<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

²⁰² PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <

Art. 402. 1. Definição da responsabilidade. Uma sociedade anônima (*corporation*) pode ser penalmente condenada por: a) qualquer delito praticado na realização dos negócios, sobre a base de uma conduta executada, autorizada, estimulada, ordenada, ratificada ou imprudentemente tolerada, em transgressão a um dever de manter uma supervisão efetiva sobre as atividades de uma das pessoas que em seguida são enumeradas, ou um acordo de mais de uma delas.

Art. 403. Outras sociedades ou associações. Uma sociedade ou associação pode ser penalmente condenada nas circunstâncias exigidas pelo art. 402, em relação às sociedades anônimas.

O *Model Penal Code*, desenvolvido pelo *American Law Institute*, cujo objetivo é estimular e auxiliar a padronização da legislação penal americana, alinha-se às disposições do Código Criminal Federal²⁰³: "Art. 2.07.1. Uma sociedade anônima pode ser condenada pela prática de um delito se: c) a prática do delito foi autorizada, solicitada, ordenada, ou executada pela direção ou por um alto funcionário (gerente) atuando em representação da sociedade e durante o emprego" (tradução livre).

3.3 Sistema espanhol

Na Espanha, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi regulada pela primeira vez no art. 31 bis do Código Penal de 2010, instituído pela Ley Orgânica/2010, que reformou o Código Penal de 1995²⁰⁴.

Artigo 31 bis.

1. Nos casos previstos neste Código, as pessoas jurídicas são criminalmente responsáveis:

<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

²⁰³ Estados Unidos da America. Model Penal Code, 1962. Disponível em: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>>. Acesso em: 21 dez 2015.

²⁰⁴ Espanha. Código Penal y legislación complementaria. 2015. Disponível em: < file:///C:/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf>. Acesso em: 21 dez 2015.

a) pelos crimes cometidos em nome ou por conta destas, e em seu benefício direto ou indireto, por seus representantes legais ou por aqueles que atuando individualmente ou na qualidade de membro de um órgão da pessoa jurídica, estão autorizados a tomar decisões ou ostentem poderes de organização e controle.

b) pelos crimes cometidos no exercício de atividades sociais, por conta e em benefício direto ou indireto destas, por quem, estando sob a autoridade dos indivíduos mencionados no parágrafo anterior, podiam praticar atos que violem gravemente os deveres de supervisão, vigilância e controle da respectiva atividade observadas circunstâncias específicas do caso.

2. Se o crime foi cometido pelas pessoas mencionadas na alínea a) do item anterior, a pessoa jurídica não será responsável se estiverem reunidas as seguintes condições:

1ª o órgão de administração tenha adotado e executado com eficácia, antes que o crime tenha sido cometido, modelos organizacionais e de gestão, que incluem medidas de vigilância e controle aptas a prevenir crimes da mesma natureza ou de reduzir significativamente o risco da sua prática;

2ª a supervisão do funcionamento e cumprimento do modelo de prevenção implementadas tenha sido atribuídos a um órgão da pessoa jurídica, com poderes autônomos de iniciativa e controle ou que possua o encargo legal de supervisionar a efetividade dos controles internos pessoa jurídica;

3ª os autores individuais ter cometido o crime violando de forma fraudulenta de os modelos de organização e de prevenção e;

4ª não tenha havido uma omissão ou exercício insuficiente das respectivas funções de supervisão, vigilância e controle por parte do organismo ao qual se refere a condição 2ª.

Nos casos em que as circunstâncias acima referidas anteriormente apenas possam ser parcialmente acreditadas, tal fato será avaliado para fins de atenuação da pena.

3. Nas pessoas jurídicas de pequenas dimensões, as funções de supervisão a que se refere a condição 2ª do item 2 poderão ser assumidas diretamente pelo órgão de administração. Para estes fins, são pessoas jurídicas de pequena dimensão aquelas que, pela lei aplicável, estão autorizadas a apresentar relatórios abreviados de ganhos e perdas.

4. Se o delito foi cometido pelas pessoas mencionadas na alínea b) do item 1, a pessoa jurídica não será responsável se, antes do crime, adotou e implementou um modelo eficaz organização e gestão que é adequado para prevenir crimes da natureza dos que foram cometidos ou para reduzir significativamente o risco de sua prática.

Neste caso, também será aplicável atenuação prevista no parágrafo segundo do item 2 do presente artigo. (tradução livre)

Desse modo, o Código Penal espanhol estabelece a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para dois casos. Em um primeiro momento a pessoa jurídica responde pelos atos praticados pelas pessoas que possuem o poder de direção da entidade. No segundo momento a responsabilidade é atribuída às pessoas jurídicas em razão dos atos praticados pelas pessoas físicas que estejam no exercício das atividades sociais, por conta e em proveito desta, nos casos em que os administradores ou representantes legais não tenham cumprido o respectivo dever de controle e supervisão, considerando-se as circunstâncias do caso.²⁰⁵

Na Espanha, a exemplo do que ocorreu na França, adotou-se o princípio da especialidade para a responsabilização das pessoas jurídicas, de modo que estas somente estão sujeitas aos crimes aos quais a lei expressamente se refere. Aqui também restou excluída responsabilidade penal do Estado.

Diferentemente do Direito Penal Francês, o Código Penal Espanhol não previu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para os crimes culposos.

²⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 12 jan 2016.

Para Luiz Regis Prado, tratando-se de um modelo de responsabilidade penal indireta (por atribuição), o Código Penal espanhol instituiu um verdadeiro modelo de responsabilidade por fato alheio, que o seria incompatível o a definição legal de crime prevista no art. 10 daquele diploma legal²⁰⁶.

4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas encontra fundamento de forma expressa no art. 225, § 3º da Constituição da República²⁰⁷, com o seguinte teor: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

De forma menos expressa, o art. 173, §5º da Constituição República estabelece a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular nos seguintes termos: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

A doutrina tem se dividido a respeito do entendimento a ser adotado diante de ambos dispositivos constitucionais, mormente o art. 225, §3º.

Arthur Migliari²⁰⁸ entende que a Constituição consagrou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas²⁰⁹, *verbis*:

²⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 12 jan 2016.

²⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

²⁰⁸ JÚNIOR, Arthur Migliari. Crimes ambientais. 2ª ed. Campinas: Edições Ltda, 2004, p. 88 e 89.

²⁰⁹ No mesmo sentido: GALVÃO, Fernando. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 6/7.

O que se tem é uma nova ordem constitucional permitindo que, nos casos específicos previsto na Constituição Federal (arts. 173 e 225), para que possa aumentar o leque de atuação do Direito Penal, se atinja a pessoa jurídica, em sua responsabilidade penal, juntamente com a de seus dirigentes (art. 2º).

(...)

Desse modo, com a modificação preexistente na Constituição Federal, abrindo o leque de opções para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, nos artigos 173 e 225, nada mais coerente que as normas infraconstitucionais fossem adaptadas ao preceito maior insculpido na Constituição, já que os preceitos do Código Penal e legislações extravagantes são perfeitamente adaptáveis, as quais, aliás, devem estar sempre ajustadas ao quadro maior previsto na Carta Política de um país.

Luiz Regis Prado, por sua vez, adota posicionamento em sentido contrário. Sustenta que a própria norma teria estabelecido uma correlação significativa - conduta/pessoa física, atividade/pessoa jurídica. Desse modo, apenas as pessoas físicas poderiam praticar crimes, uma vez que somente elas possuem consciência e vontade, integrantes da conduta. As pessoas jurídicas, de outro modo, não praticam condutas, mas desenvolve uma atividade, que, em caso de violação à lei, podem sofrer a aplicação de uma sanção administrativa²¹⁰.

Esta conclusão seria corroborada pelo disposto no art. 173, § 5º da Constituição da República ao dispor que as pessoas jurídicas sujeitam-se às punições que sejam compatíveis com a sua natureza, não se enquadrando nessa dimensão, portanto, as sanções penais.

²¹⁰ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 151 e 152.

Acrescenta, ainda, que este entendimento guarda pertinência com a principiologia constitucional, ressaltando-se os princípios da culpabilidade e da personalidade, e que, em razão disto, o art. 3º da Lei nº 9.605/98211 afigura-se inconstitucional²¹²:

Não obstante, em rigor, diante da configuração do ordenamento jurídico brasileiro – em especial do subsistema penal – e dos princípios constitucionais penais que o regem (*v.g* princípios da personalidade das penas, da culpabilidade, da intervenção mínima etc). E que são reafirmados pela vigência daquele, fica extremamente difícil não admitir a inconstitucionalidade desse artigo, exemplo claro da responsabilidade penal por fato alheio.

Aderindo ao coro dos que não admitem a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas na Constituição da República, René Ariel Dotti²¹³ se manifesta nos seguintes termos:

(...)

Logo a criminalização da pessoa jurídica, como forma de responsabilidade penal impessoal é inconstitucional: as normas do art. 173, §5º e do art. 225, § 3º da Constituição, não instituíram – nem autorizaram o legislador ordinário a instituir – a *exceção* da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

(...)

Rebatendo a argumentação de que a Constituição teria estabelecido uma correlação significativa entre conduta e pessoa física e atividade e pessoa jurídica, posicionamento

²¹¹ BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 23 fev 2016.

²¹² PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 151 e 152.

²¹³ DOTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 170.

adotado por Luis Regis prado, Fernando Galvão²¹⁴ aduz que em uma interpretação lógico sistemática ou teleológica tal ponto de vista não se sustenta:

A estrutura do dispositivo deixa claro que os infratores estarão sujeitos a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Em aposto explicativo, fica esclarecido que os infratores podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Por outro lado, o entendimento de que a Constituição teria deferido tratamento distinto às pessoas físicas e jurídicas levaria a concluir, também, que as responsabilidades da pessoa física ficariam restritas às sanções penais e a obrigação de reparar os danos. O que não é correto. Com certeza a pessoa física pode ser responsabilizada administrativamente pela lesão ao meio ambiente. Prova disto são as multas instituídas pelo Decreto 3.179, de 21 de setembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 9.605/98 e estabelece os parâmetros da responsabilidade administrativa para os casos de lesão ao meio ambiente.

Não obstante os debates acadêmicos sobre a existência de previsão constitucional para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, foi editada a Lei nº 9.605/98 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências) cujo o art. 3º possui o seguinte teor: “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

O art. 21 da mesma Lei estabelece que são aplicáveis às pessoas jurídicas as penas de multa, restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade.

O art. 22, por sua vez, discrimina como restritivas de direito as seguintes penas: a) suspensão parcial ou total de atividades; b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

O art. 23 fixa como penas de prestação de serviços à comunidade as seguintes: a) custeio de programas e de projetos ambientais; b) execução de obras de recuperação de

²¹⁴ GALVÃO, Fernando. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 6/7.

áreas degradadas; c) manutenção de espaços públicos e; d) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Encerrando o tratamento das penas aplicáveis às pessoas jurídicas o art. 24 da Lei estabelece que:

Art. 24 A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

É importante observar que a Lei nº 9.605/2005 não trouxe nos tipos penais o preceito secundário referente às pessoas jurídicas (fixação de pena), mas somente para as pessoas físicas.

Ademais, ao estabelecer as penas aplicáveis às pessoas jurídicas (art. 21), deixou de estabelecer os critérios de aplicação e os limites mínimos e máximos das sanções elencadas.

A respeito disso, Luís Paulo Sirvinkas argumenta²¹⁵:

Não constam nos tipos penais as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, mas só às pessoas físicas. Assim, como aplicar as penas contidas na parte geral da lei às pessoas jurídicas? Como fazer a integração da parte geral à parte especial? Como fazer a dosimetria da pena? O legislador não estaria colocando nas mãos do juiz um poder que não lhe incumbe ao permitir fazer a integração das penas contidas na parte geral à parte especial? O Juiz não poderia impor a pena à pessoa jurídica sem respeitar um patamar entre o mínimo e o máximo, podendo, inclusive, determinar o fechamento da empresa com consequências graves e irreversíveis à sociedade? A pessoa jurídica não tem direito de saber de antemão a pena aplicável entre o mínimo e um máximo, bem como os tipos penais atribuídos à pessoa jurídica? As penas atribuídas às pessoas jurídicas seriam substitutivas das penas privativas de liberdade contidas na parte

²¹⁵ SIRVINKAS, Luís Paulo. A Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12-2-98. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23/24.

especial? Essa falta de integração não estaria ferindo o princípio da legalidade e da proporcionalidade da pena?

Além de atentar contra os princípios da legalidade e da proporcionalidade, a sistemática adotada pela Lei 9.605/1998, ofende, em última análise o princípio da individualização da pena.

Nesse aspecto, insta esclarecer que a individualização da pena ocorre em três momentos distintos.

Primeiramente a lei deve prever para cada um dos tipos penais a pena e o *quantum* em abstrato é aplicável (individualização legislativa). Ex: "Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa".

No segundo momento, o juiz, dentro dos parâmetros legalmente previstos, deve aplicar a pena que reputa mais adequada ao caso (individualização judicial).

Por último, em sede de execução, a pena deve ser cumprida de acordo com as particularidades do réu e o seu desempenho durante o cumprimento (individualização executória). Ex: progressão de regime, liberdade condicional, remição da pena²¹⁶.

Desse modo, constata-se que a Lei nº 9.605/2005 violou o princípio da individualização da pena em sua perspectiva legislativa, o que, inexoravelmente, repercute nas demais instâncias, judicial e executória.

Além disso, de forma diversa o do que ocorreu no Código Penal Francês, não foi adotado o princípio da especialidade, no qual se estabelece expressamente quais os crimes são aplicáveis às pessoas jurídicas. Desse modo, parte-se do pressuposto de que as pessoas jurídicas estão sujeitas a todos os crimes previstos na Lei 9.605/2005, o que acarreta insegurança jurídica tendo em vista o casuísmo em se identificar quais crimes poderiam ser praticados por pessoas jurídicas (crimes compatíveis a respectiva natureza).

Outro aspecto que o legislador brasileiro passou ao largo refere-se à criação de uma norma processual específica para os crimes praticados pelas pessoas jurídicas. Mais uma vez serve como parâmetro o Direito Francês.

²¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 771.

Na França foi editada a denominada Lei de Adaptação (Lei nº 92-1336/1992) cujo escopo cingia-se à harmonização processual à responsabilização penal das pessoas jurídicas.

A ausência de normas processuais específicas levanta uma série de indagações que podem colocar em risco o princípio constitucional do devido processo legal. René Ariel Dotti²¹⁷ apresenta as seguintes questões:

(...)

Quem prestará em nome do “réu” ou da “ré” o interrogatório? Ou o sistema legal dispensará em tal hipótese o interrogatório que, além de meio geral de prova é, também um elemento de defesa? Como se tornará efetiva a investigação policial ou mesmo a instrução criminal se a pessoa jurídica tiver vários centros de atividade e que o fato típico tenha sido gerado por mais de um deles? Quais as testemunhas a serem ouvidas, principalmente se a ré tiver também domicílio em outras comarcas do Estado e do País? E se for transnacional?

(...)

Sob o prisma das garantias constitucionais, Sérgio Salomão Shecária²¹⁸ perquiri:

(...)

O réu, diferentemente da testemunha ou do perito, não está obrigado a dizer a verdade. Entretanto, no interrogatório da pessoa jurídica, realizado com a oitiva de seu representante legal ou até por preposto, estaria ele resguardado pelas garantias constitucionais da ampla defesa ou figuraria como simples testemunha, sujeita ao cometimento de crime caso calasse ou faltasse com a verdade?

(...)

²¹⁷ DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 188.

²¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p.169.

Para essas e outras indagações Ada Pellegrini Grinover apresentou uma série de respostas e concluiu:

Em conclusão, parece que nenhuma falta fez a ausência de regras processuais específicas quanto à responsabilização penal da pessoa jurídica. O ordenamento jurídico deve ser visto com um todo e nele se encontram as respostas adequadas para o tratamento da questão, observadas, naturalmente, as diferenças que existem entre as diversas disciplinas.

Observa-se, portanto, que a despeito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas para os crimes ambientais ter sido implantada no direito brasileiro, a legislação correspondente carece de mecanismos que proporcionem maior segurança jurídica, assegurem os direitos e garantias fundamentais e lhe confirmem maior eficácia.

Por derradeiro, no tange ao art. 173, § 5º da norma constitucional, ainda recai dúvidas contundentes se com essa previsão quis também o legislador possibilitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para os crimes praticados em detrimento da ordem econômica e financeira e contra a economia popular, fato que inequivocamente contribuiu para não ter sido editada lei a respeito do tema.

5 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS SOB O PONTO E VISTA DA CONDUTA, DA CULPABILIDADE E DO PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DA PENA

A análise sobre a possibilidade de se atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas encontra obstáculos, segundo parte da doutrina²¹⁹, num contraponto com a teoria do crime, há muito cunhada no direito penal, mormente no que diz respeito aos aspectos da conduta, culpabilidade, e personalidade da pena, razão pela qual serão objeto desse estudo.

5.1 Conduta

A conduta, pode ser conceituada como ação ou comportamento humano. Rogério²²⁰ Greco apresenta o seguinte conceito:

²¹⁹ Nesse sentido: Luiz Regis Prado e César Roberto Bitencourt.

²²⁰ GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 17ª ed. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 204.

A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia.

Calcado na premissa de que a conduta é um comportamento humano, César Roberto Bitencourt nega a possibilidade da prática de crime pelas pessoas jurídicas. Esclarece que mesmo adotando uma perspectiva realista da pessoa jurídica não seria possível equiparar a vontade desta à vontade humana²²¹.

É importante observar que em muitos ordenamentos jurídicos que admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas há uma vinculação entre esta e da pessoa física, sem a qual aquela não poderia sofrer sanção penal. É o que observa, por exemplo, no direito francês que expressamente adotou a teoria do ricochete.

Algo similar ocorria no Brasil por meio da teoria dupla imputação cunhada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que restou alterado pelo julgamento Recurso Extraordinário nº 548.181/PR222, em que a Suprema Corte brasileira desvinculou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas da responsabilidade das pessoas físicas.

Na linha do que restou decidido pelo STF, Carlos Gómez-Jara Díez aduz que determinadas organizações atingem certo nível de complexidade que, assim como ocorre com o psique humano – passam a denotar caracteres de autorreferencialidade, autocondução e autodeterminação. Assim, o dolo e negligência empresarial estariam materializados em determinado conhecimento organizacional do risco empresarial. Desse modo, o conhecimento organizacional não seria caracterizado pela soma dos conhecimentos individuais das pessoas que integram a pessoa jurídica, mas pela relação entre esses elementos de conhecimento²²³.

²²¹ BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273-274.

²²² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 548.181/ PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A Relatora: Ministra, Brasília, 06 de agosto de 2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, n. 213/2014, p. 148, out. 2014.

²²³ DIÉZ. Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. Revista de Ciências criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 415-451, 2013.

Nessa linha Sérgio Salomão Shecaira explica²²⁴:

Verifica-se então que este último, o sentimento pessoal, capaz de provocar ações individuais no indivíduo desligado do grupo, desaparece, e cede lugar a outro, ao sentimento coletivo, que é, também, capaz de provocar ações. Porém, como ambas as ações, a individual e a coletiva, se executam, objetivamente, por meio do homem, acontece que este poderá executar alguma, pela qual não seja responsável individualmente, porque ela é o resultado de uma necessidade coletiva. Esse raciocínio de Afonso Arinos permite pensar em uma vontade, não no sentido próprio com se atribui ao ser humano, resultante da existência natural, mas sim em um plano sociológico, eis que a existência da empresa decorre de sua formação surgida no seio da sociedade legítima.

Registre-se que essa perspectiva alinha-se aos preceitos da teoria realidade objetiva, já estudada em tópico específico, dado que a vontade da pessoa jurídica deve ser considerada totalmente independente das pessoas físicas que a compõem ou administram, mostrando-se, dessa forma, não se tratar de mera ficção.

5.2 Culpabilidade

A culpabilidade, segundo a teoria tripartida, é o terceiro elemento do crime, sendo antecedido pela tipicidade e pela ilicitude (antijuridicidade), assim, não sendo culpável o autor do fato, não há que se falar em crime.

Segundo César Roberto Bitencourt²²⁵, a culpabilidade é uma reprovação pessoal do agente do fato considerada a possibilidade que possuía no momento da ação ou da omissão de determinar-se de outra maneira.

Na mesma linha, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli esclarecem que uma conduta é culpável *quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque*

²²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 110.

²²⁵ BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 404-405.

*não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse*²²⁶.

A doutrina em geral apresenta como elementos da culpabilidade os seguintes: imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude (potencial consciência da ilicitude), exigibilidade de obediência ao direito (exigibilidade de conduta diversa).

A imputabilidade é a capacidade de ser culpável caracterizada por um aspecto cognoscivo e outro volitivo, ou seja, a capacidade de compreender como ilícita uma determinada conduta e de determinar a respectiva vontade diante dessa compreensão²²⁷.

A possibilidade conhecimento da ilicitude, por sua vez, refere-se ao conhecimento da ilicitude do fato ou à possibilidade de atingir esse conhecimento. Inexistindo esse elemento aperfeiçoa-se o que se denomina erro de proibição (excludente de culpabilidade).²²⁸

Por derradeiro, a exigibilidade de obediência ao direito consubstancia-se pelo poder que o agente possuía ao tempo da ação ou da omissão de determina-se de acordo ou em desacordo com a norma jurídica²²⁹.

Observa-se, portanto, que a culpabilidade, ao menos em sua concepção tradicional, está estritamente vinculada ao aspecto psicológico da conduta, o que seria de difícil compreensão quando o autor do ilícito for pessoa jurídica. Por esse motivo, parte da doutrina tem defendido que não seria possível imputar responsabilidade penal às pessoas jurídicas, já que carentes do elemento psicológico, inerente ao ser humano.

Por estarem atreladas ao aspecto psicológico do agente, a conduta e a culpabilidade na responsabilidade penal das pessoas jurídicas enfrentam dificuldade similar, qual seja a existência de consciência e vontade daquele ente, assim como a reprovabilidade do seu agir calcado nesses elementos.

²²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539.

²²⁷ BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 407-408.

²²⁸ BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 408-409.

²²⁹ BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 409-410.

Conforme será demonstrado no subtópico abaixo, a doutrina e a jurisprudência tem evoluído para superar essa aparente incompatibilidade entre a natureza da pessoa jurídica e a responsabilidade penal.

5.2.1 Conceito construtivista de culpabilidade empresarial

O conceito construtivista da culpabilidade empresarial, defendido por Carlos Gómez-Jara Díez²³⁰, afastando-se da concepção tradicional de culpabilidade, está fundamentado na organização empresarial e na cultura empresarial de cumprimento das leis (*compliance programs*).

Para teoria construtivista da culpabilidade as pessoas jurídicas compõem-se de comunicações que fazem as vezes de consciência das pessoas naturais (equivalente funcional). Assim, os atos realizados dentro do contexto social sujeitam-se, se típicos e antijurídicos, a um juízo de reprovabilidade.

Desse modo, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não estaria vinculada à responsabilização de uma pessoa física, consoante o que estabelecia a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR (teoria do ricochete do direito francês), já que aquelas são possuidoras de culpabilidade própria.

O autor defende que para ocorrer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas deveriam ser respondidas as seguintes perguntas: 1) atuou a pessoa física na representação da pessoa jurídica; 2) atuou a pessoa física em benefício da pessoa jurídica; 3) possuía a pessoa jurídica uma organização adequada ao Direito; 4) possuía a pessoa jurídica uma cultura empresarial de cumprimento da legalidade ambiental.

Aduz que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, baseada na organização empresarial e na cultura empresarial é mais justa e mais eficaz:

É mais justo, porque distingue adequadamente entre cidadãos corporativos fiéis ao Direito e aqueles que não o são – seria injusto considerar iguais duas empresas, uma com um sistema de conformidade (*compliance*) efetivo, e outra que carece e qualquer *compliance*. E é eficaz porque ao permitir às empresas evitar a

²³⁰ DIÉZ. Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. Revista de Ciências criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 415-451, 2013.

responsabilidade penal mediante uma organização correta e uma cultura de cumprimento da legalidade, estas realizarão grandes esforços para implementar sistemas de organização e cultura conformes às normas do Direito brasileiro.

Não se está aqui dizendo que o conceito de culpabilidade apresentado neste tópico está isento de críticas, mas que vai ao encontro do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, adequando a tradicional teoria da culpabilidade a já positivada responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sem a necessidade de se socorrer a um mecanismo de dupla imputação.

Por derradeiro, é de se observar que esse conceito já foi adotado na jurisprudência brasileira. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento da Apelação Criminal nº 0010064-78.2005.404.7200231, apresentou de forma expressa, como fundamento da respectiva decisão, o conceito construtivista de culpabilidade. Na decisão o Tribunal afastou o sistema da dupla imputação (teoria do ricochete) para possibilitar a continuidade da ação penal somente em relação à pessoa jurídica, uma vez que a culpabilidade da pessoa física estava extinta em razão da ocorrência da prescrição.

Entendeu o Tribunal, adotando a doutrina de Carlos Gomez-Jara Diéz, que as pessoas jurídicas são “sujeitos de direito como sistemas autopoiéticos (sistemas autônomos e autorreferenciados), capazes de engendrar a si mesmos no contexto social e de interagir com base no todo comunicativo que integram”.

5.3 Princípio da personalidade da pena

O princípio da personalidade da pena encontra-se delineado no art. 5º, XLV da Constituição da República: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Pelo teor desse princípio a pena não poderá atingir pessoas diversas daquela a quem foi destinada. Cite-se por exemplo a pena de multa. Imposta a multa ao condenado, nenhuma outra pessoa poderá ser responsabilizada por ela, ainda que este não possua

²³¹ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação criminal n. 0010064-78..2005.404.7200/SC. Apelante: Ministério Público Federal. Recorrido: P.P.C. S/A. Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 21 de agosto de 2012. Diário Eletrônico da Justiça Federal, Porto Alegre, ano 7, n. 196, p. 452-454, set. 2012.

condições financeiras. O texto constitucional excetua duas hipóteses: a obrigação de reparar o dano e o perdimento de bens. A rigor, não se trata de exceções porque ainda nessas hipóteses a pena não atingirá o patrimônio de terceiro, mas sim aquele que pertencia ao *de cuius*.

Como visto, esse princípio é apresentado como obstáculo à atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, uma vez que sua condenação poderia atingir indiretamente pessoas inocentes, a exemplo dos sócios que votaram contra decisão mas foram vencidos ou aqueles que não tiveram participação no cometimento do delito.

Em sentido contrário, Sérgio Salomão Shecaira²³² aduz que a existência desse princípio constitucional não afasta a repercussão indireta da condenação em terceiros, mesmo nos casos responsabilidade penal das pessoas físicas. Cita como exemplo a condenação de um pai que é arrimo de família. Uma vez preso, sua esposa e descendentes se veriam privados da renda que os sustenta. Do mesmo modo ocorreria na aplicação das penas de proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública. Ocorreria também repercussão indireta da pena no caso de aplicação de multa que inevitavelmente recairiam sobre o patrimônio do casal.

De forma similar ocorreria nos casos de aplicação de pena às pessoas jurídicas. De forma indireta os sócios inocentes estariam sujeitos aos efeitos da pena aplicada à aquela.

Portanto, é forçoso reconhecer que o argumento de que a responsabilização penal das pessoas jurídicas afrontaria do princípio da personalidade da pena não se sustenta

Observa-se que o texto normativo buscou, em verdade, proibir a aplicação direta de penas a pessoas alheias a prática do delito, e não afastar a incidência indireta dos efeitos da pena em outras pessoas, o que na prática se mostraria pouco factível.

6 A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 548.181/PR E IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme já dito alhures, o Superior Tribunal de Justiça, tendo vista o disposto no parágrafo único do art. 3º da lei nº 9.605/98, cunhou a denominada teoria da dupla imputação, que guarda similaridade com a teoria do ricochete do direito francês. Entendia aquela Corte que a pessoa jurídica deveria ser denunciada conjuntamente com a pessoa

²³² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 104-105.

física, uma vez que aquela careceria de vontade própria, tomando-se por empréstimo, assim, o elemento subjetivo da pessoa física. A respeito do tema cita-se o seguinte arresto:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI N.º 9.605/98. DENÚNCIA OFERECIDA SOMENTE CONTRA PESSOA JURÍDICA. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. PEDIDOS ALTERNATIVOS PREJUDICADOS. 1. Para a validade da tramitação de feito criminal em que se apura o cometimento de delito ambiental, na peça exordial devem ser denunciados tanto a pessoa jurídica como a pessoa física (sistema ou teoria da dupla imputação). Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física – quem pratica a conduta com elemento subjetivo próprio. 2. Oferecida denúncia somente contra a pessoa jurídica, falta pressuposto para que o processo-crime desenvolva-se corretamente²³³.

(...)

Não obstante esse ter sido um entendimento que contou com a ampla aceitação dos tribunais brasileiros, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no Recurso Extraordinário nº 548.181/PR, de relatoria da Min. Rosa Weber, julgado em 06 de agosto de 2013, admitiu a responsabilização penal de pessoa jurídica independentemente da responsabilidade penal da pessoa física. Entendeu a Corte que a Constituição da República, ao atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas, não a condicionou à responsabilidade penal simultânea dos respectivos dirigentes, o que implicaria indevida restrição a norma constitucional, verbis:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea

²³³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 37.293 - SP Recorrente: Arauco Forest Brasil S/A. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília ,02 de maio de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n. 1282 mai 2013.

persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181/ PR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 06/08/2013, Órgão Julgador: Primeira Turma)

Nesse julgamento a Ministra Relatora, Rosa Weber, esclareceu que condicionar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas à da pessoa física, significaria o esvaziamento da teleologia da norma, que foi criada justamente com a finalidade de superar a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se comprovar que a ordem criminosa teve origem em determinada pessoa física, pois, em muitos casos as responsabilidades internas são diluídas ou parcializadas. E assim afirmou: "Ao se necessitar desta mesma comprovação para a

responsabilização da pessoa jurídica estar-se-ia criando instituto inaplicável, que esbarraria nas mesmas dificuldades que ensejaram a sua criação”.

Portanto, a adoção da teoria da dupla imputação implicaria quase em subordinar a responsabilização penal das pessoas jurídicas à condenação da pessoa física, já que, por um critério de coerência, a absolvição desta afastaria também a responsabilidade daquela.

Esse entendimento gerou grande repercussão e levou o Superior Tribunal de Justiça a alterar o entendimento até então consolidado, de modo a afastar a necessária aplicação da Teoria da Dupla Imputação para os crimes praticados por pessoa jurídica, conforme se verifica do julgamento do RMS nº 39.173/BA234, julgado em 06 de agosto de 2015, *verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA.

1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação." (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014).

2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte.

3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

²³⁴.BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 39.173 - BA Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Recorrido: União. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, 06 de agosto de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n. 1794, ago 2015.

Nesse julgamento é possível verificar de forma explícita a alteração do entendimento do Superior Tribunal de Justiça para alinhar-se ao entendimento da Suprema Corte.

Assim, em razão da sistemática dos recursos repetitivos, os demais tribunais brasileiros tendem a adotar essa corrente de modo que não mais se considere como obrigatória a concomitante responsabilização da pessoa física e da pessoa jurídica para que a esta possa ser imputada uma infração penal.

7 CONCLUSÃO

Conforme o exposto, constatou-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é tema de grande controvérsia doutrinária. No Brasil, apesar da doutrina majoritária se manifestar pela impossibilidade das pessoas jurídicas praticarem crime, a Constituição da República trouxe essa previsão no art. 225, §3º e no art. 173, § 5º, o que restou corroborado com o advento da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Verificou-se ainda que a lei nº 9.605/98, não consagrou todas as balizas necessárias à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Consoante ao que restou demonstrado ao longo do presente artigo, a referida lei não trouxe normas processuais específicas para as pessoas jurídicas, não definiu o *quantum* em abstrato das penas aplicáveis as essas pessoas, e deixou de assinalar quais os delitos seriam a elas aplicáveis (princípio da especialidade).

Essas omissões impõem à doutrina e à jurisprudência o trabalho de construir uma estrutura jurídica capaz de propiciar o devido processo legal assim como assegurar as demais garantias constitucionais, tais como individualização da pena.

Retomando o debate sobre a possibilidade de se atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas, registrou-se que o Superior Tribunal de Justiça sempre se manifestou pela possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais. Não obstante, possuía entendimento consolidado que para o recebimento da denúncia e consequente sentença condenatória, deveria ser aplicada a Teoria da dupla Imputação, uma vez que o elemento volitivo seria atributo exclusivo das pessoas físicas.

Tal entendimento, como visto, não foi acatado pelo Supremo Tribunal Federal que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR de relatoria da Ministra Rosa Weber, assentou que a Constituição da República não condicionou a responsabilidade penal das

pessoas jurídicas à das pessoas físicas. A partir desse julgamento o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento para alinhar-se ao que decidiu a Suprema Corte.

Diante dessa compreensão, vislumbra-se a necessidade de atribuir novos contornos à teoria do crime, antes calcada somente na pessoa física, para que os conceitos de vontade (dolo e culpa) e culpabilidade adotem uma nova dimensão, de maneira a compreender as pessoas jurídicas como sujeito ativo de um crime.

Nesse aspecto, o conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, delineado ao longo desse trabalho, pode vir ocupar papel de relevância na colmatação da teoria clássica de modo a conformá-la à nova realidade.

Conclui-se, portanto, que o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, não só atesta a previsão constitucional de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, como esclarece que ela independe da imputação do mesmo fato a uma pessoa física. Ademais, cumpre o importante papel de fomentar a reformulação da tradicional teoria do crime, para que se adéque ao novo paradigma.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 37.293 - SP Recorrente: Arauco Forest Brasil S/A. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 02 de maio de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n. 1282 mai 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 548.181/ PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A Relatora: Ministra, Brasília, 06 de agosto de 2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, n. 213/2014, p. 148, out. 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 39.173 - BA Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Recorrido: União. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, 06 de agosto de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n. 1794, ago 2015.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIÉZ, Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta à críticas formuladas. Revista de Ciências criminais, São Paulo, v. 21, n. 100.

GALVÃO, Fernando. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 20^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

JÚNIOR, Arthur Migliari. Crimes ambientais. 2^a ed. Campinas: Edições Ltda, 2004.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 17^a ed. Niterói-RJ: Impetus, 2015.

KIST, Ataíde. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: parte geral. 9^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, v. 1.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <
<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%Edica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: parte geral. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2^a ed. São Paulo: Método, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. A Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12-2-98. São Paulo: Saraiva, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

A POSIÇÃO DO STJ FRENTE À DUPLA INTIMAÇÃO SOBRE ATOS PROCESSUAIS

PEDRO CAMPOS DE AZEVEDO FREITAS:

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado.

Resumo: A intimação é meio de comunicação de atos processuais essencial para o exercício do princípio do contraditório. Há discussão sobre a ocorrência de dupla intimação, por meio eletrônico e por publicação em diário oficial, e a determinação do termo inicial do prazo processual para a manifestação tempestiva da parte.

Palavras-chave: Princípio. Contraditório. Intimação. Diário Oficial. Meio eletrônico.

Sumário: Introdução. 1. O princípio do contraditório no CPC/2015. 2. Posição do STJ em relação a dualidade de intimações por meio eletrônico e por publicação em diário oficial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo principal da comissão de juristas ao elaborar o projeto do novo código de processo civil (Lei nº 13.105/2015 – CPC) foi a adoção de um “modelo constitucional de processo civil” o qual deve ser compreendido como um processo civil que adote o conjunto de princípios e de regras constitucionais se destinam à disciplinar o processo que se desenvolve no Brasil²³⁵. A própria exposição de motivos do CPC/2015²³⁷ deixa claro isso ao estabelecer que “poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;” e “1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se

235 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 7

236 A adoção dessa postura é perceptível pela criação introdutória de um capítulo específico no título único do livro 1 da parte geral do CPC em que se encontram dispostas normas fundamentais gerais do processo civil que espelham e consolidam os alguns dos inúmeros princípios estampados na CRFB (Constituição da República Federativa do Brasil), como: (1) Princípio do Devido Processo “Legal” [Constitucional] (Art. 5º, LIV, CRFB); (2) Princípio da Igualdade (art. 5º, caput, CRFB); (3) Princípio do “Juiz” [Juízo] Natural (art. 5º, XXXVII e XXXVIII, CRFB); (4) Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB); (5) Princípio do Contraditório (art. 5º, LV, CRFB); (6) Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais (art. 93, IX, CRFB); e (7) Princípio da Duração Razoável do Processo.

237 Exposição de motivos da CPC/2015. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2021.

incluísem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual.”.

Nesta seara, é preciso dar destaque a atenção dispendida ao princípio do contraditório. A edição da CPC compreendeu uma maior efetividade de tal princípio, ressaltando que a sua observância é a regra e a sua falta é a exceção. Assim, reduziu de sobremaneira as hipóteses em que o juiz poderá atuar de ofício sem intimação prévia das partes para manifestação, sendo necessário a manifestação até mesmo no caso de normas de ordem pública (art. 10 do CPC)²³⁸. Além disso, a ideia de participação com influência e vedação à decisões surpresas²³⁹ pressupõe a ideia de comunicação da parte para que exerça tal manifestação, o que tem progredido para comunicações eletrônicas às partes com o avanço tecnológico e evolução do processo.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo a explanação crítica da posição do STJ em relação a prevalência da publicação de uma decisão no diário oficial eletrônico sobre a intimação eletrônica realizada no âmbito do processo judicial eletrônico. No primeiro capítulo, será analisada a perspectiva adotada do princípio do contraditório no CPC/2015. No segundo capítulo, será analisada a interpretação estabelecida pelo STJ sobre a legislação aplicável. Na conclusão, serão feitas considerações sobre a solução adotada.

1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO CPC/2015

O art. 5º, LV, da CRFB é peremptório ao estabelecer como direito fundamental dos litigantes em processo judicial ou administrativo o direito ao contraditório. O contraditório é, portanto, um princípio constitucional essencial ao processo civil, mesmo que não houvesse qualquer previsão legal nesse sentido, pois é necessário realizar uma interpretação conforme a constituição em razão do neoconstitucionalismo e da compreensão do ordenamento jurídico conforme a “pirâmide de Hans Kelsen”.

Alexandre Câmara²⁴⁰ reconhece o contraditório como característica fundamental do processo, sua “nota essencial”. Atribui tamanha centralidade ao princípio que compreende o processo como um “procedimento em contraditório”. O autor segue e

²³⁸ “Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório.” Em: Exposição de motivos da CPC/2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2021.

²³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 17º ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. p. 78

²⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 11

delineia o que deve ser compreendido como contraditório, reconhecendo uma dupla garantia: “a participação com influência na formação do resultado e a de não surpresa”²⁴¹.

A primeira garantia deve ser compreendida com 3 momentos: falar, ser ouvido e influenciar a decisão judicial. Garante-se às partes que a decisão judicial tomada pelo juiz será construída a partir do debate, inclusive sobre matérias de ordem pública, assegurando a manifestação prévia das partes sobre todos os possíveis fundamentos da decisão judicial.

A segunda garantia deve ser compreendida, assim, como uma consequência da primeira: não ser surpreendido por fundamento não debatido pelas partes. Alexandre Câmara sintetiza essa garantia ao estabelecer que “não se admitem, portanto, as decisões chamadas de ‘de terceira via’, ou seja, as decisões baseadas em fundamento que o juiz tenha ‘tirado da cartola’, invocando-o de forma surpreendente, sem submetê-lo a prévio debate”²⁴².

Nesse sentido, o contraditório exigido pelo modelo constitucional de processo civil é aquele modelo participativo (policêntrico)²⁴³, ou seja, agregando as manifestações de todas as partes, não só do juiz, que não decide sozinho, mas decide influenciado por todas as manifestações das partes. Essa participação é potencializada, ainda, pela adoção dos princípios da boa-fé e da cooperação, em que as partes devem atuar de forma ética e leal ao longo do processo na legitimar a futura decisão judicial pela sua participação e buscar assim que tal decisão de mérito justa e efetiva seja tomada em tempo razoável (art. 6º do CPC).

Assim, percebe-se que o contraditório exigido pelo modelo constitucional de processo é aquele que seja prévio, efetivo e dinâmico. Prévio no sentido de ser anterior à prolação da decisão pelo juiz²⁴⁴. Efetivo no sentido de as partes exercerem sua participação com influência. Dinâmico no sentido de todas as partes do processo exercerem em cooperação a influência na decisão judicial.

É necessário perceber, portanto, que comunicação das partes sobre as matérias sobre as quais devem se manifestar é pressuposto para o exercício do contraditório, já que a parte só tem como se manifestar sobre um tema e exercer influência no juiz caso tenha

241 Ibid. p. 11

242 Ibid. p. 14

243 Ibid. p. 12

244 Exceções ao contraditório prévio estão previstas no art. 9º, parágrafo único, do CPC: (1) tutela provisória de urgência; (2) as decisões de tutela de evidência previstas no art. 311, II e III, do CPC; e (3) a decisão de expedição do mandado monitório (em que há inversão da iniciativa do contraditório). Ibid. p. 12 e 13

conhecimento de que deva se manifestar²⁴⁵. É necessário saber de um ato processual para que exerça a sua participação com influência e não seja surpreendido futuramente com uma decisão judicial da qual não tomou ao menos conhecimento prévio. Além disso, é necessário ser comunicado para que possa se manifestar dentro do prazo legal (ou judicialmente determinado ou convencionado pelas próprias partes) para que a manifestação não seja desconsiderada por ser intempestiva em razão da preclusão temporal. Dessa forma, a comunicação dos atos processuais é elemento essencial para o exercício do contraditório²⁴⁶.

Essa comunicação dos atos processuais às partes é feita em duas modalidades²⁴⁷: a citação e a intimação. A citação é utilizada para convocação para integrar um processo (art. 238 do CPC), enquanto que a intimação é toda comunicação dos atos processuais para as partes que já integram o processo (art. 269 do CPC). Ambas poderão ser realizadas por meio eletrônico (art. 246, V; e art. 270 do CPC); por publicação no diário oficial (por edital no caso da citação – art. 246, IV; e art. 272 do CPC); por correio (art. 246, I; e art. 274 do CPC); pelo escrivão ou chefe de secretaria (art. art. 246, III; e art. 274 do CPC); e por oficial de justiça (art. 246, V; e art. 275 do CPC).

Dentro dessa temática das modalidades de comunicação dos atos processuais, surge a discussão sobre o início da contagem do prazo processual para manifestação da parte quando ocorre situação de uma decisão ser objeto de comunicação por intimação eletrônica e também ser publicada em diário oficial. Isso tem impacto importante seja na manifestação sobre petições intercorrente bem como no recebimento de recurso e das contrarrazões, já que se extingue o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, decorrido o prazo (art. 223 do CPC).

2 POSIÇÃO DO STJ EM RELAÇÃO A DUALIDADE DE INTIMAÇÕES POR MEIO ELETRÔNICO E POR PUBLICAÇÃO EM DIÁRIO OFICIAL

Antes de abordagem da posição do STJ em relação à existência de dualidade de intimações, é necessário tecer comentários sobre a análise individual de cada intimação (por meio eletrônico e por publicação no diário oficial) para conhecimento do início de contagem do prazo processual para manifestação.

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. – Volume II – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 121

²⁴⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 141

²⁴⁷ "Além disso, não se pode deixar de falar das cartas, meios adequados para a comunicação entre órgão jurisdicionais (ou entre um órgão jurisdicional e um tribunal arbitral)." Ibid. p. 141

Prazo processual é o intervalo de tempo estabelecido para que sejam praticados atos jurídicos de natureza processual²⁴⁸. Independentemente da forma de intimação, os prazos processuais contam-se excluindo o “dia do começo” e incluindo o “dia do vencimento” (art. 224 do CPC) e “os dias do começo e [os dias] do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica” (art. 224, §1º, do CPC). Além disso, os prazos processuais contados em dias²⁴⁹ serão computados somente os dias úteis²⁵⁰ (art. 219 do CPC).

A intimação por diário oficial, impresso ou eletrônico, tem como “dia do começo do prazo” a “data de publicação” (art. 231, VII, do CPC), que deve ser entendida como “o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico” (art. 224, §2º, do CPC e art. 4º, §3º, da Lei nº 11.419/2006). Ressalta-se, ainda, que a contagem do prazo processual somente se iniciará no primeiro dia útil que seguir ao dia da publicação (art. 224, §3º, do CPC e art. 4º, §4º, da Lei nº 11.419/2006).

A intimação por meio eletrônico tem como “dia do começo do prazo” o “dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê” (art. 231, V, do CPC). A Lei nº 11.419/2006 estabelece que a intimação eletrônica poderá se dar de expressa com no dia da efetiva consulta eletrônica ao teor da intimação (art. 5º, §1º, da Lei 11.419/2006) ou de forma tácita quando decorridos o prazo de 10 dias corridos contados da data do envio da intimação eletrônica sem o acesso pelo intimando (art. 5º, §3º, da Lei 11.419/2006).

A discussão objeto deste artigo é a ocorrência da utilização desses dois meios de intimação em um mesmo processo. Há uma divergência de interpretação entre diversos dispositivos legais que geram posições divergentes sobre a prevalência de um e de outro meio de intimação, o que possui consequências importantes para o conhecimento ou não de manifestações processuais das partes (como o conhecimento de recursos).

248 Ibid. p. 137

249 “Quando o prazo for fixado em outra unidade de tempo (como, por exemplo, prazos fixados em meses), os prazos serão contínuos, neles se incluindo os sábados, domingos e outros dias em que não haja expediente forense”. Ibid. p. 138

250 “Reputam-se dias úteis todos os dias que não são feriados (assim compreendidos todos os dias que a lei declare feriados e, além deles, os sábados, domingos e outros dias em que não haja expediente forense, como se dá nos assim chamados “pontos facultativos”), nos termos do art. 216.” Ibid. p. 136

O art. 4º, §2º, da Lei 11.419/2006 estabelece que “A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal”.

Por sua vez, o art. 5º, caput, parte final, da Lei 11.419/2006 estabelece que “As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico”.

Além disso, o CPC – lei posterior e de mesma hierarquia da Lei 11.419/2006 –, estabelece que “As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei” (art. 270 do CPC) e “Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial” (art. 272 do CPC).

Havia, assim, basicamente duas posições em relação à interpretação desses dispositivos legais: (1) a prevalência da publicação da intimação eletrônica em relação a publicação no diário oficial; e (2) a prevalência da publicação da publicação no diário oficial em relação a intimação eletrônica.

A primeira posição²⁵¹ considerava a existência de uma preferência legal pela intimação eletrônica²⁵². Parte de uma análise sistemática do ordenamento jurídico bem como considerando as alterações legislativas trazidas pelo CPC. Analisa o art. 4º, §2º; e o art. 5º, caput, da Lei 11.419/2006 de forma conjunta compreendendo que, embora a publicação em diário oficial prevaleça sobre as demais, a intimação eletrônica seria uma exceção, já que a sua realização dispensa a referida publicação em diário oficial. Além disso, analisa o surgimento dos art. 270 e 272 do CPC como a opção normativa do legislador em adotar a intimação eletrônica como meio de intimação preferencial, prevalente e preponderante em relação à publicação em diário oficial, que ficaria em resguarda em segundo plano.

Além disso, a publicação em diário oficial quando há cadastro no portal eletrônico para recebimento de intimações eletrônicas afetaria a segurança jurídica, já que haveria a

²⁵¹ Julgados do STJ neste sentido: AgInt no AREsp 1330052/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 29/04/2019; REsp 1653976/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 01/08/2018; AgInt nos EDcl no AREsp 981.940/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 16/06/2017; AgInt no AREsp 903.091/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017; e AREsp 1010598/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/03/2017.

²⁵² CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 420.

criação de uma legítima expectativa nas partes que se cadastraram no portal. Prevalendo a intimação eletrônica, estaria se privilegiando o princípio da boa-fé processual evitando a surpresa na condução do processo²⁵³254.

De outra maneira, a segunda posição considera que há previsão legal expressa no art. 4º, §2º, da Lei 11.419/2006 no sentido de que “A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal”. Além disso, destaca que não há qualquer derrogação dessa norma pelo surgimento dos artigos 270 e 272 do CPC.

253 Nesse sentido, há voto prevalente do Ministro Antônio Carlo Ferreira no REsp 1.653.976, nos seguintes termos: Resta inequívoco, dessarte, que o legislador conferiu preponderância à intimação realizada pelo portal eletrônico, prestigiando a prática de atos processuais por meio dessa plataforma. Sob essa perspectiva, penso que o advogado que se cadastra no portal eletrônico de um determinado Tribunal passa a considerar essa forma de intimação como a "principal", quiçá exclusiva. Se acaso patrocinar causas apenas naquele Tribunal, decerto que nem sequer reputará necessário acompanhar as intimações de seu respectivo Diário da Justiça Eletrônico, depositando confiança no ato oficial praticado pela Corte de Justiça – a intimação por meio do portal. Do contrário, seria reconhecer a inutilidade da sistemática introduzida pela Lei do Processo Eletrônico, no que diz respeito ao portal de que trata seu art. 5º. Não me parece, assim, razoável a interpretação que lhe impõe surpresa, após confiar no ato formalmente praticado pelo Judiciário (a intimação via portal), e contar o prazo nos estritos termos de previsão contida em texto expresso de lei.

254 Além disso, no mesmo sentido e em tom esclarecedor, está o acórdão do REsp 1.330.052, nos seguintes termos [grifos nossos]: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. PREVALÊNCIA DA INTIMAÇÃO ELETRÔNICA SOBRE A PUBLICAÇÃO NO DJE. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. RECONHECIMENTO. **1. A Lei nº 11.419/2006 - que dispôs sobre a informatização do processo judicial - previu que as intimações serão realizadas por meio eletrônico em portal próprio, dispensando-se a publicação no órgão oficial. 2. O Código de Processo Civil/2015 avançou ao delimitar o tema, prevendo, em seu artigo 272, que, quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial. 3. A partir da perquirição dos dispositivos legais que referenciam o tema, resta evidente que a mens legis pretendeu deixar claro que a regra em relação à comunicação dos atos processuais aos advogados ocorre mediante a intimação por via eletrônica, valorizando-se a informatização dos processos judiciais. 4. Verifica-se que a melhor hermenêutica subsume-se à prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no Diário de Justiça, entendimento em sintonia com o novel Código de Processo Civil. 5. A referida interpretação protege a confiança dos patronos e jurisdicionados aos atos praticados pelo Poder Judiciário, zelando pelo princípio da presunção de legalidade e da boa-fé processual, evitando, por fim, a indesejável surpresa na condução do processo. 6. O teor da Resolução nº 234/2016 do CNJ não contradiz o CPC/2015, pois referencia apenas a possibilidade de a publicação no DJe substituir qualquer outra forma de publicação oficial. (...)** 10. Agravo interno provido para afastar a intempestividade. Agravo nos próprios autos conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AgInt no AREsp 1330052/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 29/04/2019)

Deve-se destacar que essa posição prevalece quando a publicação no Diário Oficial ocorre antes da efetiva intimação eletrônica ou da intimação eletrônica tácita. Não há reabertura do prazo recursal²⁵⁵ se ocorreu a intimação eletrônica efetiva ou tácita e posteriormente houve a publicação em Diário Oficial. Não há prevalência nessa hipótese, pois a intimação eletrônica efetiva ou tácita consideram-se atos jurídicos perfeitos e já iniciado o prazo para manifestação processual.

Embora não aparente ser a interpretação mais consentânea com a novidade legislativa e a teleologia das normas e a sistematicidade do ordenamento jurídico, é necessário ressaltar que o STJ pacificou seu entendimento pela adoção da segunda posição²⁵⁶. Assim, reproduz a interpretação literal do art. 4º, §2º, da Lei 11.419/2006, desprestigiando a sistemática processual trazida pelo processo eletrônico com suas intimações eletrônicas pelo portal do próprio tribunal, que dispensaria o gasto e a seria mais rápido que a publicação em diário oficial²⁵⁷.

CONCLUSÃO

A jurisprudência do STJ adotou como solução estabelecer a prevalência da publicação em diário oficial em relação à intimação eletrônica por interpretação literal do

255 Entendo que a intimação eletrônica posterior à publicação no diário oficial não configura renovação de prazo, pois prevalece a primeira intimação perfectibilizada: “4. Se não há discussão quanto à licitude da intimação ocorrida no Diário de Justiça eletrônico, não faz sentido considerar, para fins de contagem do prazo recursal, a intimação eletrônica posterior, porque com a publicação no DJe todas as partes já se deram por intimadas. Vale dizer, **não há renovação de prazo.**” [grifo nosso] STJ. AgInt no AREsp 1040421/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 17/10/2017

256 AgRg no AREsp 1681231/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 09/03/2021; AgInt no AREsp 1653255/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2021, DJe 04/03/2021; AgInt nos EDcl no AREsp 1659603/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021; AgInt nos EDcl no RMS 62.679/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2020, DJe 18/12/2020; AgInt nos EDcl no AREsp 1701526/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020; AgRg no AgRg no AREsp 1747443/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 03/12/2020; AgInt nos EAREsp 1448288/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/12/2019, DJe 04/02/2020; AgInt no RMS 57.608/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018; AgInt nos EAREsp 1015548/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2018, DJe 22/08/2018; EDcl no AgInt no AREsp 1131297/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018; AgInt no AREsp 1019565/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 02/05/2017; AgInt no AREsp 945.234/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 27/03/2017; AgInt no AREsp 887.588/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 14/12/2016; e AgRg no AREsp 629.191/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016.

257 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único.** 10 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p.451

art. 4º, §2º, da Lei 11.419/2006. Além de não ser a interpretação mais consentânea com a teleologia do legislador, a afirmação de prevalência sem a devida especificação desconsidera a situação fática em que se aplica: a realização da intimação por publicação em diário oficial antes da ocorrência da intimação eletrônica efetiva ou antes da intimação eletrônica tácita. Não há uma prevalência absoluta, pois a publicação em diário oficial após a intimação eletrônica efetiva e a após a intimação eletrônica tácita não renova o prazo para manifestação da parte.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 17º ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. – Volume II – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 10 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

Exposição de motivos da CPC/2015. Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2021.