



REDUnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

17^a EDIÇÃO



UnB

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

17ª Edição

copyright © 2020 por RED|UnB

Editoração e Revisão
Equipe Editorial

Diagramação e Capa
i7 Agência

Apoio:



34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 17 (2020) – Brasília: RED UnB,</p> <p>Semestral ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	---

CONSELHO EDITORIAL

EDITORES-CHEFES

Matheus de Souza Depieri
Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

EDITORES

Gabriela de Lima Chehab
Luiz Vinicius de Souza Fernandes

EDITORES-ASSISTENTES

Asafe Ribeiro de Campos
Gabriel Antonio Batalha Lima
Gabriel Figueira Andrade
Gabriel Pedroza Martins Hernandez
Gustavo José de Deus Souza Gomes
Kátia Lino Rocha
Luíza Oliveira Ramagem
Manuela Fonseca Dalpoz
Vitor Barradas Basto

CONSELHO CONSULTIVO

PROFESSORES CONSELHEIROS

Claudia Rosane Roesler
Diego Herrera Moraes
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

PARECERISTAS

Abhner Youssif Mota Arabi
Adriana Castelo Branco de Siqueira
Adriano Marteleto Godinho
Alessandra Danielle Carneiro dos
Santos Hilário
Alex Lobato Potiguar
Alonso Reis Siqueira Freire
Amanda Flávio de Oliveira
Amauri Cesar Alves
Ana Paula Zavarize Carvalhal
Ana Cláudia Redecker
Ana de Oliveira Frazão
Ana Rachel Freitas da Silva
André Zonaro Giacchetta

Andreas Joachim Krell
Angelo Gamba Prata de Carvalho
Benedito Cerezzo Pereira Filho
Breno Baía Magalhães
Bruno Tadeu Palmieri Buonicore
Bruno Valverde Chahaira
Carolina Machado Cyrillo da Silva
Clarindo Epaminondas de Sa Neto
Claudia Maria Barbosa
Cláudia Haidamus Perri
Cláudia Rosane Roesler
Cláudio Jannotti da Rocha
Cristina Maria Gama Neves da Silva
Daniel Pitangueira de Avelino

Daniel Costa Rebello
Daniel Oitaven Pamponet Miguel
Daniela Marques de Moraes
Danilo Porfírio de Castro Vieira
Debora Bonat
Duina Mota De Figueiredo Porto
Elisa Costa Cruz
Evandro Charles Piza Duarte
Fábio Perin Shecaira
Fernanda de Carvalho Lage
Flávio Jaime de Moraes Jardim
Francisco Sérgio Silva Rocha
Frederico Gonçalves Cezar
Gisela Aguiar Wanderley
Iara Pereira Ribeiro
Isaac Costa Reis
Joanir Fernando Rigo
João Carlos Banhos Velloso
Jorge Coutinho Paschoal
José Nunes de Cerqueira Neto
José Querino Tavares Neto
Laura Carneiro de Mello Senra
Leandro Cardoso Lages
Leandro Oliveira Gobbo
Leonardo Almeida Lage
Leonardo Peres da Rocha e Silva
Leonio José Alves da Silva
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Marcelo Weick Pogliese
Marcos Vinicius Lustosa Queiroz
Marcus Faro de Castro
Marcus Flávio Horta Caldeira
Marcus Vinícius Fernandes Bastos
Margareth Vetis Zaganelli

Maria Cecília de A. Monteiro Lemos
Maria da Graça Marques Gurgel
Marlon Tomazette
Mateus Rocha Tomaz
Maurício Requião de Sant'Ana
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto
Patrícia Soster Bortolotto
Paul Hugo Weberbauer
Paulla Christianne da Costa Newton
Paula Pessoa Pereira
Paulo Burnier da Silveira
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Henrique Blair de Oliveira
Paulo Henrique Martins de Sousa
Paulo Roney Ávila Fagundes
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro
Regnoberto Marques de Melo Júnior
Renata Portella Dornelles
Renata Queiroz Dutra
Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch
Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas
Rodrigo Portela Gomes
Rubens Beçak
Sady d'Assumpção Torres Filho
Silvana Beline Tavares
Tainá Aguiar Junquillo
Thiago Mendonça de Castro
Ticiano Figueiredo de Oliveira
Tomás Filipe Schoeller B. Ribeiro Paiva
Vicente Coelho Araujo
Vinicius Gomes de Vasconcelos
Welliton Caixeta Maciel

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	12
<i>Matheus de Souza Depieri e Pedro Henrique de Moura Gonet Branco</i>	
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA N. 1.517.492/PR	14
<i>Regina Helena Costa</i>	
A REDUÇÃO DO QUANTUM APENATÓRIO PARA AQUEM DO MÍNIMO LEGAL: UMA MEDIDA DE DIREITO E DE JUSTIÇA.	24
<i>Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha</i>	
PRESCRIÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO 1441/2016 – TCU.....	46
<i>Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro dos Santos</i>	
PUNIÇÃO CORPORAL JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS? LIÇÕES DA LEI CRIMINAL ISLÂMICA PARA CURAR AS DOENÇAS DO ENCARCERAMENTO DE MASSA.	72
<i>Mohamed A. Arafat e Jonathan G. Burns</i>	
O ACESSO AO DIREITO SOCIAL À MORADIA: A EXPOSIÇÃO DE CONCEITOS DO DIREITO CIVIL QUE CARECEM DE MUDANÇA	120
<i>Clarissa Belo Dutra Nunes Senna</i>	
DEMOCRACIA EM CRISE: A CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DAS NARRATIVAS HISTÓRICAS POR TRÁS DA EMERGÊNCIA DO AUTORITARISMO CONSTITUCIONAL NA HUNGRIA E NO BRASIL	148
<i>Daniel Marques Segalovich</i>	
O CONGRESSO NACIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A INFLUÊNCIA DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR NA TOMADA DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	176
<i>Diego Ferreira Pimentel</i>	
FUNCIONALIZAÇÃO DA CLÁUSULA DE NON COMPETE EM CONTRATOS EMPRESARIAIS E O POSSÍVEL RETROCESSO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA.....	204
<i>Gabriel Felipe Nami Inácio</i>	

MATERNIDADE ENCLAUSURADA: A PRISÃO DOMICILIAR COMO ALTERNATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT	226
<i>Graziely Rodrigues Guimarães e João Victor Barbosa Ferreira</i>	
EMPRESA, COMÉRCIO E TEMPOS DE CRISE: A APLICAÇÃO DO CRAM DOWN NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	252
<i>Hugo Nunes Nakashoji Nascimento</i>	
FORMA JURÍDICA E DEPENDÊNCIA: APONTAMENTOS PARA UMA CRÍTICA MARXISTA AO DIREITO NA PERIFERIA DO CAPITALISMO	272
<i>João Victor Venâncio Vasconcelos do Nascimento</i>	
PREFERENTIAL TRADE AGREEMENTS: CRISIS OR OPPORTUNITY TO THE WTO?	298
<i>Julia Marssola</i>	
A RENÚNCIA DE JÂNIO QUADROS COMO CRISE CONSTITUCIONAL E A SAÍDA PARLAMENTARISTA PARA A POSSE DE JANGO.....	322
<i>Lucas Orsi Rossi</i>	
CIDADANIA, PRÁXIS E ORGANIZAÇÃO SOCIAL: O DIREITO DE AÇÃO POPULAR NO SEIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	356
<i>Marcello Amorim Vieira</i>	
TRABALHO E FISCALIDADE EM TEMPOS DE CRISE PANDÊMICA: REGULAÇÃO LEGAL EXCEPCIONAL NO BRASIL E NA EUROPA	376
<i>Mateo Scudeler, Ângela Fernandes de Castro Amaral e João Pedro Dutra Pietricovsky de Oliveira</i>	
RAZÕES, REGRAS E INTERPRETAÇÃO: O RETORNO DO LEGISLADOR RACIONAL NA FILOSOFIA DO DIREITO	420
<i>Matheus Thiago Carvalho Mendonça</i>	
O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APÓS O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.406/RJ E 3.470/RJ.....	460
<i>Pedro Mendonça Araújo</i>	

Dedicamos esta edição à memória do Professor Terrie Ralph Groth, que nos deixou em 21 de abril de 2020. O prof. Terrie dedicou sua vida, desde a década de 1980, à respeitável tarefa de ensinar e marcou os muitos alunos que tiveram a honra de aprender com ele. Unimo-nos à dor da Professora Loussia Penha Musse Felix, em nome de quem prestamos nossas mais sinceras condolências.

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica a 17ª edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB).

Como toda a população mundial, fomos surpreendidos por uma pandemia de proporções inéditas neste milênio, que afetou não apenas nossa vida acadêmica, mas também pessoal e social. Não poderíamos iniciar esta edição da Revista sem antes reconhecer, com profunda tristeza, o contexto pelo qual estamos passando. A todos os impactados pela Covid-19, que sofrem as consequências da doença ou que perderam entes queridos, prestamos nossas mais sinceras condolências.

Diante da pandemia, e conscientes de que temos a missão de estimular, em alguma medida, o desenvolvimento científico nacional, oferecendo aos acadêmicos de direito e à sociedade conteúdo de excelência que ajude a compreender melhor a realidade em que estamos envolvidos, ajustamos nossas atividades neste ano de 2020 para nos adequar às condições impostas pelo novo Coronavírus. Promovemos seminários online, lançamos um Blog para divulgação de artigos de opinião e vamos lançar, em breve, o REDCast, um podcast que contará com a participação de juristas de relevância internacional.

Mantivemos, igualmente, nossas atividades para a publicação desta nova edição. Recebemos 103 artigos de autores dos mais diversos estados brasileiros e de acadêmicos estrangeiros. Após avaliação pelo processo do Double-blind peer review por um Conselho Consultivo formado por mais de 100 especialistas do Direito, selecionamos 13 artigos para publicação neste primeiro semestre de 2020. Entre graduandos e bacharéis, mestrandos e mestres, doutorandos e doutores, nossos autores vêm de Institutos nacionais e estrangeiros, como UnB, UEFS, UFES, UFLA, UFPE, UVV, Universidade do Porto, Universidade Nacional de La Plata e Université Sorbonne Nouvelle. O leitor encontrará textos que contemplam temas de Direito Constitucional, Concorrencial, Empresarial, Penal, Trabalhista, Legislativo, bem como de Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito, todos com o aval de professores que se destacam nas suas respectivas áreas de atuação.

Além dos artigos submetidos, esta edição oferece aos leitores quatro artigos convidados. Nessa seção, temos a honra de publicar artigos (i) da Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Regina Helena Costa, que discorreu sobre “A aplicação do Princípio Federativo nos Embargos De Divergência n. 1.517.492/PR”; (ii) da Ministra do Superior Tribunal Militar (STM) Maria Elizabeth Rocha, que trouxe a discussão sobre “A redução do quantum apenatório para aquém do mínimo legal: uma medida de direito e de justiça”; (iii) do Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU) Bruno Dantas, em co-autoria com o advogado Caio dos Santos, sobre a “Prescrição no Tribunal de Contas da União: uma análise do Acórdão 1441/2016 – TCU”; e (iv) do professor Mohamed Arafa, professor da Universidade de Alexandria (Egito), da Indiana University Robert H. McKinney School of Law e da Cornell Law School, em co-autoria com Jonathan G. Burns, sobre a “Punição Corporal Judicial nos Estados Unidos? Lições da Lei Criminal Islâmica para curar as doenças do encarceramento de massa”.

Por fim, deixamos registrados nossos agradecimentos à Alumni – Direito UnB, pelo apoio financeiro e institucional; aos professores conselheiros da Revista, pelos ensinamentos; e aos membros do Conselho Consultivo, pela avaliação dos artigos submetidos. Devemos, ainda, agradecimento especial aos Editores e aos Editores-Assistentes, sem os quais não seria possível desenvolver o minucioso trabalho exigido para a publicação de um periódico científico.

Com nossos votos de saúde e de uma boa e frutífera leitura,

Matheus de Souza Depieri

Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA N. 1.517.492/PR

THE USE OF THE FEDERATIVE PRINCIPLE IN THE MOTION
FOR RECONSIDERATION N. 1.517.492/PR

Regina Helena Costa¹

Resumo: A federação brasileira, cláusula pétrea, tem feição peculiar, por contar com tríplice ordem jurídico-política. O princípio federativo, extraído da normatividade que cerca a adoção dessa forma de Estado, irradia múltiplos efeitos no sistema tributário nacional. O acórdão proferido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência n. 1.517.492/PR, bem espelha sua aplicação no âmbito tributário.

Palavras-chave: Sistema tributário; Princípio federativo; Análise de caso concreto julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: The Brazilian federation, a fundamental clause, has the particular characteristic of having a threefold legal and political dimension. The federative principle, extracted from the norms that surround the adoption of this form of State organization, radiates multiple effects in the national tax system. The judgment issued by the 1st Section of the Superior Court of Justice, in the Motion for Reconsideration n. 1.517.492/PR, well mirrors its application in the tax system.

Keywords: Tax system; Federative Principle; Case analysis; Superior Court of Justice.

1 Livre-docente em Direito Tributário, Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora Associada de Direito Tributário dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da mesma universidade. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Autora, dentre outras obras, do *Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional* (10ª edição), pela Editora Saraiva.

I – INTRODUÇÃO

Da imensa gama de princípios constitucionais, apresenta-se, em elevada estatura, o princípio federativo.

Sua eficácia irradia-se por todo o texto constitucional, orientando a interpretação e a aplicação de múltiplas outras normas.

No Brasil, a federação apresenta feição peculiar, porquanto conta com *tríplice* ordem jurídicopolítica, diante da autonomia igualmente outorgada aos *Municípios*.

O art. 1º da Constituição da República expressa que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, bem como do Distrito Federal. Nesse dispositivo repousa, assim, o *princípio federativo*.²

Relevante recordar, outrossim, que a forma federativa de Estado constitui cláusula pétrea, o que significa dizer que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a aboli-la, a teor do art. 60, § 4º, I, CR. Em outras palavras, a Federação é intangível pelo Poder Constituinte Derivado.

II – O PRINCÍPIO FEDERATIVO E SUA EFICÁCIA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Predicando o princípio federativo a isonomia entre as pessoas políticas, porquanto integrantes de uma forma de Estado na qual desfrutam de autonomia recíproca, sua importância, no âmbito tributário, é destacada.

Diversos institutos tributários constituem projeções de seus efeitos : 1) a repartição das competências tributárias (arts. 153 a 156, CR); 2) o papel da lei complementar (art. 146, CR); 3) a uniformidade geográfica da tributação, a vedação à União da tributação diferenciada e a vedação de instituição de isenções de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios pela União (art. 151, CR); 4) a não diferenciação tributária entre bens e serviços em razão de sua procedência ou destino (art. 152, CR); 5) a imunidade recíproca

2 E, para aqueles que entendem que, por não comporem os Municípios o Estado Federal, em sua concepção clássica, também o princípio da autonomia municipal.

(art. 150, VI, *a*, CR); e 6) a imunidade das operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica em relação ao ICMS (art. 155, § 2º, X, *b*, CR).

Dentre eles, analisaremos, brevemente, o que se mostra relevante a habilitar nossos comentários ao julgado adiante analisado : a repartição de competências tributárias.

III. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

Os textos constitucionais brasileiros, tradicionalmente, cuidam de quatro temas fundamentais na seara fiscal: 1) a previsão das regras-matrizes de incidência; 2) a classificação dos tributos; 3) a repartição de competências tributárias; e 4) as limitações ao poder de tributar.

A competência tributária consiste na aptidão para instituir tributos, descrevendo, por meio de lei, as suas hipóteses de incidência.

Erigida a federação como cláusula pétrea (arts. 1º e 60, § 4º, I, CR) e, em consequência, atuando como limitação constitucional ao poder de tributar, natural que a Constituição disciplinasse a repartição de competências tributárias entre os entes que a compõem.

Prescreve, portanto, o que pode cada pessoa política realizar em matéria tributária, demarcando os respectivos âmbitos de atuação, no intuito de evitar conflitos entre a União, os Estadosmembros, o Distrito Federal e os Municípios.

Assim é que a Constituição empregou diversos critérios para tal repartição de atribuições.

Primeiramente, para impostos, taxas e contribuição de melhoria, a Lei Maior apontou materialidades para efetuar tal repartição.

No que tange aos impostos, estatuí competências expressas e enumeradas (arts. 153, 155 e 156, CR), distribuindo as materialidades entre as pessoas políticas. Quanto às competências residual e extraordinária em matéria de impostos, atribuídas à União, não aponta materialidades, mas apenas pressupostos a serem atendidos para o seu exercício (art. 154, CR).

Em relação às taxas, por sua vez, as competências também estão expressas, mas não enumeradas (art. 145, II, CR), porquanto seria inviável,

senão impossível, o texto fundamental arrolar todas as atividades de polícia administrativa e todos os serviços públicos específicos e divisíveis, realizáveis pelas pessoas políticas, passíveis de ensejar a instituição dessas espécies tributárias. E, ainda assim, tal lista nunca seria taxativa, diante da dinâmica da atividade estatal, a acompanhar as exigências da sociedade.

Daí porque, para tais tributos, a Constituição estampa as regras-matrizes de incidência, impondo o exercício da competência administrativa como exigência prévia para o exercício da competência tributária.

Tal se dá, igualmente, no que tange à contribuição de melhoria. O enunciado expresso de sua regra-matriz dispensa enumeração, porquanto a realização de qualquer obra pública que provoque o incremento de valor imobiliário autoriza sua instituição.

Já a disciplina constitucional do empréstimo compulsório não aponta materialidades, mas pressupostos para a exigência desse tributo de cabimento excepcional: calamidade pública, guerra externa, ou sua iminência, e investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (art. 148, II, CR).

Por fim, no que tange às *contribuições*, a simples leitura do art. 149 demonstra que, em relação a esses tributos, o legislador constituinte adotou o *critério finalístico*.

Com efeito, não há indicação de materialidades, mas, tão somente, de finalidades a serem alcançadas, que legitimam a instituição dessas espécies tributárias. Exatamente porque as regras-matrizes das contribuições, usualmente, não vêm estampadas no texto constitucional,³ as contribuições existem em grande número em nosso ordenamento, não havendo limite quantitativo para a sua instituição, desde que satisfeita uma das finalidades indicadas.

IV – O ERESP 1.517.492/PR : UNIÃO E ESTADO-MEMBRO EM CONFLITO TRIBUTÁRIO

3 As exceções ao afirmado são as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico incidentes sobre importação de produtos estrangeiros ou serviços, fundadas no art. 149, § 2º, II, introduzido pela Emenda Constitucional n. 42, de 2003, bem como a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível, prevista no § 4º do art. 177, introduzido pela EC n. 33, de 2001, diante das materialidades apontadas.

Dentro da moldura das considerações efetuadas, é tempo de comentarmos o caso concreto no qual houve a aplicação judicial de normas infraconstitucionais tributárias cuja interpretação foi orientada pelo princípio federativo.

Trata-se dos Embargos de Divergência n. 1.517.492/PR, julgados pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 08.11.2017. Participamos do julgamento, tendo nosso entendimento sido acolhido pela maioria dos Ministros integrantes desse órgão julgador.

O acórdão está assim ementado:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS. CRÉDITOS PRESUMIDOS CONCEDIDOS A TÍTULO DE INCENTIVO FISCAL. INCLUSÃO NAS BASES DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. INVIABILIDADE. PRETENSÃO FUNDADA EM ATOS INFRALEGAIS. INTERFERÊNCIA DA UNIÃO NA POLÍTICA FISCAL ADOTADA POR ESTADO-MEMBRO. OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E À SEGURANÇA JURÍDICA. BASE DE CÁLCULO. OBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS QUE LHE SÃO PRÓPRIOS. RELEVÂNCIA DE ESTÍMULO FISCAL OUTORGADO POR ENTE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE ASSENTADA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE N. 574.706/PR). AXIOLOGIA DA RATIO DECIDENDI APLICÁVEL À ESPÉCIE. CRÉDITOS PRESUMIDOS. PRETENSÃO DE CARACTERIZAÇÃO COMO RENDA OU LUCRO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. II - O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar

redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. III - Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou. IV - Tal entendimento leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas. V - O modelo federativo por nós adotado abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada. VI - Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados. VII - A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS - e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar. VIII - A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas. IX - A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula com-

petição indireta com o Estado-membro, em desapareço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação. X - O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.). XI - Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores ético-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados. XII - O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceito legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica, integrantes da cesta básica nacional. XIII - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente imperinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência. XIV - Nos termos do art. 4º da Lei n. 11.945/09, a própria União reconheceu a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valo-

res em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços. XV - O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da ratio decidendi que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal. XVI - Embargos de Divergência desprovidos.⁴

A ementa transcrita é longa, mas cremos que seu didatismo traduza adequadamente o teor do julgado.

Em linhas gerais, a controvérsia vertida naquele recurso consistiu em definir se incentivo fiscal concedido por Estado-Membro, no âmbito do ICMS, em atendimento a política pública adotada por ele estabelecida, ao acarretar incremento econômico para a empresa beneficiada, enseja a sujeição desse valor à tributação por meio do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Em outras palavras, debateu-se a viabilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-Membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

A interpretação da legislação infraconstitucional envolvida – a estadual, concessiva do incentivo fiscal no contexto do ICMS e a federal, pertinente à disciplina do IRPJ e da CSSL – partiu da aplicação do princípio federativo.

Vale ressaltar que a concessão de incentivo fiscal, instrumento de política fiscal, consubstancia autêntica expressão da autonomia consagrada pelo modelo federativo. E, sendo assim, a eficácia da adoção de tal instrumento por um ente integrante da Federação não pode ser amesquinhada ou anulada por outro.

⁴ Desde 13.05.2019 os autos encontram-se no Supremo Tribunal Federal para julgamento de recurso extraordinário.

Nesse contexto, oportuno relembrar o conceito de *federalismo cooperativo* ou *solidário*. Nessa espécie de federalismo, todas as pessoas partícipes da federação – no caso brasileiro, a União, os Estados-Membros e os Municípios – são instadas a colaborar entre si, no intuito de alcançar resultados comuns, consagrados na Constituição.

O art. 23 da Constituição da República, ao declarar as competências comuns das pessoas políticas, bem demonstra o perfil do federalismo por nós adotado.

Desse modo, o princípio federativo não pode ser olvidado como vetor indispensável a guiar a interpretação e a aplicação das normas tributárias, nos planos constitucional e infraconstitucional.

A REDUÇÃO DO QUANTUM APENATÓRIO PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL: UMA MEDIDA DE DIREITO E DE JUSTIÇA.

REDUCING THE APENATORY QUANTUM BEYOND THE LEGAL MINIMUM: A MEASURE OF LAW AND JUSTICE

*Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**

Resumo: O presente artigo tem por propósito discutir e defender a quebra da pena mínima prevista no tipo penal pelo magistrado, quando, excepcionalmente, diante do caso concreto em julgamento, lhe pareça excessiva e desproporcional. Nesse sentido, a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça merece revisão, por impedir o juiz, com base nos princípios constitucionais, quebrá-la como medida de justiça.

Palavras-chave: Quebra da pena mínima; Revisão da Súmula 231 do STJ; Corte Plenária; Superior Tribunal Militar

Abstract: The scope of this article is to discuss and defend the judge's possibility to break the minimum penalty fixed by law when exceptionally, in view of the specific case under trial, it seems to the magistrate excessive and cruel. In this sense, STJ's Precedent 231 deserves revision based on constitutional principles as a measure of justice.

Keywords: Break of the minimum penalty fixed by law; Revision of the STJ's Precedent 231; Plenary Court; Superior Military Court.

* Ministra e Ex-Presidente do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora honoris causa pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica de Lisboa- Portugal. Professora Universitária. Autora de diversos livros e artigos jurídicos no Brasil e no exterior.

Uma das grandes discussões nos foros criminais pátrios é a possibilidade da redução da pena abaixo do mínimo legal por medida de política criminal e em homenagem à proporcionalidade e à razoabilidade que devem nortear as decisões judiciais.

Sobre o tema, o Superior Tribunal Militar, em decisão plenária inédita datada de 29 de maio de 2012,¹ inaugurou no Judiciário Castrense esta possibilidade.

O acórdão restou assim ementado:

“Apelação. Delitos tipificados no art. 150 e no art. 195, ambos do CPM. Prescrição do delito de abandono de posto. Parcial provimento do recurso defensivo. Aplicação de cânones constitucionais com vistas à redução de pena a quem do mínimo legal.

Três militares abandonam o lugar de serviço e, nas imediações da Organização Militar, adentram festa infantil, uniformizados e armados, procurando por mulheres. Civis abeiram-se a um dos soldados, que se apartara dos demais, para alertar de sua inconveniente presença; entretanto, os civis são surpreendidos com agressões dos outros dois soldados que repentinamente se aproximaram. Agrega-se aos atos violentos perpetrados a utilização das armas que, segundo testemunhas, fora utilizada com veemência para intimidar os civis. Condutas delitivas que se subsumam à tipificação do art. 195 e do art. 150, ambos do CPM, em concurso.

Recurso interposto abordando a inexistência do fato e a insuficiência probatória (in dubio pro reo) e, mais especificamente, direcionado à inexistência de exame de corpo de delito, à insuficiência do reconhecimento de pessoas como prova absoluta de imputação de responsabilidade penal e à prejudicialidade dos depoimentos dos ofendidos por ausência de isenção. Teses defensivas restaram rechaçadas.

Sobressai do feito demonstração da necessidade de um especial equacionamento, na sistemática penal militar, dos pressupostos atinentes ao princípio constitucional da proporcionalidade.

O preceito secundário do art. 150 do CPM está preso à passado específico e, sob esse contexto, algumas circunstâncias sobressaem

1 STM -Apelação nº 11.18-2009.7.10.0010/CE Relator: Ministro Fernando Sérgio Galvão e Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe de 25/06/2013. Por certo, várias turmas de Tribunais *ad quem* estaduais e federais e do Superior Tribunal de Justiça já haviam decidido neste sentido, contudo, no Plenário, o Superior Tribunal Militar foi pioneiro.

como destoantes à dosimetria de pena imposta aos Acusados, implicando adoção de critério especial para aplicação ao caso específico. Exsurge, pois, o princípio da proporcionalidade ajustado ao da individualização da pena como consectários de critérios de política criminal. Na espécie, ressalta-se o uso do princípio da proporcionalidade para, in casu, diminuir significativamente a pena mínima imposta aos Réus, a fim de aplicá-la em correspondência aos fatos concretos dentro do contexto social da atualidade.

Declaração da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma intercorrente, em favor de todos Recorrentes, no tocante à pena imposta acerca do delito de abandono de posto.

Provimento parcial do Recurso Defensivo para reduzir a pena imposta pelo Juízo “a quo” aquém do mínimo legal, atendendo preceitos de ordem constitucional, ajustados à contextualização dos fatos, aos resultados do delito e aos aspectos históricos que repercutem no tipo penal, com vistas à efetivação de uma política criminal de vanguarda.

Decisão majoritária. Aplicação do art. 80, § 1º, inciso II, do RISTM. (sem grifos no original).

Neste artigo, despicando trazer à lume como incremento aos aspectos doutrinários a serem tratados, as condutas ilícitas perpetradas pelos sujeitos ativos da ação penal *retro*, quais sejam; o abandono de posto ou lugar de serviço e a organização de grupo para a prática de violência, ambos tipificados nos artigos 195 e 150 do Código Penal Militar, portanto o objeto de relevo dos autos, tanto na época do julgamento quanto na presente análise, centrou-se na redução da pena mínima.

Sobre o tema, cediço que a possibilidade de diminuí-la há muito vem sendo objeto de discussão em face da persistente divergência doutrinária e do inconformismo dos advogados, defensores e magistrados que pleiteiam a aplicação das atenuantes a que fizer jus o acusado, ainda que resulte na fixação da sanção em patamar inferior ao previsto pelo legislador como o menor, ou mesmo, a validade da minoração do parâmetro quando excessivo ou exacerbado no caso concreto.

Efetivamente, impõe-se ao julgador ao avaliar a prática do injusto penal, fixar dosimetria apenatória condizente ao agravo, de modo a

obstar o despotismo e a excessiva intervenção do Estado na liberdade individual, sob o risco de regressão à teoria da retribuição.

Bem pontua Ferrajoli:

“(...) a história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos, porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.”²

Foucault em obra reverenciada – *Vigiar e Punir*³ - dá conta desse barbarismo ao esquadrihar a análise do poder político e suas pedagogias disciplinares. A parcimônia da resposta estatal, legado do iluminismo, legitima o sistema punitivo ao sopesar os direitos fundamentais e a tutela social. Ela tem por escopo “*impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, bem como o excesso punitivo do Estado*”.⁴

A mensurabilidade da reprimenda ao ilícito demanda proporcionalidade que transcende valorações meramente legalistas, fundadas unicamente na *ratio legis*. Cite-se, uma vez mais, o jurista italiano:

“(...) dissociada a quantidade da primeira da qualidade do segundo e reconhecida a inevitável heterogeneidade entre uma e outro, não existem critérios naturais, senão somente critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito.”⁵

A compreensão da problemática perpassa colocações de ordem moral. Pressupõe, nas palavras de Carla Fuckner e Larissa Corrêa:

2 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 320.

3 Vide: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. Tradução: Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977.

4 CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 150.

5 FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 320.

“(...) a predeterminação do tipo e da medida mínima e máxima da sanção para cada delito, pelo legislador; a determinação da medida da pena pelo magistrado no caso concreto, que muitas vezes é imbuída de espaços de discricionariedade; e, por derradeiro, a pós-determinação, na fase de execução, da duração e do prolongamento da pena atribuída.”⁶

Na lide que originou o precedente objeto deste ensaio acadêmico, tinha-se como menor patamar sancionatório previsto pelo art. 150 do CPM a reclusão de 4 (quatro) anos; ao ver do relator e da revisora inadequado, sem embargo da conduta dos agentes amoldar-se ao tipo constante da Denúncia.

O dilema que se colocou então foi: a pena mínima fixada abstratamente pelo legislador para punir a “organização de grupo para a prática de violência” poderia ser superada especificamente naquele processo, à vista da verdadeira afronta à justa punição e, conseqüentemente, à própria individualização?

Estava-se diante de situação na qual a sanção legal é considerada razoável, em tese, mas, *in concreto*, seus efeitos revelaram-se desmesurados. Por consequência, se o critério normativo não fosse desafiado, nomeadamente por se tratar de pena privativa de liberdade, infligir-se-ia aos réus sofrimento maior do que o ocasionado pelo agravo penal por eles perpetrado.

Nesse diapasão, fez-se mister a redução da reprimenda aquém do mínimo estatuído em homenagem aos princípios da proporcionalidade, da isonomia, da razoabilidade e da individualização da sanção. E não se cogite em ofensa à legalidade, posto sua aplicação dar-se *in favor rei*. Tal postulado, concebido como limitação à *potestas*, guarda correlação direta com o ideário da liberdade, assim, invocá-lo para defender a impossibilidade de determinação da pena injusta é medida de Direito. Diria Zaffaroni, Alagia e Slokar: “o limite máximo é resultado de uma desconfiança que recai sobre o sistema penal, mas o limite mínimo é uma desconfiança do sistema penal sobre o juiz. É nada mais que um limite quantificador”⁷.

6 A possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal: uma visão garantista. In: *Revista de Direito Univille*. Dez/2011, nº1. Joinville, Santa Catarina, p. 96.
7 ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Raúl. *Derecho Penal: parte general*. 2ª. ed. Buenos Aires: Ediar, p. 995.

De fato, o apenamento mínimo previsto na *legis* deve ser concebido, não como barreira à minoração do *quantum* sancionatório, mas como um referencial punitivo por parte do Estado. Há que se proceder a exegese do texto normativo de forma a possibilitar maior eficácia aos direitos fundamentais. Na análise do caso concreto deve o magistrado, levando em conta a previsão legislativa, decidir pelo correto, adequado e, sobretudo, pelo judicialmente justo.⁸

Nem se argumente que, se é possível afastar a reprimenda estatal por entendê-la exacerbada e romper com a menor pena-base, poder-se-ia, igualmente, agravá-la além do estatuído como limite máximo. Debalde. A analogia em matéria penal só pode ser utilizada em benefício do sujeito ativo.

Nesse norte, a Suprema Corte Canadense julgou inconstitucional apenação abstratamente fixada em um mínimo de sete anos para o delito de tráfico de drogas, no caso *R. vs. Smith*, no qual um réu de vinte e sete anos de idade, reincidente e que retornava da Bolívia com quantidade de cocaína no valor de mais de cem mil dólares, restou condenado à sete anos de prisão. Utilizando como fundamentação “*paradigma hipotético*”, a saber: um estudante de dezenove anos, primário e sem antecedentes, que traficou pequena quantidade de entorpecente, concluiu o *Justice Lamer* que o parâmetro estipulado pela lei como menor, era cruel e inusitado pela sua elevação.⁹ A decisão pautou-se na Seção 12 (doze) da Carta de Direitos e Liberdades Canadense, a qual prevê que “*a todos é dado o direito de não se sujeitar a qualquer tratamento e punição cruel ou incomum*”.¹⁰ Como consequência, declarou-se a inconstitucionalidade do mínimo abstrato da Lei de Drogas daquele Estado.

8 VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. Acesso em 5/3/2012. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16306-16307-1-PB.pdf>, p. 9.

9 A decisão restou assim ementada:

“A Corte Suprema declara, por maioria, que o mínimo de sete anos previsto no art. 5(2) da Lei de drogas é contrário ao artigo 12 da Carta por constituir uma pena cruel. A Corte afirma que um objetivo federal válido não é uma garantia de constitucionalidade. Se este objetivo perturba os direitos constitucionais, as autoridades devem demonstrar que se trata de um limite razoável em uma sociedade livre e democrática e que as liberdades são violadas o menos possível. A Corte recorda que o mínimo de sete anos se aplica independentemente da quantidade, do tipo de estupefaciente e do objetivo dos indivíduos envolvidos; é a potencialidade da punição permitida que é cruel (*R. v. Smith*, 1987, 1 R.C.S. 1045, 34 C.C.C. [3d] 97, R.J.P.Q. 87-318).

10 Na língua original: “12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.”

No feito julgado pelo STM, não se questionou a verticalidade fundamentadora da reprimenda do art. 150 do CPM em face da *Lex Magna*, mesmo porque temerária a apreciação judicial *ex officio*, em sede incidental, da proporcionalidade das valorações apenatórias do Poder Legislativo, ressalvadas as situações nas quais a desconformidade seja flagrante, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Não obstante, tanto o legislador como o julgador deverão sempre guardar obediência aos princípios máximos da Carta Política. Com base nessa premissa, possível extrair não apenas a possibilidade, mas, principalmente, a plena obrigatoriedade da Judicatura, em situações reais, de valorar hipóteses vulneradoras do *espíritu* da Constituição.

A razão de parte da doutrina e jurisprudência preconizarem que as atenuantes não têm o condão de rebaixar a sanção aquém do mínimo legal reside no fato de o Código Penal comum não determinar as frações correspondentes, desautorizando ir além dos moldes definidos para a infração. Tal situação não ocorreria com as causas de aumento e de diminuição da pena, que têm as respectivas majorações e reduções predeterminadas.

No Código Penal Castrense a preocupação foi maior, prevendo o legislador no art. 73, frações mínimas e máximas para a atenuação sancionada. Impôs, outrossim, que a incidência das causas atenuantes deva obedecer aos limites da pena cominada ao delito. Nesse mesmo conspecto, a estatuição do §2º do art. 69 do *Codex*.¹¹

Sem descuidar da necessidade do fiel cumprimento de lei legitimamente estabelecida, é corolário da Justiça o *suum quique tribuere*, inexoravelmente imbricado à questão fática sob a qual a regra incide.

Impossível para o poder legiferante vislumbrar todos os eventos e nuances plausíveis da vida em sociedade. Por isso, a legislação não deve promover cisões entre a *lex* e o seu aplicador.

Em cuidadosa distinção entre validade e influência real ou eficácia da norma, Luis Recaséns Siches propugna:

“lo que produce realmente la observancia de la norma no es la norma misma en cuanto entidad ideal, en cuanto a puro deber ser, sino el hecho psicológico de que los hombres se la representan en su conciencia. El factum concreto de esta representación es lo que

11 “Art. 69. omissis.

§ 2º. *Salvo o disposto no art. 76, é fixada dentro dos limites legais a quantidade da pena aplicável”.*

puede actuar como motivo psicológico, induciendo al sujeto a un comportamiento coincidente con la norma. ¹²”

De extremo relevo, portanto, o atuar do magistrado, não só como intérprete da lei, mas, sobretudo, como viabilizador de sua eficácia. Daí porque, há de se lhe permitir valorá-la com equidade.

No âmbito do Direito Penal especial, o próprio Código Substantivo Militar explicita as hipóteses nas quais a reprimenda poderá ser fixada abaixo do mínimo cominado – as causas de diminuição. Inquestionável, pois, autorizar o *Codex* Especial, em linhas gerais, a imposição de sanção inferior à prefixação legal.

Poder-se-ia questionar o que diferencia as causas de diminuição de pena, das atenuantes, se relativamente às primeiras é possível rebaixar o mínimo abstrato?

Os argumentos em sentido contrário articulam com a ideia de constituírem as causas de aumento e diminuição verdadeira tipicidade por extensão posto integrarem a estrutura típica do delito; pelo que, ao julgador só caberia seguir a orientação legislativa.

Ora, o mero fato de o legislador ter optado em situar, topograficamente, as causas de diminuição em parágrafo do próprio artigo no qual previu o tipo penal, se revela insuficiente para autorizar, melhor se diga, desautorizar, a aplicação da mesma causa quando ela receber titulação diversa – natureza de atenuante – e constar de dispositivo específico.

Exemplificativamente, no Direito Penal Castrense nota-se que a minorante contida no §1º do art. 205 do CPM estabelece que o juiz poderá reduzir a sanção, de um sexto a um terço, “*se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (...).*” Dita causa de diminuição encontra semelhante previsão no art. 72, inciso III, alínea “c”, do mesmo Código como circunstância atenuante. Leia-se:

“Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III- ter o agente:

c) cometido o crime sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.”

12 SICHES, Luis Recaséns. *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico – La filosofía del derecho en el siglo XX*. México: Ediciones Coyoacán, p. 124.

Evidente está, o lapso de justificativa plausível que autoriza a obstrução ao quebrantamento do mínimo legal, devido à ausência de hierarquia entre as causas de diminuição e as atenuantes. Afinal, majorantes e minorantes não possuem, em abstrato, maior peso jurídico do que as demais circunstâncias.

Indo além, o *Codex Milicien*, estabelece no art. 76 que a incidência das causas de diminuição não adstringe o julgador aos limites da pena cominada ao crime. Nestes termos, tal preceituação não equivaleria a um reconhecimento expresso da *ratio* de poder-se quebrantá-la diante de circunstâncias especiais? Afinal, por que obstaría a *legis* o atuar judicial frente à realidade fática peculiar que, por sua própria natureza, não poderia ser antevista pelo poder legiferante?

Por certo, o verdadeiro escopo do mínimo legal consiste na impossibilidade de previsão normativa para todas as circunstâncias que possam convergir concretamente. Por isso:

“(...) um outro motivo também aponta para [...] a redução da pena mínima, qual seja a incapacidade do legislador de estabelecer molduras rígidas que atendam sempre à necessidade de adaptação do sistema penal a graves problemas de ordem prática que são enfrentados não tão raramente pelos juízes e para os quais a lei não oferece solução adequada.”¹³

Aliadas a esse argumento, razões teóricas diversas exsurgem. A primeira diz respeito ao já citado princípio da legalidade, concebido como instrumento de proteção do cidadão diante da moldura punitiva, a justificar, tão somente, os limites máximos das sanções¹⁴. A segunda refere-se à ressocialização como finalidade principal da re-

13 MASSUD, Leonardo. *Da Pena e sua Fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 197.

14 Nesse sentido, os entendimentos de Sousa e Brito e Hassemer, para os quais, respectivamente, “se o limite máximo da culpa não pode ser em caso algum ultrapassado, já ‘em casos extremos’ o princípio da legalidade não impede que o seu limite mínimo não seja respeitado” e “as limitações do princípio da certeza só se podem fazer em favor do acusado”. SOUSA BRITO, José. *Medida da pena no novo código penal*, 1984, pp. 580 e 581 *Apud*: RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 1995, p. 516. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução: Paulo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 337.

primenda; e a terceira cinge-se à afirmativa de que a culpabilidade não seria a medida da sanção, senão seu limite¹⁵.

Nessa esteira, estatui o artigo 5º, item 6, do Pacto de São José da Costa Rica, que vigora no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal; *litteris*:

“As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

No precedente referido, o apenamento – reclusão de 4 (quatro) anos – demandava adequação não contemplada pelo Poder Legislativo, mas necessária e conforme aos preceitos constitucionais.¹⁶

E foi por situações deste jaez que o Tribunal de Justiça de São Paulo propôs, em audiência pública quando da elaboração do anteprojeto do novo Código Penal Comum, a alteração ao art. 59 para autorizar a aplicação da pena a quem do menor patamar abstratamente estabelecido.¹⁷

15 MASSUD, Leonardo. *Op. cit.*, p. 197.

16 Na lição de Inocêncio Mártires Coelho: “(...) na tarefa de concretizar a Constituição (...) o aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu âmbito normativo, elementos que também pertencem à norma, e com igual hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo ‘escolheu’ ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação. Em síntese, no dizer de Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a “ponta do iceberg”; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito, isso é constituído pela situação normada. In: Curso de Direito Constitucional. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 100-101.

Em idêntico entendimento, o voto vencido na Apelação Criminal nº 275492-5, julgada pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em 16/6/2005: “A tarefa do juiz, na sentença, é a de individualizar a pena. Mas se a pena mínima não puder ser ultrapassada (em virtude de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial equivocados, claramente presunçoso e inconstitucional), colocar-se-á numa vala comum incontáveis condenados que contam com situações diferentes. Isso implica séria violação ao princípio da igualdade (assim como profundo desrespeito ao valor justiça, que é o valor meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito)”.

17 O legalismo exacerbado leva, muitas vezes, juízes e tribunais a situações inusitadas nas quais, feitos são julgados com definições jurídicas diversas à do tipo incidente, para se aplicar pena mais branda. Tal prática nada mais é do que a quebra da pena mínima por vias transversas.

“Com efeito, de grande intensidade, a fixação da pena representa a transição entre todo o espectro abstrato do direito e a concretude da sua execução. É o instante no qual se materializa a sua teleologia. É quando o direito mostra o seu porquê. Como, então, o Judiciário aplicará a pena sem transformar-se num órgão autômato ou num mero apêndice do Legislativo, sem que o arbitrium regulatum confunda-se com as convicções e juízos pessoais dos magistrados, preservando, assim, a separação dos Poderes, ínsita ao chamado Estado Democrático de Direito? De outro lado, até onde poderá cami-

Mas, muito antes, na vanguarda do Direito, a Superior Corte Federal em Acórdão da lavra do eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, decidira:

“EMENTA: RESP - PENAL - PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO - ATENUANTE - FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.

O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito.

A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena “in concreto”. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie “sub judice”, a “pena base” foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d).

Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime”.¹⁸ (sem grifos no original).

Tal como colocado, imprescindível utilizar-se de norte axiológico para implantar na punição o ideal de justiça, objetivo maior do devido processo legal.¹⁹

Disso resulta que, a despeito de o Superior Tribunal de Justiça, a

nar o Legislativo na sua tarefa de fornecer diretrizes ao Judiciário sem engessá-lo ou sem avançar na tarefa deste que é a de dar a cada um o que é seu?” MASSUD, Leonardo. Op. cit. pp. 14-15.

Desta cultura judicial resulta projetar-se, o processo penal, “em duas perspectivas absolutamente opostas: ou se ganha tudo, absolvendo-se o réu, ou se perde tudo, na medida em que a condenação será sempre sinônimo de privação de liberdade. Dessa maneira, a própria postura defensiva não passa, na quase totalidade dos casos, pela busca e/ou demonstração de elementos que possam ajudar na mitigação da pena. Algumas vezes, até, há um verdadeiro conflito lógico ou estratégico em sustentar, ao mesmo tempo, as razões para a absolvição – em seu sentido lato – e os motivos para uma redução da pena em caso de condenação (...).” *Idem*. p. 181.

18 STJ - REsp 151837/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Relator para o Acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 28/5/1998, DJ 22/6/1998, p. 193.

19 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 44.

prima facie, ter pacificado a matéria no âmbito jurisprudencial ao editar a Súmula 231 do STJ²⁰, o tema remanesce controverso. Por oportuno, esclareça-se que o Direito Sumular não se sobrepõe aos postulados constitucionais, o da isonomia por excelência, cujo axioma funda-se em “tratar desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades”, uma vez que as súmulas, à exceção da vinculante, não legislam positivamente, não podendo relativizar normas e princípios magnos. A prevalência da súmula 231 na jurisdição penal ordinária tornou letra morta o art. 65 do Código Penal Comum que dispõe sobre as circunstâncias que **sempre** (*litteris*) atenuam a pena.²¹

Paulo Bonavides ressalta a necessidade de tratar-se os princípios como Direito, uma vez que “*tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal*”²².

Dúvidas não restam acerca da necessidade de se assegurar a proporcionalidade, razoabilidade, isonomia e individualização sancionatória, esta última consagrada pelo art. 5º, inciso XLVI, da CF/88 e, portanto, clausulada como *petrea*, no apenar judicial.²³

Acentue-se que individualizar no vernáculo é distinguir, particularizar, adaptar às necessidades ou circunstâncias específicas do indivíduo²⁴.

Discorrendo sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona:

20 A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 15.10.1999, dispõe que “*incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

21 Conforme sustentou o Desembargador Aramis Nassif, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis*: “*A palavra “sempre” empregada no art. 65, caput, do Código Penal (...), não é excepcionada em nenhuma passagem do direito positivo brasileiro. Assim, sempre é sempre e a interpretação não pode, com a máxima vênia, ser feita em prejuízo do acusado.*” *Apelação Crime nº 70026901249*, de 14/4/2010.

22 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994, p. 238. Acorde suas palavras: “*O princípio da proporcionalidade, abraçado [...] ao princípio da interpretação conforme a Constituição, [...] ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor*”. *Idem*, p.388. Segundo Celso Ribeiro Bastos, o princípio da proporcionalidade há de ser compreendido como um guia à atividade interpretativa, que apresenta grande liberdade de atuação, tendo em vista os fins a serem atingidos e a exigibilidade da escolha destes. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 175.

23 Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt: “*o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno.*” *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

24 HOUAISS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 1ª. Ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2009, p. 1075.

“a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto”²⁵.

Acorde o Ministro Vicente Leal, a individualização da sanção hodierna esbate-se com o *jus puniendi* do passado, “quando a fixação da pena se situava no plano do puro arbítrio do juiz, evoluindo, por conseguinte, para um sistema rígido, sem qualquer consideração sobre a pessoa do apenado e as circunstâncias particulares do delito”²⁶. Hoje, não há como dissociá-la dos axiomas principiologistas insculpidos na Carta da República.

Imperiosa, então, a atuação da Judicatura, consciente de que o legislador ordinário, ao editar a norma repressiva, levou em consideração um contexto social hipotético, desvinculado da realidade vivenciada pelo agente no momento do crime.²⁷

Para ilustrar, precedente do Superior Tribunal Militar, o qual, diante do evidente rigor de gravame previsto pelo artigo incidente à lide *sub judice*, pautou-se em prol da equidade e deixou de aplicar causa de aumento de pena. *Vide*:

25 NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

26 ARAÚJO, Vicente Leal. *Princípio da individualização da pena*. Publicado em 7/12/2006. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388>. Acesso em 13/3/2012.

27 Pontua Alberto Silva Franco: “Uma sociedade marcada por profunda exclusão social não se compatibiliza com o perfil de um juiz apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, autossuficiente e corporativo. E, acima de tudo, com um juiz que ainda não teve a percepção de que sua legitimação não se apoia na vontade ou nas leis de mercado, mas substancialmente na sua função central de garantidor dos direitos que atribuem dignidade ao ser humano e dos valores axiológicos incorporados aos modelos sociais que têm a democracia como uma garantia irrenunciável”. **O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização**. In: MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampetro (Org.). *La Administración de Justicia en los Albores del tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001, p. 99.

“EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. PECULATO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. APLICAÇÃO DOS FINS SOCIAIS DA LEI. CRIME CONTINUADO.

1. Sargento intendente do Exército que mediante inserção de dados falsos em Boletim Interno induz em erro a Administração Militar, possibilitando pagamentos de forma indevida a outrem e a si próprio.

2. Para que não se configure a tipicidade do crime de peculato (art. 303 do CPM) é necessário que o militar tenha se apropriado ou desviado indevidamente a res, da qual tem a posse ou detenção, em razão de seu cargo ou comissão, o que não ocorreu no caso em tela, haja vista ter o acusado desviado os valores por meio de senha que tinha a título precário, por delegação de quem detinha o cargo.

3. Continuidade delitiva. Reconhece-se a continuidade delitiva quando infrações da mesma espécie e da mesma forma de proceder forem praticadas uma após a outra, não havendo razão para impor requisitos que a lei não impõe para a concessão do benefício como a necessidade de as infrações haverem sido cometidas no intervalo mínimo de um mês entre elas.

4. Art. 5º da LICC. Ao aplicar a lei o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige. Assim, plenamente possível a não aplicação de uma causa de aumento de pena quando se percebe que a condenação será por demais rigorosa, excluindo o militar da Força. Trata-se de decisão de política criminal e de equidade.

5. Sursis com período de prova aumentado em razão do desvalor da ação do agente que, trabalhando com valores, deve ficar sob maior observação do juízo criminal”.

Rejeitada preliminar de nulidade arguida pela Defesa. Unanimidade. Apelo conhecido e provido parcialmente. Maioria.²⁸ (sem grifos no original)

A propósito, o Ministro Cezar Peluso, no julgamento da repercussão geral do RE 597270/RS, conquanto tenha reconhecido a inadmissibilidade da fixação sancionatória abaixo do mínimo legal com base em atenuante genérica, consignou ser simpático à tese de que, *“além das minorantes especiais taxativamente previstas, as circunstâncias concretas de cada caso, que não se confundem com as atenuantes*

28 *Apelação nº: 12-64.2007.7.07.0007* (2009.01.051312-4/PE). Relator: Ministro Marcos Martins Torres e Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe: 08/06/2011.

genéricas, podem, [...], reduzir a pena aquém do mínimo legal. São circunstâncias excepcionais de cada caso concreto”.

Acrescentou que as “*circunstâncias particulares [...] demonstram que, se não forem consideradas, ofendem a individualização da pena e, mais do que isso, ofendem o devido processo legal, em termos substantivos, porque influi na questão de tratamento justo de cada caso*”.²⁹

Naqueles autos, o Acórdão prolatado observou os estritos termos da súmula vinculante nº 10 do STF ³⁰, acatando na literalidade o *canon* inscrito no art. 97 da Lei Maior.

Sem embargo, entendeu a Corte por bem sopesar as particularidades processuais, em prol da consonância entre conduta e reprimenda.

Não é demais frisar que:

“Quem tem contato com o caso concreto é o magistrado e não o legislador, por isso este não tem a capacidade de prever todas as possibilidades que podem ser desdobradas de todas as condutas tipificadas. Há casos em que é necessário fixar a pena abaixo do mínimo legal para adequá-la à culpabilidade do agente, sendo que a legislação não pode ser uma barreira para atingir tal objetivo, pois, se assim fosse, estaria em choque com a Constituição (...)”³¹.

Segundo Francisco de Assis Toledo:

“O legislador estabelece as sanções passíveis de serem aplicadas aos acusados de infração penal e estabelece parâmetros para a fixação judicial da pena, em concreto. Dentro desses parâmetros, goza o juiz de relativa liberdade. Todavia, nessa importantíssima tarefa de estabelecer, em cada caso, as conseqüências jurídico-penais de determinado crime, em concreto, o juiz, além das regras legais preestabelecidas, não pode deixar de observar certos princípios fundamentais, expressos ou implícitos no ordenamento jurídico.”³²

29 *Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE 597270 QO-RG/RS*. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe 5/6/2009.

30 “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*”

31 VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *Op.cit.* pp. 10/11.

32 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena**. Disponível

À evidência não é o julgador refém de legislação que, mesmo legítima e constitucional, seja um empecilho à prolação de uma decisão justa e o force a adotar fundamento diverso de sua convicção, obstando-o a “dar a cada um o que é seu”. Obstruir a quebra da pena mínima em casos singulares, revestidos de excepcionalidade e que foram detidamente valorados pelo juiz, afronta a independência dos Poderes da República.³³

É fato o magistrado da contemporaneidade não mais restringir-se a ser “*la bouche de la loi*”, tal qual preconizado pelo pensamento liberal de Montesquieu. Antes:

“(…) o juiz hoje tem como função máxima resolver o caso concreto demandado ao Poder Judiciário, por meio da interpretação e aplicação das leis, em conformidade com o processo formal previsto. Embora o positivismo defenda que o magistrado deva ser um mero aplicador da norma, ou seja, um seguidor dos ditames descritos em regras abstratas e gerais criadas e impostas pelo Poder Legislativo, a função judicante vai muito além por ser a única capaz de analisar o caso concreto e distribuir, de fato, a justiça”³⁴.

Hodiernamente, consabido alçar à reprimenda função propedêutica e reabilitadora³⁵. Com sapiência pontua José Frederico Marques: “o condenado precisa sentir que existe um equilíbrio entre o dano que produziu e o castigo que a sociedade lhe inflige, pois de outra forma o culpado se

em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso em 22/8/2011.

33 Na lição de Rogério Greco, a sanção será necessária se inexistir outra forma de reprovação e, principalmente, de prevenção do delito. Daí porque, a pena deve ser, qualitativa e quantitativamente, necessária. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p.111.

34 CORTEZ, Cynthia Coelho. *A validade da Súmula 231 do STJ e as consequências de sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia de conclusão do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – CEUB, Brasília, 2012, p. 54.

35 Ainda, deve-se determiná-la conforme o grau de culpabilidade, “(...) porque deste modo se consegue a finalidade político-social de restabelecer a paz jurídica perturbada e de fortalecer a consciência jurídica da comunidade impondo ao autor do delito uma sanção que tenha ‘merecido’, vale dizer, uma sanção que corresponda à gravidade do seu crime. Mas o que é ‘merecido’ não é algo escrito com precisão no firmamento de um conceito metafísico de culpabilidade, o qual inclusivo com a ajuda de um telescópio seria difícil de interpretar; senão o resultado de um processo psicossociológico valorativo mutável, de uma valoração da comunidade desde um princípio não se pode determinar em relação à magnitude penal de um modo exato, senão que somente possui realidade empírica no âmbito de uma certa margem de liberdade.” ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, S.A, pp. 96/97.

*transformaria em vítima, e o credor em devedor.*³⁶

A apenação criteriosa possibilita a reparação do agravo como uma resposta adequada à criminalidade, ela apazigua os ânimos da sociedade e previne futuras condutas típicas por meio do exemplo, reafirmando na consciência dos cidadãos o preceito proibitivo.³⁷

Irônico, para dizer o mínimo, que o julgador possa absolver ante o princípio da insignificância ou bagatela, e não possa condenar abaixo do menor patamar. Afinal, quem pode o mais, pode o menos.

Como alertou o ilustre Desembargador mineiro Amilcar de Castro há décadas passadas: “*o legislador faz a lei, mas lei não é direito; lei é norma geral, impessoal, enquanto o direito é necessariamente pessoal, particular.*”³⁸

Decerto, escreve Cynthia Cortez:

“(..). o juiz faz parte do processo, e sua importância se dá pelo fato de ser o operador e não apenas o aplicador da lei e do direito, sendo o responsável pela tomada de decisões legais emitidas pelo poder decisório que lhe atribui o Estado. O juiz, como agente político do Estado, tem o dever de analisar a demanda judicial e defender as normas constitucionais, frente a uma evidente violação da legislação infraconstitucional, como ocorre no caso da Súmula 231 do STJ – a qual viola importantes princípios constitucionais, uma vez que não permite ao aplicador do direito quebrar a pena mínima prevista em abstrato – embora essa fosse a pena mais justa e proporcional ao dano causado.(..)

No Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, a missão do juiz criminal, em síntese, é a de compatibilizar o Estado de Direito ao Estado Social que lhe é subjacente, respeitando os direitos do acusado e assim garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo”³⁹

36 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1. ed. vol. 3. Campinas: Millennium, 1999, p. 152.

37 Cesare Beccaria, na obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada no ano de 1764, sabiamente pontuou que “[...] *O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos [...]*”. Edição Ridendo Castigat Mores Versão para eBook eBooksBrasil.com Fonte Digital www.jahr.org1995, p.61. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso 03/07/2020.

38 CASTRO, Amilcar. *Direito Internacional Privado*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968, v. 1, p. 43.

39 CORTEZ, Cynthia Coelho. *Op. cit.*, pp. 55/56.

E é por essa razão e não outra, que a Suprema Corte norte americana edificou a teoria dos poderes implícitos, a partir dos notáveis julgamentos de *McCulloch vs. Maryland* e *Myers vs. Estados Unidos*, comumente invocados pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Trata-se de doutrina basilar da hermenêutica constitucional segundo a qual, quando a Constituição Federal concede os fins, provê os meios.⁴⁰

O corolário do decisório no STM, como se antecipou no início do presente texto, foi o Relator e a Revisora reconhecerem ser a pena mínima de 4 anos imposta pelo legislador na Apelação nº 11.18-2009.7.10.0010/CE, exacerbada e, nessa medida, tida por injusta. Nesse compasso, considerando a efetivação de uma política criminal estreitamente ligada aos ditames do princípio da proporcionalidade, tendo em conta o contexto fático no qual se desenvolveu a ação delitiva, bem como as baixas consequências advindas da conduta delituosa: a ausência de dano a bens, a inexistência de lesões expressivas nas vítimas e a inocorrência de disparo de arma de fogo, deu-se parcial provimento ao Recurso defensivo para abater da pena base capitulada pelo art. 150 CPM a fração de $\frac{1}{2}$, ou seja, a metade, e condenar os réus a 2 anos e não o dobro previsto no tipo como patamar mínimo. Por óbvio, houve divergência na Corte, contudo, prevaleceu o voto médio que findou por aquebrantá-la.

Dúvidas não restam dever o *jus puniendi* estatal, no contexto contemporâneo, contemporizar a sanção às condutas concretas dos agentes. O *quantum* apenatório a ser fixado exige prolação acurada do magistrado que atrai para si o dever de tutelar a sociedade, nela incluídos os agentes criminosos, partícipes que são do Contrato Social.

A carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação criminal não deverão ser desproporcionais ao mal causado pelo delito, como advertira em tempos pretéritos Carrara. Nesse caminhar, se a condenação configurar-se mais gravosa do que a própria conduta delituosa, o juiz, em acatamento aos cânones de direitos humanos e a principiologia da Carta Política deve, serenamente, refutá-la. Até porque se a lei não serve à Justiça, desserve à sociedade.

40 *Apud*: HC 91.661-PE. Relatora Min. Ellen Gracie. DJe 3/4/2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Raúl. *Derecho Penal: parte general*. 2ª. ed. Buenos Aires: Ediar.

ARAÚJO, Vicente Leal. *Princípio da Individualização da Pena*. Publicado em 7/12/2006. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388>. Acesso em 13/3/2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Edição Ridendo Castigat Mores. eBooksBrasil.com Fonte Digital www.jahr.org1995, p. 61. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em 03/07/2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 14ª ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Amilcar. *Direito Internacional Privado*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968, v. 1.

CORTEZ, Cynthia Coelho. *A validade da Súmula 231 do STJ e as consequências de sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia de conclusão do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – CEUB, Brasília, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. Tradução: Ligia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977.

FUCKNER, Carla e CORRÊA, Larissa. A possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal: uma visão garantista. In: Revista de Direito Univille. Dez/2011, nº1. Joinville, Santa Catarina.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Paulo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

HOUAISS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 1ª. Ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1ª. ed. vol. 3. Campinas: Millennium, 1999.

MASSUD, Leonardo. *Da Pena e sua Fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional* São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampetro (Org.). *La Administración de Justicia en los Albores del Tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, S.A.

SICHES, Luis Recaséns. *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico – La filosofía del derecho en el siglo XX*. México: Ediciones Coyoacán.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios que regem a aplicação da pena*. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso em 22/8/2011.

VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. Acesso em 5/3/2012. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16306-16307-1-PB.pdf>, p. 9.

LEGISLAÇÃO

BRASIL – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

BRASIL – CÓDIGO PENAL - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

BRASIL – CÓDIGO PENAL MILITAR – DECRETO-LEI Nº 1.001, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - *Apelação nº 11.18-2009.7.10.0010/CE* Relator: Ministro Fernando Sérgio Galvão e Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe : 25/06/2013.

BRASIL – SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - *Apelação nº: 12-64.2007.7.07.0007 (2009.01.051312-4/PE)*. Relator: Ministro Marcos Martins Torres. Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe:08/06/2011.

BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - *HC 91.661-PE*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de Publicação: 03/04/2009.

BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - *Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE 597270 QO-RG/RS*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data da Publicação: 05/06/2009.

BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - *REsp 151837/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Relator para o Acórdão: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 28/5/1998, DJ 22/6/1998.

BRASIL - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - *Apelação Crime* nº 275492-5, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/06/2005.

BRASIL - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime* nº 70026901249, Data de Publicação: 14/04/2010.

CANADÁ - SUPREMA CORTE DO CANADÁ - *Caso R. v. Smith, 1987, 1 R.C.S. 1045, 34 C.C.C. [3d] 97, R.J.P.Q. 87-318.*

PRESCRIÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: uma análise do Acórdão 1441/2016 - TCU¹

PRESCRIPTION IN BRAZIL'S FEDERAL COURT OF ACCOUNTS:
analysis of the Opinion n. 1441/2016 - TCU

Bruno Dantas *

Caio Victor Ribeiro dos Santos **

Resumo: Em 2015, o Tribunal de Contas da União, no julgamento do TC nº 030.916/2015-7 foi chamado a se manifestar sobre dois pontos importantes envolvendo a prescrição: a) se haveria prescrição da pretensão punitiva do Estado nos temas de competência do TCU; e b) em caso de resposta afirmativa à primeira questão, sobre a definição de prazo prescricional aplicável às sanções previstas na legislação. Na ocasião, foram levantadas três teses: uma sugerindo a imprescritibilidade da pretensão punitiva; outra, que sustentava a incidência de um prazo prescricional de cinco anos; e a última, defendendo a prescrição em dez anos. O presente trabalho, nesse sentido, tem por objetivo identificar as razões que ampararam cada uma das posições defendidas no julgamento do TCU e detalhá-las do ponto vista teórico, elucidando o raciocínio que as informam, bem como os motivos que levaram à prevalência da última. Para tanto, a pesquisa, adotando o método de estudo de caso, desenvolve-se pelo procedimento de revisão bibliográfica e jurisprudencial, buscando, em um primeiro momento, esclarecer o fenômeno da prescrição sob a teoria geral do direito para, em seguida, se debruçar detalhadamente sobre as teses arguidas no caso.

Palavras-chave: Prescrição; Pretensão Punitiva do Estado; Tribunal de Contas da União.

* Bruno Dantas – Ministro do TCU. Pós-Doutor (UERJ), Doutor e Mestre (PUC-SP) em Direito. Visiting Researcher Fellow na Benjamin N. Cardozo School of Law (Nova York, EUA), no Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo) e na Universidade de Paris 1 Panthéon Sorbonne. Professor do Mestrado em Direito da UNINOVE e da FGV Direito-Rio.

** Caio Victor Ribeiro dos Santos – Advogado e Especialista em Direito Processual Civil - IDP. 1 Uma versão prévia deste artigo foi publicada em 2019 pela Revista Jurídica do Centro de Ciências Jurídicas da FURB e pode ser encontrada no seguinte endereço: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8200>. (DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos processos de competência do TCU. Revista Jurídica (FURB) – Blumenau, v. 23, n. 52, 2019).

Abstract: In 2015, the Brazilian Federal Court of Accounts (TCU), in the judgment of the TC n. 030.916/2015-7, was called upon to hold a decision on two relevant topics relating prescription: a) whether the TCU's punitive claim is subject to prescription; and b) in case of a positive answer to the first question, which term should be applied to prescription in that case. In the judgment, three thesis were mainly argued: the first, suggesting no prescription at all; the second, arguing a deadline of five years to prescription; and the latter, standing up for a deadline of ten years. Thus, the present article aims to identify the reasoning that supported each one of the those thesis, in order to detail them from the dogmatic point of view, as well as identifying the reasons that made one prevail over the others. To do so, the research adopts the study of case method as long with the procedure of bibliographical review, seeking, at first, to shed light over the device of prescription from the point of view of the theory of law and then to focus thoroughly over the thesis that were argued in the case.

Keywords: Prescription; State's punitive claim; Brazilian Federal Court of Accounts.

1 - INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a segurança jurídica ostenta status de direito fundamental da mais alta hierarquia axiológica e, enquanto valor intrínseco à própria ideia de Estado Democrático de Direito, se manifesta em incontáveis regras e institutos jurídicos, sendo um dos mais notáveis entre eles o instituto da prescrição.

Com previsão tanto em normas de direito público, voltado a alcançar as relações jurídicas envolvendo o Estado, quanto em normas de direito privado, alcançando as relações jurídicas que os particulares travam entre si, almeja-se, com o instituto da prescrição, a estabilização das relações sócio-jurídicas em face da inércia do detentor originário do direito, impedindo que elas perdurem indefinidamente no tempo.

De fato, como ensina Niklas Luhmann, o mundo é complexo (existindo mais possibilidades de ação que aquelas que podem efetivamente ser adotadas) e contingente (as experiências nem sempre coincidem com as expectativas), de modo que o direito deve funcionar, precisamente, como um instrumento redutor da complexidade e da contingência por meio da estabilização das expectativas comuns dos indivíduos – o que, no âmbito do direito de ação, se opera pela preclusão, coisa julgada e prescrição.²

Recentemente, o Tribunal de Contas da União foi chamado a se manifestar sobre o último instituto. Na ocasião, foi instaurado incidente de uniformização de jurisprudência com o fito de obter pronunciamento do tribunal acerca de dois pontos: a) se haveria incidência de prescrição sobre a pretensão punitiva do Estado nos temas de competência do TCU; e b) em caso de resposta afirmativa da primeira questão, na definição do prazo prescricional aplicável às sanções descritas na legislação de regência.

No julgamento, em relação ao primeiro ponto, foram aventadas três relevantes teses: uma sugerindo a imprescritibilidade da pretensão punitiva; outra, que sustentava a incidência de um prazo pres-

2 LUHMANN, Niklas. *Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 4. ed. Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000. p. 27 *apud*. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 133.

cricional de cinco anos; e a última, defendendo a prescrição em dez anos. E quanto ao segundo ponto, a Corte se dividiu entre duas correntes, uma sustentando o início da contagem a partir do momento que o tribunal tivesse conhecimento do ilícito e outra que a fixava na data de ocorrência da ilicitude.

Com este singelo ensaio, que não tem qualquer pretensão de esgotar o tema, o que se pretende é identificar as razões que amparam cada uma das posições defendidas no julgamento e detalhá-las do ponto vista teórico, elucidando o raciocínio que as informam, bem como os motivos que levaram uma a prevalecer sobre as demais.

Para tanto, servimo-nos de pesquisa bibliográfica e documental, tanto nacional quanto estrangeira, realizando, sobretudo, uma análise do julgamento do TCU no TC nº 030.916/2015-7, que resultou no Acórdão 1441/2016, em cujos votos se encontram as três posições acerca da prescrição que o trabalho se dedicará a detalhar.³

A fim de cumprir a tarefa a que nos propomos, dividimos o trabalho em quatro etapas: uma primeira, destinada a abordar o fenômeno da prescrição do ponto de vista da teoria geral do direito; uma segunda, onde explicitamos a importante distinção entre a prescrição do poder sancionatório do Estado e a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário; uma terceira, onde serão detalhados os aspectos jurídicos da tese da imprescritibilidade e da tese da prescrição quinquenal; e, por fim, uma quarta, que se debruça sobre a tese da prescrição decenal, vencedora do julgamento no TCU.

2 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA PRESCRIÇÃO

Manifestação direta do princípio da segurança jurídica, a prescrição consiste em um instituto de direito material criado com a finalidade de impedir que as relações sócio-jurídicas perdurem indefinidamente no tempo. Não tem, a prescrição, o condão de destruir o direito, tampouco de extinguir, fulminar, a pretensão, mas, conforme a clássica lição de Pontes

³ Posteriormente a essa decisão do Tribunal de Contas da União, o Supremo Tribunal Federal veio a se manifestar sobre o tema no julgamento do RE-RG 636.866 (Tema 899). Este julgamento do STF, porém, não é objeto do presente artigo, que se concentra exclusivamente sobre decisão a anterior do TCU.

de Miranda, de encobrir a sua eficácia, “atendendo à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade”.⁴

Cuida-se, assim, de fenômeno material e não processual, que está associado ao próprio fundo de direito e não ao veículo utilizado para obter a tutela estatal – seja jurisdicional, seja administrativa – da pretensão lesionada ou ameaçada de lesão.

A legislação brasileira superou a confusão conceitual que pairou sobre o fenômeno da prescrição até 2002. Afastada a noção vetusta de “perda do direito de ação pela inércia do titular”, optou-se pelas posições alemã e suíça, em detrimento da italiana.⁵

Com efeito, ao positivar que a presunção implica a perda da pretensão (a “*actio*” do direito romano, e a “*anspruch*” do direito alemão) pelo decurso do tempo, o art. 189 do Código Civil pôs fim a um debate que durou quase todo o século XX.

Segundo Pontes de Miranda:

“A prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se – contra o seu direito ou contra o que têm por seu direito – pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis.”⁶

Os fundamentos da prescrição são a paz social, a estabilidade das relações jurídicas e o reconhecimento do direito fundamental à segurança jurídica. O que justifica sua existência é o interesse da comunidade em que se reconheça a força do tempo para estabilizar situações de fato consolidadas, protegendo o devedor, punindo a inércia do credor e evitando a proliferação infinita de controvérsias intermináveis.

Pela voz abalizada de J. J. Gomes Canotilho,

4 MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 101.

5 *Ibid.* p. 99.

6 *Op. cit.* p. 100.

“O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

(...) Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.”⁷

Sob essas bases, uma análise imparcial acerca da incidência da prescrição sobre a pretensão punitiva do Estado nos temas de competência do Tribunal de Contas da União exige uma análise da questão por uma ótica teleológica e não por qualquer possibilidade de aumentar a probabilidade de o Tribunal vir a sancionar atos irregulares cometidos.

Não se trata, portanto, de prognosticar qual o melhor prazo para o controle mais efetivo, o mais justo no sentido material ou o que favorece a comunidade como um todo na punição de atos irregulares – argumentos de política que devem ter lugar no mundo da criação de uma nova legislação, no qual existe discricionariedade e liberdade para escolhas particulares⁸. Ao invés disso, é necessário que se busque, no sistema jurídico, o que o ordenamento constitucional e legal apresenta como resposta para a questão.

Além do mais, ao cotejar um problema com as diversas regras e princípios jurídicos incidentes, o julgador encontra-se vinculado à solução que emerge do sistema, não gozando de liberdade e conveniência para escolher a opção que mais lhe agrada.⁹

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 257.

8 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 26.

9 ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 175.

3 - PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO E IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

A respeito do instituto da prescrição, assunto que não raro gera incisiva confusão é a distinção entre a prescribibilidade da pretensão punitiva do Estado e a prescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Antes de prosseguir, convém tecer considerações elucidativas sobre essa distinção, de modo a precisar sobre qual peculiaridade desse assunto, em específico, se concentrou o julgamento do TCU.

A confusão entre o tema da prescrição da pretensão punitiva do Estado e o da prescrição das ações de ressarcimento ao erário tem origem na nebulosa redação que o Constituinte deu ao art. 37, §5º do texto constitucional, o qual dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

O dispositivo, há muito, vem dando espaço a questionamentos, podendo ser discutido por partes. Um dos primeiros questionamentos objeto de discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi a respeito da natureza dos ilícitos que causem prejuízo ao erário que estariam submetidos à imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

Naquela ocasião, que teve lugar no julgamento do RE 669.069/MG, o STF fixou tese de repercussão estabelecendo que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.”¹⁰ Frise-se: adotando uma postura restritiva, a decisão se referiu única e exclusivamente a ilícitos de natureza civil que prejudiquem o Erário. Nada foi decidido acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento nos ilícitos de natureza administrativa ou penal que causem esse mesmo prejuízo.

Pendente essa última questão, o STF só foi se debruçar sobre ela no julgamento do RE 852.475/SP, interposto em ação de improbidade administrativa que pleiteava a aplicação, aos réus, ex-servidores públicos, das sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669.069 MG. Plenário. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309826252&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 10 Mar. 2019.

Administrativa), inclusive o ressarcimento de danos ao erário, por terem sido acusados de realizarem fraude a certame licitatório.¹¹

Neste caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia dado provimento ao recurso de apelação do ex-servidores, reformando em parte sentença que julgara parcialmente procedente o pedido da ação de improbidade, para reconhecer a ocorrência de prescrição quanto aos réus, tendo em vista que, conforme se extrai da ementa do julgado, “A lei Federal 8.112/90 dispõe que a ação disciplinar prescreve em 5 (cinco anos) quanto às infrações puníveis com demissão (inciso I), sendo que o prazo prescricional começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido (§1º)”¹², e, como se tratava de infração praticada em 1995, tendo sido a ação de improbidade proposta apenas em 2001, estaria prescrita a pretensão punitiva do Estado naquela hipótese.

É no desacerto dessa decisão que reside, justamente, a distinção objeto deste tópico. O argumento suscitado pelos recorrentes, e acatados ao final pelo STF, foram no sentido de que muito embora pudessem ser consideradas prescritas as penas previstas na Lei 8.429/92, esta prescrição não alcançaria a penalidade de ressarcimento ao erário. Isto porque, não obstante a nebulosa redação do art. 37, §5º, dela se extrairia dois comandos claros: o primeiro, da prescritibilidade dos ilícitos administrativos praticados pelos agentes públicos (extraído da primeira parte do artigo), e o segundo, da imprescritibilidade das ações de ressarcimento (extraído da ressalva ao final do artigo).

No julgamento, o STF fixou tese de repercussão geral, proposta pelo Min. Edson Fachin, nestes termos: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”¹³

Ou seja, em um primeiro momento, o texto constitucional foi expresso em prever os prazos de prescrição para ilícitos civis ou penais praticados por agentes públicos que gerem prejuízo ao erário. E, em um segundo momento, o texto decota de tal comando as ações de ressarcimento, tornando-as, dessa maneira, imprescritíveis. Em síntese, insiste-se: uma coisa é

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852475/SP*. Plenário. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em <:http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15339769948&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 10 Mar. 2019.

12 Op. cit. *RE 852475/SP...*, p. 4.

13 *Ibid.* p. 54.

a prescrição incidir sobre as sanções contra infrações administrativas e penais previstas pela Lei 8.429/92 que prejudiquem os cofres públicos, o que decorre da expressa previsão contida na primeira parte do art. 37, §5º da Constituição Federal, outra, totalmente diversa, seria essa prescrição incidir sobre a pretensão de ressarcimento dos cofres públicos, situação esta expressamente vedada pela ressalva feita ao final daquele dispositivo, que reveste de imprescritibilidade tal pretensão.

Assim exposto, podemos passar adiante. No julgamento realizado no TCU que constitui o objeto desta pesquisa, o debate se limitou apenas à primeira parte do dispositivo do art. 37, §5º: pretendeu-se definir se a pretensão punitiva do Estado (materializada, neste caso, no poder sancionatório do TCU) se submeteria à reserva legal ali prevista (“a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário), e, caso fosse respondida positivamente a essa questão, a que prazo prescricional estaria sujeito o TCU.

4 - POSIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Sendo assim, convém elencar e esclarecer os contornos das posições que já foram aventadas como soluções do sistema jurídico para o problema acerca da prescrição da pretensão punitiva do Estado nos temas que de competência do TCU (as quais, resumidamente, se consolidam em três teses: a) a imprescritibilidade da pretensão punitiva, b) prazo prescricional de cinco anos e c) prazo prescricional de dez anos), a fim de verificar por qual motivo e qual dentre elas é a solução que emerge do sistema.

Foi em sede de incidente de uniformização de jurisprudência (TC nº 030.916/2015-7), que resultou no Acórdão 1441/2016¹⁴, que os ministros do TCU enfrentaram definitivamente a questão da prescrição da pretensão punitiva nos temas de competência do tribunal. Nesse julgado encontram-se as razões que fundamentam cada uma das teses supracitadas, as quais, nele colhidas, doravante passamos a analisar.

14 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1441/2016*. Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=30926&p2=2015&p3=7>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

4.1 - Tese da imprescritibilidade

A tese da imprescritibilidade se fundamenta na ideia de que a Constituição Federal, em sua própria literalidade, seria suficiente para solucionar o problema.

Dispõe o art. 37, §5º da Constituição Federal que “*A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*” (grifamos).

De acordo com essa tese, o Constituinte teria, de forma expressa e inequívoca, estabelecido que as regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituiriam matéria de estrita reserva legal. E, não obstante, até hoje o Poder Legislativo não teria editado lei formal regulamentando a reserva legal, de modo que, nesse caso, inexistiria qualquer prazo prescricional para o poder sancionador do TCU.

Essa posição, por sua vez, defronta a tese da prescrição quinquenal – adiante explanada –, cujo prazo é fixado por meio de analogia com outras normas de direito público. Isso porque a reserva legal vincula o TCU à observância de lei formal para a fixação do prazo prescricional, repelindo, assim, a utilização da ferramenta da analogia ou de qualquer outro mecanismo de exegese da lei que objetive realizar o mesmo. É dizer: embora inexista lei formal a suprir a reserva legal do art. 37, §5º, não se poderá fazê-lo utilizando a analogia, se o Constituinte foi expresso em sua opção pela lei formal.

Assim preleciona José Afonso da Silva, citando Christian Starck, para quem “Tem-se, pois, reserva de lei quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas”.¹⁵

Destaque-se que a norma que se extrai desse raciocínio respalda-se, por sua vez, em julgados do Supremo Tribunal Federal que, embora versem sobre casos distintos, apresentam uma solução semelhante, como o apontou o Ministro Walton Alencar.¹⁶

15 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 422

16 Op. Cit. Acórdão 1441/2016... p. 5.

Na parte de seu voto referente à preliminar de imprescritibilidade, o Ministro Walton Alencar colaciona julgado do STF onde foi determinado que “a estipulação de teto remuneratório por meio de decreto do Poder Executivo viola o princípio constitucional da reserva legal” (RE 583784 AgR, Rel. Dias Toffoli), e outro onde se aponta que “alterações das serventias, presentes os citados fenômenos, pressupõem lei em sentido formal e material, não cabendo disciplina mediante resolução de tribunal de justiça” (ADI 4657 MC/DF, Rel. Marco Aurélio), para, cotejando-os, concluir que “não poderia o Tribunal de Contas da União autolimitar-se, no seu indeclinável encargo constitucional de controle externo, fixando, *sponte propria*, parâmetros incondizentes com a legitimação institucional”, em razão da higidez do procedimento, que respeita o Estado Democrático de Direito e se estrutura a partir da própria Constituição Federal.¹⁷

Além da alegada violação ao procedimento previsto no art. 37, §5º da Constituição Federal, há outros fatores, elencados pelo Ministro Walton Alencar como *obtier dicta* de seu argumento, que corroboram com a tese da imprescritibilidade: i) a usurpação da competência do Congresso Nacional para definir, com a exclusividade que lhe compete, quando e quais regras de prescrição deverão ser veiculadas; e o ii) enfraquecimento do controle externo, uma vez que o próprio órgão encarregado de punir os administradores que eventualmente malversarem recursos públicos estaria decidindo não fazê-lo com base em regras de prescrição que ele próprio estaria fixando.

4.2 - Tese da prescrição quinquenal

A tese da prescrição quinquenal, por sua vez, se funda na ideia de que a Constituição Federal deve ser lida de modo a se conferir maior efetividade possível a suas regras e princípios, razão por que interpretar que a falta de lei expressa tornaria o poder sancionador imune à passagem do tempo – como pretendia a tese da imprescritibilidade – não se coaduna com uma série de princípios constitucionais, como, por exemplo, a segurança jurídica, a eficiência administrativa, o devido processo legal, entre outros.

17 Ibid. p. 6.

Por essa razão, como expõe o Ministro Benjamin Zymler nos fundamentos de seu voto, “a ausência de previsão legislativa acerca do prazo prescricional aplicável às sanções do TCU não significa o silêncio eloquente do legislador, a ponto de justificar a imprescritibilidade das sanções aplicadas em processos de controle externo”.

Assim também leciona o Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, para quem “o fato de não haver uma norma dispondo especificamente acerca do prazo prescricional, em determinada hipótese, não confere a qualquer pretensão a nota de imprescritibilidade.” Nesse caso, “caberá ao intérprete buscar no sistema normativo, em regra através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável.”¹⁸

Acolhendo a supracitada recomendação, a tese da prescrição quinquenal tenciona encontrar uma solução para o problema por meio da integração jurídica, assumindo, diversamente da tese da imprescritibilidade, que o poder-dever sancionador do TCU deve, sim, se submeter a uma limitação temporal, sob pena de se violar a segurança jurídica, a celeridade processual, o devido processo legal e a razoabilidade.

De acordo com essa tese, a perda do poder punitivo poderia ser extraída, por meio da ferramenta da analogia (art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB), de normas reguladoras do próprio Direito Público, especificamente do Direito Administrativo. Buscando dar concretude aos princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, o raciocínio que informa essa tese julga mais acertada a solução do prazo de cinco anos por ser esse o período temporal para a prescrição que prepondera no conjunto de normas de Direito Público existentes.

Essa posição, vale lembrar, se investe da lição de Karl Larenz sobre a analogia, segundo a qual, se o intérprete pretende “conhecer que elementos da hipótese legal regulada na lei são importantes para a valoração legal, e porque é que o são, é preciso recorrer aos fins e ideias fundamentais da regulação legal, à *ratio legis*”.¹⁹

Cite-se, como exemplo da preponderância desse prazo nas normas de Direito Público, o i) Decreto 20.910/1932, que fixa o prazo de cin-

18 BARROSO, Luis Roberto. *A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30/1/2014

19 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 541-542.

co anos para a cobrança de dívidas passivas dos entes federados; a ii) Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), cinco anos para a cobrança de crédito tributário; iii) Lei 8.112/1990, cinco anos para a ação disciplinar contra servidor público que culmine a pena de demissão; iv) Lei 6.838/1980, cinco anos para a sanção disciplinar de profissional liberal, aplicada por órgão profissional competente; v) Lei 8.429/1992, cinco anos para as ações destinadas à aplicação das sanções nela expressas; vi) Lei 9.873/1999, cinco anos para a pretensão punitiva da administração pública federal no exercício do direito de polícia; vii) Lei 12.529/2011, cinco anos para as ações punitivas da administração pública federal que objetivem apurar infrações da ordem econômica; viii) Lei 12.846/2013, cinco anos para a responsabilização administrativa e civil pela prática de atos contra a administração pública; e ix) Lei 9.784/1999, que fixa em cinco anos o prazo da Administração para anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários.

Não se pode olvidar, ainda, que a Lei Orgânica do TCU estabelece o mesmo prazo para o Ministério Público apresentar de ofício recurso de revisão contra as decisões proferidas pelo Tribunal e que o Poder Judiciário reconhece, pacificamente, a incidência do prazo prescricional de cinco anos às multas aplicadas pelo TCU.²⁰

Dessa forma, embora as regras jurídicas listadas se refiram a matéria diversa da atividade de controle externo exercida pelo TCU, observa-se que o prazo de cinco anos parece ser paradigmático para o Poder Público, denotando, nas palavras do Ministro Benjamin Zymler, que encabeçou a tese no TCU, “uma incontestável inclinação do Direito Público no sentido de fixar o prazo prescricional de cinco anos para a aplicação de sanções aos administrados e para a União ser cobrada pelas suas dívidas.”²¹

Considerando, portanto, tratar-se de um problema específico da seara do Direito Público, dentro do qual, ainda que por meio da analogia, é possível encontrar uma solução para a limitação temporal do poder sancionador do TCU, a tese da prescrição quinquenal afastaria, assim, a tese da prescrição decenal – adiante explanada –, julgando-a inadequada por precisar se socorrer do Direito Privado para encontrar uma solução,

20 Op. Cit. Acórdão 1441/2016... p. 26.

21 Op. Cit. Acórdão 1441/2016... p. 24.

quando este só deveria ser aplicado às relações de cunho eminentemente privado e apenas de forma supletiva (casos de verdadeiras omissões) aos processos de controle externo.

4.3 - Tese da prescrição decenal

A tese da prescrição decenal, por sua vez, se justifica pelo enquadramento do art. 205 do Código Civil na previsão constitucional da primeira parte do art. 37, §5º da Constituição Federal, segundo a qual “a lei estabelecerá os prazos de prescrição”.

Haja vista que a tese da prescrição decenal se sagrou vencedora no julgamento do TCU, pacificando, pelo menos por enquanto, a controvérsia da limitação temporal ao poder sancionador do tribunal, dedicamo-la, adiante, um tópico autônomo, com vistas a elucidar melhor todos os contornos jurídicos que sustentam sua solidez.

5 - TESE DA PRESCRIÇÃO DECENAL: A SOLUÇÃO QUE NASCE DO SISTEMA

O Constituinte originário houve por bem relegar a matéria de estrita reserva legal a fixação do prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva do Estado. É o que dispõe o art. 37, §5º do texto da Constituição Federal. E o Poder Legislativo, por sua vez, ao aprovar o Código Civil de 2002, definiu, no art. 205, que “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Assim, a decisão do poder constituinte consubstanciada em destinar ao legislador – e só a ele – o estabelecimento do prazo prescricional, ao que parece, materializou-se diretamente na aprovação do art. 205 do Código Civil. Uma leitura mais atenta desse dispositivo revela que o prazo de dez anos deverá ser aplicado a dois tipos de situações: quando houver lei estabelecendo prazo maior e quando não houver lei, enquadrando-se, na segunda, o tema da prescrição do poder sancionador do TCU. Isto é, como o legislador não fixou qualquer prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva do TCU a ela deve se aplicar o prazo prescricional geral de dez anos.

Vistas por esse ângulo, estão perfeitamente expressas duas vontades da mais alta legitimidade no quadro de um Estado Democrático de Direito: uma do Poder Constituinte, de atribuir unicamente ao legislador a decisão sobre o prazo prescricional aplicável (art. 37, §5º, p. parte, CF/88); e outra do legislador, de definir que, na ausência de lei específica, vigora o prazo geral de dez anos (art. 205, CC/02).

5.1 - A inadequação da prescrição quinquenal em face da tese da prescrição decenal

Ora, se a reserva legal do art. 37, §5º da Constituição foi suprida pelo legislador no art. 205 do Código Civil, a tese da prescrição quinquenal fica prejudicada.

Em primeiro lugar, porque a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que a analogia será utilizada pelo juiz “quando a lei for omissa”, o que não é o caso, tendo em vista a previsão do art. 205 do Código Civil.

Em segundo lugar, porque não parece a mais acertada do ponto de vista dogmático a oposição entre o público e o privado estabelecida com a finalidade de afastar a incidência da regra decenal, da qual se vale a fundamentação que ampara a tese da prescrição quinquenal. O alcance da parte geral do Código Civil não se limita às relações privadas, encerrando, na verdade, regras que conformam uma verdadeira “Teoria Geral do Direito”. Essa, aliás, é a lição de Maria Helena Diniz, a seguir transcrita:

Apesar de haver objeções à (...) inclusão [da parte geral] no Código Civil, grande é sua utilidade por conter normas aplicáveis a qualquer relação jurídica. Deveras, o direito civil é bem mais do que um dos ramos do direito privado; estabelece os parâmetros de todo ordenamento jurídico e engloba princípios ético-jurídicos de aplicação generalizada e não restritiva às questões cíveis. (...) É na Parte Geral que estão contidos os preceitos normativos relativos à prova dos negócios jurídicos, à noção dos defeitos dos atos jurídicos, à prescrição e à decadência, institutos comuns a todos os ramos do direito. Eis por que Planiol, Ripert e Bulanger sustentam que o direito civil continua sendo o direito comum, compreendendo normas atinentes às relações de ordem privada, generalizando

conceitos fundamentais utilizados, frequentemente, por juspublicistas.” (grifos nossos)

É dizer, as normas contidas na Parte Geral do Código Civil se aplicam a quaisquer relações jurídicas, orientando o ordenamento jurídico como um todo. Como lembra Caio Mário da Silva Pereira, “Não há cogitar, porém, de dois compartimentos herméticos, incomunicáveis, estabelecendo uma separação total e absoluta das normas públicas e das normas privadas.”²² A jurisprudência está repleta de casos em que os operadores do direito recorrem às disposições do Código Civil em busca do conceito e do sentido de institutos aplicáveis a qualquer âmbito do direito, a exemplo das disposições concernentes às pessoas jurídicas, ao domicílio, ao regime de bens, entre outros.

Também não é de hoje que os tribunais determinam a desconsideração da personalidade jurídica com fundamento no art. 50 do Código Civil e o princípio da boa-fé objetiva com base no mesmo código, além de todas as normas atinentes aos negócios jurídicos. Além disso, não se pode olvidar a relevância da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, que, embora desenvolvida no seio da doutrina de Direito Civil, alcança e influencia todos os ramos do direito, inclusive a teoria do ato administrativo.²³

5.2- A inadequação da tese da imprescritibilidade em face das demais teses

Nessa linha, convém destacar que a lógica que orienta a tese da prescrição decenal é também excludente daquela que informa a tese da imprescritibilidade.

De acordo com o art. 37, §5º da Constituição Federal, “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*” (grifei).

Com base na ressalva final do dispositivo, como explicitado no início deste trabalho, prevaleceu o entendimento de que as ações de ressarcimen-

22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11.

23 Op. Cit. p.74.

to são imprescritíveis, mas não a punição decorrente dos ilícitos praticados pelos agentes. Uma coisa é a prescrição das ações de ressarcimento – que sequer representa sanção²⁴; outra, é a prescrição da pretensão do TCU de, efetivamente, sancionar o agente por ilicitudes.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou como regra a prescritebilitade das ações. Isso porque, tendo em vista a incidência do princípio da segurança jurídica, da estabilidade social e da previsibilidade sobre os comportamentos humanos em geral, a Constituição Federal houve por bem elencar, de maneira expressa, quais pretensões estão resguardadas contra a passagem do tempo: o art. 5º, incisos XLII (prática do racismo) e XLIV (ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático) e a parte final do art. 37, §5º (ações de ressarcimento por prejuízo ao erário).

Não obstante, no julgamento do TC 030.926/2015-7 foi suscitada a tese da imprescritebilitade, embora defendesse não exatamente uma imprescritebilitade de modo geral (como se decorresse de alguma norma específica do ordenamento), mas uma impossibilidade de reconhecimento de qualquer prescrição, dada a ausência de lei que suprisse a reserva legal estabelecida pelo art. 37, §5º da Constituição Federal.

Não ignoramos que a omissão de regra adstrita à reserva legal não pode ser suprida diretamente mediante acórdão. O texto constitucional é bastante pontual com os casos em que deixa a cargo do Congresso Nacional, no exercício da função legislativa, densificar as regras nele estabelecidas. Além disso, a separação dos poderes impede que outros órgãos ocupem tais atribuições, ainda que os motivos alegados sejam os mais nobres²⁵, erguendo-se, ainda, em favor dessa posição, o princípio da conformidade funcional, vetor interpretativo que orienta o hermeneuta a extrair da norma aquele sentido que melhor preserve a repartição de funções constitucionalmente estabelecida.²⁶

No entanto, não parece que a tese, embora intente preservar o princípio da separação dos poderes, conduza à imprescritebilitade, uma vez

24 Op. cit. RE 852. 475, p. 134.

25 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. In: CANOTILHO, Gomes J. J. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 148

26 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p.33

que essa solução ofenderia diversos princípios que incidem no problema em questão, a exemplo do devido processo legal, da eficiência administrativa e, sobretudo, da segurança jurídica – o que, como um todo, implicaria em violação ao princípio da máxima efetividade da Constituição.

Postula o referido princípio que o intérprete, quando confrontado com interpretações alternativas e plausíveis, deverá assumir um compromisso com a efetividade do texto constitucional e “prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.”²⁷

Nesse sentido, ao tempo em que elege a separação dos poderes como princípio fundamental (art. 2^a, CF/88), a Constituição também obriga a se dar efetividade aos direitos fundamentais, dentre eles, o da segurança jurídica. Ressalta-se que, reconhecida a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, tais garantias.

“não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”²⁸

Destaque-se, ainda, que esse aspecto objetivo dos direitos fundamentais, tem a aptidão de “comunicar-lhes, também, uma eficácia irradiante, o que os converte em diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito”.²⁹

Dessa forma, não parece, do ponto de vista da hermenêutica constitucional, que a melhor solução passe por deixar que os agentes fiquem indefinidamente com a espada de Dâmocles pairando sobre sua cabeça, aguardando o dia em que o Estado deixe sua inércia e resolva exercer

27 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, p. 6

28 SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 139.

29 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 139.

sua pretensão punitiva. Tal solução, convém destacar, equivaleria a considerar razoável que, no fim da vida, as pessoas guardassem pilhas de documentos sob o constante risco de serem eventualmente punidas por irregularidades que tenham cometido – ou não, o que é ainda pior – há trinta ou quarenta anos.

Na hipótese, apresenta-se um conflito entre bens constitucionalmente protegidos: um princípio fundamental (separação dos poderes) e um direito fundamental da mais alta hierarquia axiológica (segurança jurídica). Sendo assim, o princípio da interpretação da concordância prática ou da harmonização impõe que se busque a solução que melhor coordene e combine tais bens em colisão de modo a evitar o sacrifício total de qualquer deles em relação ao outro, como leciona Konrad Hesse:

Onde surjam colisões, não se pode, mediante uma “precipitada ponderação de bens” (vorschneller Güterabwägung) ou muito menos uma “abstrata ponderação de valores” (abstrakter Wertabwägung), realizar um (bem jurídico constitucionalmente protegido) a custa do outro”³⁰

Assim, observando-se os princípios de interpretação constitucional mencionados (princípio da conformidade funcional, princípio da máxima efetividade da Constituição e princípio da concordância prática ou harmonização), não parece ser a solução mais adequada a adoção da tese da imprescritibilidade, senão uma daquelas que submetem o exercício da pretensão punitiva do TCU a um prazo prescricional, que, como foi visto, parecer já ter sido fixado pelo legislador do Código Civil em dez anos.

5.3 - Início da contagem do prazo prescricional

Definido o prazo prescricional para a pretensão punitiva do TCU nos processos de sua competência, restou definir o momento de início de sua contagem. Neste ponto, a Corte se dividiu entre duas correntes: uma que recomendava a contagem a partir do momento em que o tribunal tivesse conhecimento dos fatos; e outra que recomendava a contagem a partir da prática do ato, sendo esta última a que

30 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 28.

se sagrou vencedora.

Isso porque, não parece razoável considerar – como faz a primeira corrente – que a prescrição não corra até o conhecimento dos fatos pelo TCU, o que pode se dar indefinidamente (por exemplo, se o tribunal nunca vier a fiscalizar aqueles atos). Essa posição colocaria o agente à mercê do comportamento do tribunal, só tendo suas expectativas estabilizadas se seus atos viessem a ser efetivamente fiscalizados pela Corte.

Não é difícil vislumbrar que essa linha de interpretação estimularia que pilhas de documentos fossem protocolados diariamente no TCU, provenientes de gestores ansiosos por “dar conhecimento” ao tribunal de seus atos para que possam, um dia, descansar quanto ao risco de serem interpelados sobre seu comportamento passado.

Dê-se como exemplo desse risco a fiscalização do TCU nas obras de Angra 3. Em 2009, o tribunal fiscalizou as obras referidas, que retomavam contrato pactuado ainda no ano de 1983. Considerando que até então o tribunal nunca tinha vistoriado a obra, não parece razoável, dentro de um quadro de proteção aos direitos fundamentais, que os agentes responsáveis pela elaboração dos projetos de engenharia fossem questionados e eventualmente apenados por atos praticados há mais de 25 anos.

Aparenta de todo incompatível com a noção de Estado Democrático de Direito o convívio com uma ofensa de tal monta à estabilidade e à segurança jurídica. Permitir que o tribunal exercesse seu poder punitivo sobre os agentes da situação acima descrita seria, em verdade, admitir uma “imprescritibilidade disfarçada”. Tal conduta seria completamente incoerente sob a perspectiva de um ordenamento jurídico no qual até um crime de homicídio teria prescrito após 20 anos da ocorrência do fato.

Relembre-se, nessa altura, a lição de Pontes de Miranda, para quem “o fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida”³¹, hipótese que dá contornos ainda mais dramáticos à situação.

Interpretando o art. 189 do Código Civil, o qual dispõe que “A pretensão nasce a partir da violação do direito e se extingue pela

31 Op. cit. p. 100.

prescrição”, o Ministro Walton Alencar Rodrigues entendeu, no julgamento do TC 030.916/2015-7, que o prazo prescricional começa a correr a partir da ciência da violação do direito por parte de seu titular, sugerindo que o titular do direito em questão fosse o TCU. No entanto, como destaca o Ministro Bruno Dantas, em verdade, “o titular do direito de punir é o Estado, enquanto o tribunal é apenas um instrumento para o exercício de tal pretensão.”³²

Ora, nas relações submetidas à jurisdição do tribunal, a União pode se fazer presente de diversas maneiras, e não apenas quando a Corte toma conhecimento do fato. Um contrato administrativo, por exemplo, está sempre sob fiscalização do órgão contratante, e um convênio, sob a supervisão do conveniente. Além do mais, a jurisdição do TCU pode alcançar todos esses atos independentemente de provocação.

A hipótese mais próxima é a de um delito criminal, cujo início da prescrição não precisa aguardar o conhecimento do Estado: “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr do dia em que o crime se consumou” (Código Penal, art. 111, inciso I), pois é quando nasce o *ius puniendi*. O Ministério Público não tem seu prazo relevado se a culpa da inércia estatal couber ao responsável pelo inquérito policial: quem tem a pretensão fulminada pela prescrição é o próprio Estado.

Evidentemente, a primeira corrente se sensibiliza com o risco de que a ação de controle externo fique condicionada à celeridade administrativa dos gestores envolvidos com o objeto de controle. E a segunda corrente não deixa de fazê-lo, todavia, o faz considerando um elemento que aquela não prestigia: a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, aqui materializados, sobretudo, no princípio da segurança jurídica.

Ainda que fosse esse o problema – a inércia do gestor –, e a prescrição, de fato, viesse a se operar em virtude de culpa ou dolo no atraso do encaminhamento das informações ao TCU, caberia punição ao gestor omissor com base, por exemplo, no art. 74, §1º, da Constituição Federal e arts. 8º, caput e 51 da Lei Orgânica do TCU.

Dessa forma, ao que parece, a perspectiva que busca assegurar o direito à segurança jurídica e à estabilidade social deve prevalecer

32 Op. Cit. *Acórdão 1441/2016...* p. 67.

sobre aquelas que buscam preservar o poder indefinido de punir do Estado em detrimento desses direitos, de modo que, na hipótese, a posição mais razoável que se impõe é aquela que fixa o início da contagem do prazo prescricional a partir da data de prática do ilícito sancionado.

6. CONCLUSÃO

Como foi visto, a decisão objeto do trabalho fixou um limite temporal ao exercício da pretensão punitiva do TCU, em detrimento da preservação indefinida do poder de punir estatal nessa situação, apesar do risco de que eventual omissão ou lentidão do agente público possa levar ao escoamento do prazo sem a penalização do agente.

Isso porque, ao cotejar um problema com as diversas regras e princípios jurídicos incidentes, o julgador encontra-se vinculado à solução que emerge do sistema, não gozando de liberdade e conveniência para escolher a opção que mais lhe agrade. É dizer: argumentos de política, como a manutenção indefinida do poder sancionador do TCU por razões pragmáticas (arguidos na tese da imprescritibilidade), não podem ter lugar nessa altura do jogo, senão no momento de elaboração das normas, cuja atribuição é do Congresso Nacional. E de igual maneira, tendo essa Casa Legislativa já exercido sua função legiferante e estabelecido, com o fez no art. 205 do Código Civil, o prazo prescricional geral de dez anos para as hipóteses em que a lei não tenha fixado prazo menor, torna-se incabível se socorrer da analogia (como pretendeu a tese da prescrição quinquenal) para encontrar uma norma para o caso, uma vez que já não resta qualquer lacuna na legislação a justificar o recurso à integração jurídica.

Também buscando prestigiar a segurança jurídica que, complementando a tese da prescrição decenal, se sagrou vencedora a corrente que recomendou fosse a contagem do prazo iniciada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, em detrimento daquela que a fixava a partir do conhecimento dos fatos pelo TCU. Isso porque, caso o tribunal optasse pela segunda corrente, estaria chancelando uma “imprescritibilidade disfarçada”, pois daria abertura para que ilícitos praticados há dez, vinte, trinta anos, viessem a ser,

um dia, ao sabor do tribunal, repentinamente punidos.

Por essas razões, a prescrição decenal, aliada a contagem do prazo a partir da prática do ato ilícito, ao que tudo aponta, é a que mais se ajusta ao modelo constitucional eleito pelo Constituinte, tanto por dar a máxima efetividade possível às normas da Constituição Federal, como por assinalar a importância da segurança jurídica como um valor intrínseco e estruturante do próprio Estado Democrático de Direito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30/1/2014

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669.069 MG. Plenário. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309826252&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 Mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 852475/SP. Plenário. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15339769948&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 Mar. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1441/2016*. Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=30926&p2=2015&p3=7>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 4. ed. Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000. p. 27 apud. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 101.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. In: CANOTILHO, Gomes J. J. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PUNIÇÃO CORPORAL JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS? LIÇÕES DA LEI CRIMINAL ISLÂMICA PARA CURAR AS DOENÇAS DO ENCARCERAMENTO DE MASSA

JUDICIAL CORPORAL PUNISHMENT IN THE UNITED STATES?! LESSONS FROM
ISLAMIC CRIMINAL LAW FOR CURING THE ILLS OF MASS INCARCERATION

*Mohamed A. Arafa¹ e Jonathan G. Burns²
Traduzido por Víctor Minervino Quintiere³*

Resumo: No final do ano de 2012, a população carcerária adulta nos EUA (que compreende indivíduos em liberdade condicional e em presídios) somava 6,94 milhões de pessoas, o equivalente a 1 em cada 35 adultos norte-americanos. Esses números representam a maior taxa de encarceramento do mundo. Além desses números altos, o sistema prisional dos EUA é: 1) caro, devido às grandes despesas estaduais e federais necessárias; e 2) ineficaz. Este artigo se propõe a analisar a política de punição corporal por ordem do Judiciário e como ela pode ajudar a reduzir os custos econômicos e sociais do encarceramento, que é a principal forma de se penalizar no sistema criminal da nossa sociedade. Faremos isso em quatro Partes. A Parte II examinará os cinco propósitos universais da punição, propondo uma definição de punição corporal judicial. A Parte II também trará uma análise comparativa da punição corporal judicial nos sistemas legais islâmico e norte-americano. A Parte III traz uma análise subjetiva dos autores a respeito do tema, primeiramente, admitindo as desvantagens do castigo corporal judicial tal qual implementado no direito penal islâmico, chegando à conclusão de que essa forma de punição é superior ao modelo predominante nos EUA. A conclusão a que se chega na Parte III é fundada em três argumentos principais, que mostram que o sistema que utiliza o castigo corporal judicial é mais eficaz, menos custosa e mais compassiva que o status quo do encarceramento.

Palavras-chaves: Sistema penitenciário dos EUA; Encarceramento; Castigo corporal judicial; Direito Islâmico.

1 Assistant Professor of Law, Alexandria University Faculty of Law (Egypt); Visiting Adjunct Professor of Law, Indiana University Robert H. McKinney School of Law at Indianapolis and Cornell Law School. Visiting Professor of Law, University of Brasília Faculty of Law, S.J.D., Indiana University McKinney School of Law (2013); LL.M., University of Connecticut School of Law (2008); LL.B., Alexandria University Faculty of Law (2006). Any errors are all mine. For comments or questions please contact the author at marafa@iupui.edu.

2 J.D., Universidade de Indiana, Robert H. McKinney School of Law (2014); B.A., Universidade Evangel (2010). O Sr. Burns é Associado do escritório internacional de advocacia Dentons, em Riyadh, Reino de Arábia Saudita, e é o autor de INTRODUÇÃO AO DIREITO ISLÂMICO: PRINCÍPIOS DE CIVIL, CRIMINAL, E LEI INTERNACIONAL SOB O SHARĪ'A (2013). Os autores desejam agradecer Ahmad ElAshry por sua gentil assistência na condução de pesquisas para este artigo.

3 Doutorando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor de Direito Penal no Centro Universitário de Brasília-UniCEUB. Professor de Direito Penal na Escola Superior da Advocacia na Ordem dos Advogados do Distrito Federal – OAB.DF. Membro efetivo do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF. Sócio no escritório Bruno Espiñeira Lemos & Quintiere Advogados. E-mail para contato: victor.quintiere@ceub.edu.br

Abstract: At year-end 2012, the entire adult correctional population in the U.S. (consisting of individuals on probation, parole, or in prison or jail) consists of 6.94 million people, equivalent to about 1 in 35 U.S. adults. Unsurprisingly, these numbers represent the highest incarceration rate in the world. In addition to these high numbers, the U.S. system of incarceration is both: 1) expensive (due to the large state and federal expenditures required); and 2) lacking in efficacy. The purpose of this article, therefore, is to provide taxpayers and policymakers with information about the objective policy behind judicial corporal punishment and how it could help to significantly reduce the huge economic and social costs which incarceration as a preferred form of criminal punishment has levied on our society. This will be achieved in four Parts. Part II examines the five universal purposes of punishment and offers a working definition of judicial corporal punishment. Part II also provides a comparative analysis of judicial corporal punishment in the U.S. and Islamic legal systems. Next, Part III begins the authors' independent subjective analysis, first conceding the drawbacks of judicial corporal punishment as implemented in Islamic criminal law, then coming to the conclusion that, despite the drawbacks, judicial corporal punishment as implemented in Islamic criminal law is superior to the status quo of incarceration in the U.S. Part III's conclusion will be supported by three main arguments showing that judicial corporal punishment as implemented in Islamic criminal law is more effective, less costly, and more compassionate than the status quo of incarceration.

Keywords: US prison system; Incarceration; Judicial corporal punishment; Islamic Law.

“Deus torna alguns corações tão macios que são mais macios que o leite, e Ele torna os outros ainda mais duros do que pedras”⁴

“A prisão é um mistério para todos, exceto para os milhões de pessoas forçadas a viver e trabalhar neste gigantesco sistema de detenção administrado pelo governo. E enquanto nós não olhemos para o que acontece por dentro, nos recusando a considerar alternativas, nada vai mudar”⁵.

PARTE I: INTRODUÇÃO

No final de 2012, aproximadamente 2.312.300 indivíduos foram encarcerados nas celas e prisões dos Estados Unidos por todo o país⁶. Para visualizar isso, considere quase toda Chicago, metade da Irlanda ou toda a Jamaica delimitada por todos os lados por muros da prisão.

Este número, por maior que seja, representa apenas indivíduos adultos que estão sob custódia física; não inclui jovens e adultos que estão no sistema, mas não na cela ou prisão. A população correcional adulta inteira (composta por indivíduos em liberdade condicional, liberdade condicional ou na prisão) representa 6,94 milhões de pessoas, o equivalente a cerca de 1 em cada 35 adultos ou, ainda, 2,9% de toda a população adulta nos Estados Unidos⁷.

Surpreendentemente, esses números representam o maior encarceramento no mundo⁸. Há, nesse contexto, 716 indivíduos encarcerados a cada 100.000 cidadãos. A população total de prisioneiros presente nos Estados Unidos se sobressai quando comparada com a de todos os outros - incluindo China, Rússia e Cuba⁹.

Para dizer o mínimo, o custo de moradia, alimentação, roupas, supervisão, prestação de cuidados médicos e a manutenção desses indivíduos não é barato. No nível federal, os orçamentos anuais das prisões excederam recentemente US \$ 6,5 bilhões; e o custo anual por recluso

4 ADIL SALAHI, MUHAMMAD: MAN AND PROPHET 259 (1995).

5 PETER MOSKOS, IN DEFENSE OF FLOGGING 5 (2011).

6 Press Release, Bureau of Justice Statistics, Total U.S. Correctional Population Declined in 2012 for Fourth Year (Dec. 19, 2013), <http://perma.cc/FR49-X55S>.

7 Id.

8 ROY WALMSLEY, INT'L CTR. PRISON STUDIES, WORLD PRISON POPULATION LIST 1 (10th ed. 2013), available at <http://perma.cc/AD8V-MFS5>.

9 Id.

varia de US \$ 21.006 para infratores de segurança mínima a US \$ 33.930 para infratores submetidos aos presídios de segurança máxima¹⁰.

No nível estadual, os gastos anuais com correções por estados individualmente considerados estão próximos do total de US \$ 52 bilhões, a maior parte destinada a gastos nos prisões estaduais.

E para agravar ainda mais o problema, indivíduos que entraram no sistema de encarceramento, cumpriram seu tempo e foram libertados tem essencialmente 50% (cinquenta por cento) de chance de entrar no sistema novamente¹¹.

A. Questão

A partir desses fatos, é evidente que o sistema de encarceramento dos EUA é caro (devido às grandes despesas estaduais e federais necessárias) e falta eficácia (devido às altas probabilidades de reencarceramento).

Enquanto isso no sistema de encarceramento é sombrio no sentido econômico, é também social e emocionalmente deprimente. Enquanto a pena de prisão age para proteger a sociedade, separando indivíduos potencialmente perigosos do mundo exterior, referido instrumento separa famílias, remove funcionários de seus empregos e desconecta os jovens, afetando o seu potencial, dos modelos de referência que são os pais e que eles encontrarão na infância.

Diante desse contexto, a punição corporal judicial é a melhor opção ao invés do encarceramento?

10 NANCY LA VIGNE & JULIE SAMUELS, THE GROWTH & INCREASING COST OF THE FEDERAL PRISON SYSTEM: DRIVERS AND POTENTIAL SOLUTIONS 2 (2012), available at <http://perma.cc/9QQ6-UCC9>

11 Um estudo realizado pelo Bureau of Justice Statistics, que acompanhou 272.111 internos em quinze três anos após sua libertação em 1994, constatou que 67,5% dos indivíduos estavam detidos novamente e 51,8% dos indivíduos acabaram de volta na prisão. PATRICK A. LANGAN & DAVID J. LEVIN, RECIDIVISMO DE PRISIONEIROS LANÇADOS EM 1994, em 1, (2002), disponível em <http://perma.cc/PFY5-DQL4>. Um estudo realizado pelo Pew Center on the States, em colaboração com a Associação de Administradores Correcionais do Estado, corroborou amplamente essas estatísticas.

Especificamente, o estudo Pew acompanhou os presos libertados das prisões de todos os Estados em 1999 e 2004. CTR PEW. NOS ESTADOS, nota 10 supra, ponto 2. Após três anos de lançamento, Pew constatou que 45,4 por cento dos indivíduos libertados em 1999 e 43,3 por cento dos libertados em 2004 reencarcerado.

B. Escopo

Existem várias soluções possíveis para curar os problemas da criminalidade, reincidência e encarceramento em massa; punição corporal judicial por si só não é necessariamente a resposta principal¹².

No entanto, a implementação de medidas judiciais punição corporal, até certo ponto, é superior ao status quo de encarceramento nos Estados Unidos. O objetivo deste artigo, portanto, é analisar esta alegação de que o castigo corporal judicial representa um alternativa eficaz, menos onerosa e mais humana ao encarceramento.

Ao avaliar esta afirmação, o artigo foca no exemplo de processos judiciais envolvendo punição corporal, conforme implementado em jurisdições que aplicam referida modalidade de punição.

O escopo da análise aqui é limitado à política, não à prática. Ou seja, os métodos pelos quais a punição corporal judicial é executada não são sondados intrinsecamente, exceto onde necessário.

Além disso, uma escala completa contendo eventual recomendação para revisão do código criminal e / ou sentença, diretrizes de uma determinada jurisdição através da implementação da referida modalidade de punição estão além do escopo deste artigo.

Pelo contrário, o estudo procura fornecer a aqueles que contribuíam e formulam políticas informações sobre a política objetiva por trás do castigo corporal judicial e como isso poderia ajudar significativamente a reduzir os enormes custos econômicos e sociais que o encargo incide sobre a Sociedade americana.

Consequentemente, a Parte II examina os cinco propósitos universais de punição e oferece uma definição prática de punição corporal judicial.

Segue-se uma análise comparativa da punição corporal judicial sob os sistemas legais dos EUA e islâmicos. Aqui, os autores concluem que, enquanto a punição corporal judicial foi de fato eliminada nos Estados Unidos, não é necessariamente proibido pela Oitava Emenda do Constituição dos EUA. A Parte III, por sua vez, examina as

12 Incluindo, por exemplo, descriminalizar certas ofensas não violentas e sem vítimas, avançando legislação destinada a eliminar registros criminais e acabar com a discriminação contra ex-presidiários, ou até despejar mais dinheiro no sistema prisional para oferecer mais programas de reabilitação ou melhorar os programas já disponíveis.

desvantagens do processo judicial. punição corporal conforme implementada pela lei criminal islâmica.

Os autores sugerimos aqui que, apesar de suas limitações, a punição corporal judicial implementado na lei criminal islâmica é mais eficaz, menos oneroso e mais compassivo do que o status quo do encarceramento. Finalmente, a Parte IV conclui discutindo alguns aspectos práticos a serem considerados à luz da questões chocantes enfrentadas neste artigo.

Nenhuma pessoa racional gosta de infligir castigos corporais em qualquer um; o próprio pensamento parece repugnante, atrasado, bárbaro e brutal.

No entanto, enquanto o encarceramento em massa resultar em famílias desfeitas, na diminuição da força de trabalho e encargos cada vez maiores aos contribuintes, a sociedade americana como um todo sofrerá sob um sistema que é repugnante em escala mais ampla.

PARTE II: HISTÓRICO

A. Os cinco propósitos universais da punição

Em um sentido amplo, existem cinco políticas diferentes de punição criminal que se aplicam universalmente a todas as sociedades e sistemas jurídicos¹³; incluem (1) incapacitação, (2) dissuasão, (3) reabilitação, (4) restituição, e (5) retribuição¹⁴. A política de qualquer jurisdição pode ser inspirada em mais de uma teoria da punição.

Incapacitação refere-se à técnica de tornar um criminoso impotente cometer mais crimes¹⁵. Isso pode ser alcançado, por exemplo, por encarceramento, amputação ou execução. A dissuasão refere-se ao objetivo de desencorajar os criminosos e outros indivíduos da sociedade de cometer atos criminosos¹⁶.

13 CYNDI BANKS, CRIMINAL JUSTICE ETHICS 130 (3d ed. 2013).

14 Id. at 114; see also, Kenneth R. Feinberg, The Federal Guidelines and the Underlying Purposes of Sentencing, 10 FED. SENT'G REP. 39, 39 (1997); Albert W. Alschuler, The Changing Purposes of Criminal Punishment: A Retrospective on the Past Century and Some Thoughts about the Next, 70 U. CHI. L. REV. 1, n.1 (2003); John B. Mitchell, Crimes of Misery and Theories of Punishment, 15 NEW CRIM.L.REV. 465, 471, n.4 (2012).

15 BANKS, supra note 13, at 127.

16 Id. at 117.

A dissuasão pode ser alcançada com açoites públicos, encarceramento, multas monetárias e outros meios. Reabilitação refere-se à processo pelo qual são feitas tentativas para ajudar ex-criminosos a entrar na sociedade como cidadãos produtivos¹⁷.

Isso pode ser alcançado, por exemplo, ordenando infratores sejam submetidos a aconselhamento, participem de serviços comunitários ou participem de aulas de treinamento. As teorias de restituição e retribuição são um tanto inter-relacionados. No entanto, o primeiro visa tornar a vítima inteira no despesa do criminoso em sentido material e baseado na propriedade, enquanto o último visa satisfazer um desejo puramente emocional de vingança exata em um¹⁸.

A restituição pode ser alcançada, por exemplo, ordenando que um ladrão devolver bens roubados à vítima ou ordenar um vandalismo para pagar pelo reparo da propriedade danificada da vítima. Retribuição, por outro lado, que procura infligir danos ao criminoso pelos danos causados à vítima¹⁹, pode ser atingido por punições físicas, como açoites.

Cada uma dessas políticas, em um grau ou outro, conte com o apoio de criminosos americanos e islâmicos sistemas legais. Especificamente, as políticas de incapacidade, dissuasão e reabilitação são influências comuns de ambos os sistemas.

B. O que é punição corporal judicial?

O termo “castigo corporal” está sujeito a variadas variações definições baseadas em muitos fatores subjetivos, incluindo normas culturais e valores, experiência pessoal, educação, afiliação religiosa, status social e em breve.

As definições podem ser amplas²⁰ ou estreitas²¹. Para os fins deste artigo, “Castigo corporal” refere-se a um ato afirmativo de dano físico

17 Id. at 125.

18 Id. at 120-29.

19 Id. at 120.

20 Veja, por exemplo, DICIONÁRIO 1353 DA LEI DE BLACK (10a ed. 2014) (definindo o castigo corporal como “Punimento físico; punição infligida ao corpo (incluindo prisão) ”); e Geoffrey Scarre, Castigo Corporal, 6 TEORIA ÉTICA E PRÁTICO MORAL. 296, 297, n.3 (2003) (“[No] sentido amplo, qualquer punição infligida ao corpo deveria causar dor física, desconforto ou lesão conta como “corporal”.

21 Veja, por exemplo, Scarre, nota 20 supra, em 1269 (“[F] ou o termo [punição corporal] a ser aplicado no sentido estrito, a dor ou dano deve ser intencionalmente produzido por um ato de agressão ou agressão.”).

não incluindo morte, risco grave de morte ou falência de órgãos. O termo “judicial” qualifica o ato de punição como aquele devidamente ordenado por um tribunal ou juiz após a oportunidade de um julgamento justo e a prova de culpa além de uma dúvida razoável.

Como ato judicial, a presunção aqui é que a punição está em conformidade com todas as disposições e direitos constitucionais relevantes, incluindo, inter alia, igualdade de proteção da lei, o direito contra a auto-incriminação, o direito de enfrentar interrogar testemunhas eo devido processo legal (tanto material quanto processual). Em outras palavras, o conceito de aplicação judicial corporal punição nos Estados Unidos depende do mais alto nível de justiça fundamental em todas as etapas do processo criminal.

C. Uma análise comparativa: punição criminal nos países islâmico e norte-americano. Sistemas legais

Muitos acadêmicos e estudantes com formação jurídica islâmica frequentemente falta um entendimento básico dos princípios legais fundamentais dos EUA e estruturas.

Seus colegas ocidentais também não possuem um entendimento básico da lei islâmica, suas fontes, regras e razões políticas subjacentes. Enquanto um uma discussão aprofundada dos princípios fundamentais de qualquer sistema legal cai fora do escopo deste artigo²², a breve introdução a seguir aborda seus respectivos métodos de punição, os motivos da implementação (ou falta de implementação) e as aspirações políticas subjacentes.

Esta seção começa com uma análise dos métodos e da política de punição criminal sob o direito penal islâmico. Segue com uma visão geral dos EUA história jurisprudencial e atitudes em relação à punição e conclui com uma análise da política dos EUA sobre encarceramento.

1. Visão geral da punição no direito penal islâmico - métodos e políticas

a. Análise do Crime e Punição no Direito Penal Islâmico

22 Para uma introdução completa aos princípios básicos da lei islâmica em geral, consulte JONATHAN G. BURNS, INTRODUÇÃO AO DIREITO ISLÂMICO: PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL, CRIMINAL E INTERNACIONAL SOB THE SHARI'A 109-29 (2014), que inclui um capítulo que abrange todos os aspectos do direito penal islâmico. Veja também RAJ BHALA, COMPREENDENDO A LEI ISLÂMICA (SHARI'A) (2011).

A lei islâmica criminaliza certo comportamento em três categorias diferentes. Essas categorias consistem em ofensas de Hudud, Qesas e Ta'azir. Portanto, esta seção descreverá essas categorias de crime sob a lei criminal islâmica, suas punições e seus requisitos probatórios.

OFENSAS HUDUD

Hudud (o plural de “Hadd”) são ofensas cujo resultado são sanções legais fixas²³. Os crimes Hudud, portanto, são aqueles que prejudicam os interesses essenciais de uma comunidade islâmica; elas implicam uma grave agressão à paz, ordem e virtude da sociedade²⁴.

Portanto, a punição por crimes de *Hudud* é a mais rigorosa e decisiva na lei criminal islâmica. Consequentemente, ofensas específicas de Hudud, sua punição e circunstâncias atenuantes e agravantes foram fixadas e detalhadas nas disposições do Alcorão²⁵ e da Sunnah²⁶.

Considerando a severidade das penalidades de Hudud, a Lei Islâmica exige que o ofensor seja capaz, agindo por conta própria, livre-arbítrio e, o mais importante, provar-se culpado do crime além de uma dúvida razoável após um julgamento justo. Deve-se notar que a “dúvida” é de importância crucial na aplicação das penalidades de Hudud, como será mostrado mais adiante. Hudud geralmente consiste em quatro infrações acordadas: (1) Al-Zena, (2) Al-Qazf, (3) Al-Sariqah e (4) Al-Haraba²⁷.

23 Taylor Kamel, *The Principle of Legality and its Application in Islamic Criminal Justice*, in THE ISLAMIC CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 149, 163-64 (M. Cherif Bassiouni ed., 1982) (citing AL-MAWARDI, AL-AHKAM AL-SULTANIYYA 219). See also generally MOHAMED S. EL-'AWA, PUNISHMENT IN ISLAMIC LAW—A COMPARATIVE STUDY (2000).

24 Sobre o tema, ver MUHAMMAD ABU ZAHRAH, CRIME E PUNIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA ISLÂMICA (1974).

25 O Alcorão, o livro sagrado dos muçulmanos, é a primeira e principal fonte da lei islâmica na qual a palavra de Deus foi revelada ao Profeta Muhammad (PBUH) verbalmente através do Anjo Gabriel durante um período de 22 anos (610-632 CE). M. Cherif Bassiouni & Gamal Badr, *The Shari'ah: Fontes, Interpretação e Formulação de Regras*, 1 UCLA J. ISLAMIC & NEAR E.L. 135, 150 (2002).

26 A segunda principal fonte da Lei Islâmica é a Sunnah, ou as tradições do Profeta Muhammad (PBUH). A Sunnah é importante para a interpretação dos versos do Alcorão. Eu iria. Ver geralmente NASSER ALI AL-KHOLAIFY, CIRCUNSTÂNCIAS MITIGANTES E AGRAVANTES PARA A PENA DE TA'AZIR NA JURISPRUDÊNCIA ISLÂMICA (1992).

27 AL-KHOLAIFY, nota 26 supra, p. 21. Existem três outras infrações controversas que não são discutidas aqui; estes incluem Shorb Al-Khamr, ou beber vinho; Al-Baghi, ou rebelião contra autoridade legítima; e Al-Ridda, ou apostasia. Etim O. Okon, *Hudud Punições no Direito Penal Islâmico*,

A primeira dessas ofensas, Al-Zena refere-se a fornicação ou adultério. O crime pode ser provado por confissão ou testemunho de quatro testemunhas oculares e é sancionado por açoitamento com cem chicotadas²⁸. Al-Qazf, que significa caluniar ou difamar uma pessoa inocente do crime de fornicação, é punível com chicotadas com oitenta chicotadas.

A penalidade exige que o fornicador acusado exija a aplicação da penalidade ao suposto perjurador²⁹. Al-Sariqah, ou roubo, é sancionado pela amputação da mão. Para que a penalidade seja aplicada, o proprietário deve reivindicar sua propriedade e o objeto roubado deve ter um valor mínimo específico (o que torna o crime um grande roubo e, portanto, punível como um crime de Hudud, enquanto o pequeno roubo é sancionado por Ta'azir, conforme discutido na parte II.C.1.a.iii); completamente possuído e possuído pelo proprietário no momento de seu roubo; e retirado do local habitual de preservação (por exemplo, um carro em uma garagem ou jóias em um cofre)³⁰.

Além disso, o ato de roubar deve ser uma violação ou agressão infligida a cidadãos seguros em seus locais seguros (ou seja, Por fim, o ato só pode ser comprovado por confissão ou testemunho de duas testemunhas oculares³¹.

Al-Haraba, que significa brigando ou espalhando o caos, envolve ameaças ou atos de violência contra os transeuntes. nas vias públicas, que podem ou não envolver assassinato ou furto³². Implica qualquer ato de agressão que aterroriza cidadãos seguros (associados a assassinatos e roubos ou não) incluindo atos de terrorismo³³.

O crime é punível com várias penas graves, incluindo morte, crucificação, amputação dos membros oponentes ou banimento³⁴. Para ser condenado por esse crime, o infrator deve ter usado uma arma e ter agido sem considerar a lei ou a segurança de terceiros³⁵.

10 EUR. SCI. J., n. 14 de maio de 2014, em 227, 229, disponível em <http://perma.cc/X3X2-EU22>.

28 AL-KHOLAIFY, *supra* note 26, at 24.

29 *Id.* at 27.

30 ABU ZAHRAH, *supra* note 24, at 125.

31 AL-KHOLAIFY, *supra* note 26, at 32.

32 *Id.* at 35.

33 ABU ZAHRAH, *supra* note 24, at 143.

34 *Id.* at 146.

35 AL-KHOLAIFY *supra* note 26, at 35.

OFENSAS RELATIVAS À IGUALDADE (QUESAS OFFENSES)

Qesas, que significa “igualdade” ou “equivalência”, refere-se a um crime punível pelo mesmo ato ou a um ato substancialmente semelhante em retaliação pelo dano infligido³⁶. Em outras palavras, Qesas envolve a reparação de um erro, equalizando o dano. Em certos casos, a vítima ou seus representantes legais podem exigir outras formas de compensação em vez de punição física (Diyya)³⁷.

Como terceira alternativa, a vítima ou seus representantes legais podem perdoar completamente o infrator³⁸. As ofensas às qesas são divididas em duas categorias. A primeira compreende o ato intencional de assassinato (homicídio)³⁹.

A segunda categoria envolve a imposição intencional de danos corporais, resultando em lesões permanentes ou graves⁴⁰. Isso inclui mutilar, espancar, ferir e outras formas de desfiguração física. Deve-se notar que a formulação de um castigo de Qesas se baseia em fornecer uma aplicação equilibrada de justiça e igualdade. Esses crimes envolvem uma agressão aos direitos pessoais mais importantes. Esses são o direito à vida e o direito à integridade corporal.

Observe que a punição por crimes de Qesas não pode ser aplicada quando o agressor está relacionado à vítima, como, por exemplo, se o agressor é filho da vítima⁴¹. Por fim, observe que um infrator considerado culpado de causar assassinato não intencional ou lesão corporal também é responsável por Diyya, mas não sujeito a punição física por Qesas⁴².

36 M. Cherif Bassiouni, *Qesas Crimes*, in THE ISLAMIC CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, *supra* note 23, at 203, 203.

37 AL-KHOLAIFY, *supra* note 26, at 49.

38 Mas se alguém receber uma remissão de seu irmão, o processo de realização do dinheiro de sangue será feito com justiça e o assassino pagará o dinheiro de maneira considerável.” QUR’AN, Al-Baqarah 2: 179, disponível em <http://perma.cc/429F-3VQJ>

39 “Vós que credes! retaliação equitativa em relação aos mortos é prescrita para você. Id.

40 E nisto prescrevemos para eles: Uma vida por uma vida, e um olho por um olho, e um nariz por um nariz, e uma orelha por uma orelha, e um dente por um dente, e por outras lesões retaliação equitativa.” Eu iria. em Al-mãidah, 5:46, disponível em <http://perma.cc/5ZN7-RLRM>.

41 AL-KHOLAIFY, *supra* note 26, at 53.

42 *Id.* at 57.

OFENSAS DE TA'AZIR:

Ta'azir significa disciplina, reabilitação ou correção discricionária. Ela abrange todas as ofensas pelas quais Shari'a não prescreve uma punição⁴³. Assim, todos os atos (não incluídos em Hudud, Qesas ou Diyya) que violem interesses particulares de indivíduos ou interesses públicos da comunidade são incluídos na categoria Ta'azir⁴⁴.

Isso impõe às autoridades públicas a obrigação de codificar regras que penalizem tais atos. Ao mesmo tempo, essa ampla discricção fornece a flexibilidade necessária para que a lei cumpra as mudanças e desenvolvimentos em tecnologia, cultura e similares de cada nova era⁴⁵.

Os exemplos dados no Alcorão para esta categoria indicam que o juiz tem amplo poder discricionário na imposição de punições⁴⁶.

No entanto, o juiz deve considerar a totalidade das circunstâncias, a fim de tornar a penalidade proporcional ao crime (que deve ser sempre mais branda do que as de Hudud)⁴⁷.

Essa ampla margem de apreciação judicial pode incluir um perdão quando o crime atinge um direito pessoal mais do que um interesse público. Os crimes de Ta'azir incluem três classes de crime. A primeira classe compreende crimes relacionados a ofensas de Hudud, mas não tão graves que justifiquem a punição prescrita a Hudud.

A segunda classe compreende as ofensas de Hudud, onde a penalidade não é aplicável por causa da condição do infrator (por exemplo, capacidade mental reduzida, falta de vontade ou algo semelhante); ou falha em satisfazer os estritos requisitos probatórios para provar uma evidência de Hudud, mesmo que exista uma evidência mínima (por exemplo, onde apenas três homens testemunharam um ato de adultério, em vez das quatro testemunhas necessárias).

Nesse caso, a penalidade mais severa de Hadd é substituída pela penalidade menos severa de Ta'azir. A terceira classe envol-

43 *Id.* at 57.

44 *Id.* at 77-79.

45 *Id.* at 97.

46 *Id.* at 81.

47 Vide Bassiouni, nota 37 supra, em 233-234 (fornecendo suporte para que uma consideração importante na tomada de decisões por ofensas criminais seja a proporcionalidade entre o crime e a punição). Os delitos de Ta'azir são semelhantes aos delitos ou delitos menores, enquanto os delitos de Hudud são semelhantes aos delitos graves.

ve todos os outros atos criminosos que não são penalizados com punição legal fixa⁴⁸.

As penalidades de Ta'azir incluem a punição física (corporal) tradicional, como a pena de morte, que raramente é imposta, e açoitamento. A privação da liberdade é outra pena, que inclui prisão, banimento local, deslocamento ou expulsão. Além disso, as sanções pecuniárias sob Ta'azir incluem multas e apreensão.

Em certos casos, os juízes podem empregar mecanismos de controle social - como advertência ou exortação, repreensão, ameaça ou divulgação pública - para impedir que os infratores repitam seus atos perversos⁴⁹.

ENCARCERAMENTO NO DIREITO PENAL ISLÂMICO

Finalmente, é importante observar que o encarceramento, embora desfavorecido na lei criminal islâmica, está disponível como um meio de lidar com os infratores. A prisão já existia muito antes do Islã⁵⁰.

No entanto, nem o Alcorão nem a Sunnah previam a penalidade. Quando os estudiosos da jurisprudência islâmica previam a prisão em seus comentários legais, normalmente se aplicavam apenas a delitos menores do Ta'azir e por um período não superior a um ano⁵¹.

No entanto, de acordo com outras interpretações islâmicas na fiqh islâmica (jurisprudência), encarceramento islâmico o direito penal é principalmente reservado aos infratores mais perigosos e às reincidentes extremos⁵². Essas pessoas não são libertadas da prisão até que o juiz determine que realmente reformaram e se arrependeram⁵³.

Sob a lei islâmica, o encarceramento é freqüentemente considerado mais severo do que as punições corporais⁵⁴, como a punição na

48 ABU ZAHRAH, *supra* note 26, at 109-177.

49 Vide AL-Kholaify, *supra* note 26, at 109-17

50 “[I] f ele não o que eu lance, ele certamente será preso e tornar-se 1 do humilhado.” Q UR ‘ A, *Yūsuf* 00:33, <http://perma.cc/P4N4-MNGJ>.

51 UMA EU- K HOLAIFY, *supra* nota 26, a 133.

52 Ahmad Abd-Aziz al-Alfi, *Punição em Direito Penal Islâmico*, em T ELE Eu Slamic C rime J JUSTIÇA SISTEMA, *supra* nota 23, a 227, 236.

53 Ghaouti Benmelha, *Ta'azir Crimes*, em T ELE Eu Slamic Crime, JUSTIÇA SISTEMA, *supra* nota 23, em 211, 217.

54 Bassiouni, *supra* nota 37, em 228-230.

lei criminal islâmica deve ser determinada de acordo com os princípios de igualdade e legalidade⁵⁵.

b. Filosofia da punição no direito penal islâmico

O objetivo da lei islâmica é fornecer uma regulamentação impecável para todos os aspectos da vida humana⁵⁶ para garantir a preservação da paz e da ordem na sociedade⁵⁷. O “interesse” ou “benefício” público (Al-Maslahah) é o objetivo final das regulamentações. na lei islâmica⁵⁸.

Assim, o interesse público é a base da punição na lei islâmica⁵⁹. Sob a jurisprudência islâmica, o “interesse público” compreende os “Cinco Propósitos Essenciais”, que incluem a proteção de (1) religião, (2) vida, (3) linhagem, (4) intelecto e (5) propriedade⁶⁰. Como o Alcorão observa, “quem mata uma alma, a menos que seja por alma ou por corrupção [feita] na terra - é como se ele matou a humanidade inteiramente.

E quem salva um - é como se ele tivesse salvo a humanidade inteiramente”.⁶¹ Este versículo esclarece que a imposição de um crime a um indivíduo também é uma agressão à comunidade como um todo.

Assim, as ofensas que põem em risco a própria fundação da sociedade são rigorosamente punidas com penas fixas (ofensas de Hudud). Foram as conseqüências catastróficas que eles causam na comunidade que foram consideradas ao fixar as penalidades de Hudud.

Em particular, a disseminação da fornicação e da calúnia levaria à desintegração da família e corromperia a linhagem na sociedade⁶². Além disso, a disseminação do roubo atrapalharia a paz e a ordem da sociedade, deixando as pessoas com um sentimento de insegurança por seus atos. propriedade ou sua vida⁶³.

Além disso, a punição na lei islâmica procura proporcionar a perfeita aplicação da justiça e da igualdade. Isso é enfatizado no ver-

55 *Id.*

56 *Id.*

57 *Id.*

58 *Id.* Pgs. 232, 233.

59 *Id.*

60 *Id.*

61 Q UR ‘ A, *Sūrat l-Maidah* 05:32, disponível em <http://perma.cc/VD6R-UQLV>.

62 Bassiouni, *supra nota* 37, a 232, 233.

63 *Id.*

sículo do Alcorão: “Ó crentes, sejam vocês seguradores da justiça, testemunhas de Deus. Não deixe que o deteste de um povo faça com que você não seja eqüitativo; seja eqüitativo - isto é mais perto de temer. . . .”⁶⁴.

A esse respeito, a punição pelos crimes de Quesas procura proporcionar a perfeita manifestação de justiça e igualdade. A punição por Quesas é aplicada apenas em casos de agressão deliberada à vida ou à integridade corporal da vítima, direitos pessoais aplicáveis a todo ser humano. Sem a punição de Quesas, esses atos de agressão poderiam ter criado um círculo interminável de vingança que não conhecia igualdade, onde os fortes caçavam os fracos. O castigo de Quesas, conforme detalhado, busca servir à justiça e à igualdade curando a vítima ou seus parentes e amigos⁶⁵.

c. Aplicação da punição no direito penal islâmico: teoria versus prática

As evidências desempenham um papel importante no direito penal islâmico, onde a presunção de inocência é fundamentalmente protegida. Como as penalidades de Hudud são mais severas que outras sanções, a discussão a seguir se limita a esses crimes. Nesse sentido, os padrões probatórios relativos ao testemunho e confissões de testemunhas requerem alguma elaboração⁶⁶.

Primeiro, a evidência em apoio à condenação deve ser “conclusiva” para “provar de forma clara e explícita a ocorrência do ato criminoso sem necessidade de explicação ou interpretação”⁶⁷. A hora, o local e todas as outras circunstâncias do suposto crime devem ser especificado e, acima de tudo, deve ser consistente com todas as outras evidências. Segundo, até o momento da execução, a evidência deve ser conclusiva. Terceiro, não deve haver atraso na apresentação de evidências. Se os meios de obtenção de provas (por depoimento ou confissão) não preenchem essas condições, levantam dúvidas quanto

64 Q UR ‘ A, *Sūrat l-Maidah* 5: 8 disponível em <http://perma.cc/K9V6-PH5W>.

65 Bassiouni, *supra* nota 37, a 232, 233.

66 Sobre o tema, vide Mohamed ‘Arafa, *Corrupção e suborno na Lei Islâmica: São islâmicos Ideais Ser na Prática ?*, 18 A NN. S URV. Eu NT ‘ EU.

67 Ma’amoun M. Salama, *Princípios Gerais de Evidence Penal em islâmica Jurisprudência*, em T ELE Eu Slamic C rime J JUSTIÇA S ISTEMA, *supra* nota 23, na 112.

à autenticidade da alegação. E a dúvida, ou Shobhah, de acordo com o Profético Hadith, “exclui a aplicação de sanções a Hudud”⁶⁸.

Em matéria de testemunho, juristas islâmicos geralmente concordam que, pelas ofensas de Hudud e Qesas, duas testemunhas devem prestar um testemunho consistente.

As testemunhas devem exibir maturidade, memória, fala, consciência visual e audível do crime, integridade moral, autenticidade onde a testemunha deve ter visto e / ou ouvido o próprio incidente e, embora sujeita a debate, a aceitação do Islã⁶⁹.

O testemunho deve ser desqualificado por causa de relação de sangue, inimizade ou parcialidade. Casos de adultério exigem o testemunho de quatro testemunhas do sexo masculino (embora duas testemunhas do sexo feminino possam substituir uma testemunha do sexo masculino) com testemunho consistente prestado na mesma audiência⁷⁰.

As confissões são inadmissíveis, a menos que o confessor seja maior de idade, demonstre maturidade e seja capaz de se expressar e agir por vontade própria. A confissão deve ser inequívoca, ocorrendo durante e durante uma audiência legal, e o juiz deve encontrá-la corroborada por outras circunstâncias⁷¹. Uma confissão apenas implica o acusado e não prova a culpa, a menos que o juiz esteja totalmente convencido dele⁷². ao Profético Hadith: “A dúvida impede a aplicação de multas de Hudud”⁷³.

A lei criminal islâmica procura limitar a aplicação de multas de Hudud ao máximo possível. Assim, Shobhah, ou forte dúvida, nega a incriminação e resulta no perdão do acusado, enquanto uma fraca dúvida atenua a penalidade de Hudud a Ta’azir⁷⁴.

Podem surgir dúvidas sobre um elemento material do crime, a presença de intenção criminosa, a incriminação de atos polêmicos ou evidências relacionadas⁷⁵. Por exemplo, o califa ‘Umar Ibn Al-Khattab

68 Id.

69 Vide p. 116.

70 Vide p. 118.

71 Vide p. 119-120.

72 Id.

73 Id.

74 UMA BU Z AHRAH, *supra* nota 24, na 224.

75 Vide p. 188-224.

se absteve de impor a punição da amputação por um ato de roubo devido às circunstâncias da seca e da fome⁷⁶.

A lei criminal islâmica aspira ainda mais a equilibrar dissuasão e incapacitação (através de sanções decisivas), com compaixão e reabilitação (exigindo condições estritas e permitindo tolerância).

Outra questão importante são as circunstâncias atenuantes e agravantes do direito penal islâmico. Ambos os tipos de circunstâncias afetam as penalidades de maneira diferente nos crimes de Hudud, Qesas e Ta'azir.

Para punições fixas apenas nas ofensas de Hudud e Qesas, uma penalidade nunca pode ser agravada ou atenuada. No entanto, a punição pode ser agravada ou atenuada pela adição ou substituição de uma penalidade de Ta'azir em certos casos⁷⁷.

Quanto às punições não fixadas (Ta'azir), cabe ao juiz considerar as circunstâncias à luz da ofensa, incluindo quaisquer circunstâncias atenuantes, como status físico ou mental do agressor, idade, origem familiar, riqueza e similares⁷⁸. É importante observar que o critério geral para aplicar uma penalidade mais severa ao Ta'azir se baseia na eficácia e dissuasão da punição, enquanto o Hadith mencionado anteriormente prevê uma penalidade menos severa quando existem circunstâncias atenuantes.

Circunstâncias agravantes incluem o perigo imposto pelo ofensor; a classe social que ele representa (cuja consideração serve para deter os ricos, e não os pobres); o efeito que ele deixa na sociedade (isto é, se ele é um fator na propagação do crime); o potencial de cometer o crime em público; e a possibilidade de reincidência. As circunstâncias do crime incluem o local e a hora da sua comissão, a gravidade do crime e o status da vítima⁷⁹. Assim, agravando ou mitigando a punição, o juiz deve equilibrar a severidade da penalidade com as circunstâncias da pena, crime e status do infrator.

d. A política de punição corporal judicial no direito penal islâmico

Como mencionado acima, a punição corporal judicial sob a lei criminal islâmica é necessária para certas ofensas hudud (fixas) quando

76 Vide p. 221.

77 UMA EU- K HOLAIIFY, *supra* nota 26, em 215-221.

78 Id.

79 Id.

limites estritos de evidência são atingidos. Além disso, a punição corporal judicial, entre outras formas de punição, está disponível a critério do juiz por delitos tazir.

As teorias da política penal que apóiam a punição corporal judicial na lei criminal islâmica são iguais às que apóiam o encarceramento - nomeadamente incapacidade, dissuasão e reabilitação. No entanto, a retribuição também pode desempenhar um papel (para melhor ou para pior) em alguns casos nas jurisdições legais islâmicas.

Isso pode ocorrer quando os princípios do processo penal e do devido processo sob a lei islâmica são violados quando, por exemplo, o juiz que decide o caso não tem interesse ou imparcialidade, e nos casos em que o tribunal não tem competência e justiça.

As punições prescritas à amputação sem dúvida servem para incapacitar o criminoso. Sem o uso de uma mão, é menos provável que um ladrão roube novamente. E sem o uso de membros opostos, um criminoso provavelmente não poderá ameaçar, atacar e / ou roubar outra pessoa novamente. Além disso, na medida em que a flagelação torna o réu não ambulatorial e confinado ao repouso no leito para recuperação, essa punição também serve para incapacitar, embora por um período temporário.

A amputação e a flagelação servem ao propósito de impedir a punição, desencorajando o criminoso e a sociedade de cometer crime. Indivíduos que sofrem amputação por condenação por roubo ou assalto à rodovia resultando em danos físicos à vítima serão extremamente desencorajados de cometer novamente o roubo, para que não percam os membros restantes. Além disso, esses indivíduos são para sempre conhecidos na sociedade como condenados, pecadores e reprovados, devido à natureza em grande parte não ocultável de seu castigo.

Do mesmo modo, os indivíduos sujeitos ao castigo brutal e repulsivo da flagelação sofrem dores excruciantes durante e após a provação; e eles carregam suas cicatrizes para sempre. Se realizada em público, a sociedade é lembrada das conseqüências dolorosas que podem resultar da prática das ofensas especificadas de Hudud. Finalmente, a punição corporal judicial sob a lei islâmica serve a um propósito de reabilitação na sociedade islâmica.

Ou seja, de acordo com o espírito e a intenção da lei criminal islâmica, depois de um criminoso suportar a provação fisicamente excruciante e mentalmente chocante da punição corporal judicial, ela deve ser imediatamente entregue aos cuidados e custódia de sua família. Assim, à medida que o criminoso se recupera de suas feridas e processa o choque mental e emocional do castigo, ela deve estar constantemente na presença e ser atendida por sua família - aqueles que, idealmente, cuidam mais de seu bem-estar funcional e social. Durante esse período, os membros da família e o criminoso devem reunir, conectar e corrigir os problemas na vida do criminoso, alcançando, assim, a política de reabilitação de punição criminal.

2. Visão geral da punição penal nos Estados Unidos - da punição corporal judicial ao encarceramento

A civilização ocidental se afastou do resto do mundo em muitos aspectos. Um exemplo é na área de punição criminal. Houve um tempo em que o castigo corporal judicial era simplesmente aceito como senso comum. No entanto, à medida que a civilização ocidental progredia, a implementação do castigo corporal judicial passou a ser considerada repugnante e, conseqüentemente, foi substituída por outras formas de castigo - principalmente o encarceramento.

Uma análise histórica e constitucional da punição corporal judicial nos Estados Unidos

A seção a seguir fornece uma visão geral das abordagens ao castigo corporal judicial nos Estados Unidos. Após uma breve análise histórica da filosofia jurídica anglo-americana, esta seção examina a evolução da jurisprudência da Oito Emenda e a morte do castigo corporal judicial nos Estados Unidos.

A ascendência Inglesa

A jurisprudência americana é derivada em grande parte da tradição do direito comum inglês. Além disso, como observou o juiz Antonin

Scalia em *Harmelin v. Michigan*⁸⁰, várias disposições importantes da Declaração de Direitos dos EUA, incluindo a Oito Emenda, se originam na Declaração de Direitos inglesa de 1689⁸¹. Ao determinar o significado e a intenção das “punições cruéis e incomuns

Na cláusula [sic]”, Scalia cita o caso de Titus Oates, um clérigo inglês cujo perjúrio nos julgamentos de 15 católicos resultou em suas execuções⁸².

Na fase de sentença do julgamento de Oates por ter cometido o perjúrio, os juízes exerceram sua discricção na implementação de punições destinadas a brutalizar, humilhar e, finalmente, matar Oates.

Especificamente, eles ordenaram que ele permanecesse na paliçada em horários e locais específicos, sendo açoitado pelo “carrasco comum” e preso por toda a vida⁸³. O caso de Oates ajudou a instigar a cláusula “punições cruéis e incomuns [sic]” da Declaração Inglesa⁸⁴. No entanto, de acordo com Scalia, foi o fato de os juízes terem-se discricionariamente extrajudicial para infligir punição a Oates, e não a pura brutalidade das punições corporais infligidas durante esse período, que deram origem à cláusula⁸⁵. A esse respeito, Scalia observa que “os castigos cruéis por traição decretados nos Assassinos Sangrentos (desenho e esquartejamento, queima de criminosos, decapitação, estripação etc.) eram comuns naquele período - de fato, eram especificamente autorizados por lei e permaneciam por muitos anos. anos depois.”⁸⁶

b. “Castigo cruel e incomum” na Declaração de direitos e nos estados individuais

80 Vide *Harmelin v. Michigan*, 501 US 957, 994-95 (1991) (parecer pluralidade) (Kennedy, J., concordando em parte e concorrendo no julgamento) (White, Marshall & Stevens, JJ., Dissidentes).

81 Vide em 966 (observando que “[t] aqui há dúvida de que a Declaração [Inglês] dos Direitos [de 1689] é o antecedente do nosso texto constitucional. Na verdade, todo o texto da Oitava Emenda é tomada quase literalmente da Declaração de Inglês de Direitos, que forneceu ‘[o] chapéu excessiva Baile não deve ser exigida nem impostas multas excessivas, nem cruell e unusuall castigos infligidos’ [sic]“); *Veja também*, *Solem v. Helm*, 463 US 277, 285 (1983) (5-4 decisão) (Burger, CJ., Dissidentes).

82 *Harmelin*, 501 US em 969-73

83 Vide p. 970.

84 Id.

85 Id.

86 Vide a 968 (citando Anthony F. Granucci, “*Nem Cruel and Unusual castigos infligidos:*” *O significado original*, 57 C ALIF.

Ao discutir a adoção da Oitava Emenda à Constituição dos EUA, é importante ter em mente o contexto dos debates sobre a Declaração de Direitos no primeiro Congresso. Naquela época, os estados individuais eram ferozmente independentes, protegiam sua soberania individual e aterrorizavam com a natureza adversa de um sistema federal centralizado de governo, especialmente devido à história de abuso na Inglaterra e nas colônias⁸⁷.

Assim, os membros do Congresso exigiram uma Declaração de Direitos que restringiria o governo federal contra abusos previsíveis praticados contra os estados e seus cidadãos.⁸⁸

No entanto, muitos estados tinham disposições semelhantes em suas próprias constituições que proíbem “punições cruéis ou incomuns”⁸⁹ ou simplesmente “punições cruéis”⁹⁰. Era a fórmula da Virgínia, influenciada pela Declaração Inglesa, que foi finalmente adotada como o texto da Oitava Emenda⁹¹. Durante esse período, a punição sob a lei criminal era principalmente uma questão de preocupação para os estados individuais, e o governo federal teve um papel amplamente subdesenvolvido⁹². Assim, a Suprema Corte dos EUA não conseguiu desenvolver muitos precedentes para definir os limites constitucionais da Oitava Emenda. Além disso, a punição corporal judicial foi amplamente aceita pelos estados e comumente implementada pelas autoridades judiciais estaduais sem questionar sua crueldade ou incomum⁹³.

c. Oitava Emenda Jurisprudência Constitucional

87 T ELE C ONSTITUTIONAL C ONVENÇÃO: A ARRATIVE H ISTÓRIA DA N OTAS DE J AMES
88 Vide p. 149-150.

89 Ver, por exemplo, D EL. D ECLARAÇÃO DE R IREITOS § 16 (1776); M D. D ECLARAÇÃO DE R IREITOS arte. XXII (1776); M BUNDA. D ECLARAÇÃO DE R IREITOS arte. XXVI (1780); NC D ECLARAÇÃO DE R IREITOS § X (1776); NH B MAL DE R IREITOS arte. XXXIII (1784).

90 P UMA. C ONST. arte. IX, § 13 (1790); SC C ONST. arte. IX, § 4 (1790).

91 P UMA. C ONST. arte. IX, § 13 (1790); SC C ONST. arte. IX, § 4 (1790).

92 Larson & Winship, *supra* nota 88, a 5.

93 S ANAZ UMA lasti, C RUEL E você NUSUAL P UNISHMENT: C OMPARATIVE P ERSPECTIVA IN Eu NTERNACIONAL C ONVENTIONS, THE você NIDOS SEMBROS E Eu CORREU 213 (2009) (“A maioria das cidades da Nova Inglaterra se gabou chicoteando mensagens e estoques perto dos commons ou capela. Ainda em 1805, a pena em Massachusetts para a falsificação era a amputação de uma orelha depois de se sentar em um pelourinho por uma hora. A pena por homicídio consistia em ter de um testa de marca em público, e muitas comunidades açoitado responsáveis por pequenos furtos.”)

Não foi até 1890 que a Suprema Corte sugeriu os métodos penais tolerados pela Oitava Emenda. Em *In re Kemmler*, um assassino condenado apresentou uma petição de habeas corpus, alegando que o novo método de execução por eletricidade de Nova York era uma forma de punição cruel e incomum proibida pela Oitava Emenda⁹⁴.

Primeiro, o Tribunal se recusou a incorporar as proteções da Oitava Emenda contra os estados por meio da décima quarta emenda⁹⁵. Na *dicta*, no entanto, a Corte observou que a Constituição de Nova York continha uma linguagem semelhante à sua contraparte federal e que:

Se a punição prescrita por uma ofensa às leis de [Nova York] fosse manifestamente cruel e incomum como queimar na fogueira, crucificação, quebrar a roda ou algo semelhante, seria dever dos tribunais de [Nova York] julgar tais penalidades dentro da proibição constitucional.

O Tribunal também sugeriu a proposição de que os tribunais federais deveriam ser guiados pela mesma lógica em relação à Oitava Emenda⁹⁶. O Tribunal continuou observando que:

“A dificuldade acompanharia o esforço para definir a exatidão da extensão da provisão constitucional que prevê que punições cruéis e incomuns não sejam infligidas; mas é seguro afirmar essas punições de tortura. . . são proibidos pela [oitava emenda].”

Os castigos são cruéis quando envolvem tortura ou uma morte prolongada⁹⁷.

94 *em re Kemmler*, 136 US 436 (1890).

95 A Doutrina Social prevê as Emendas Constitucionais na Declaração de Direitos - originalmente concebido para constranger apenas o governo federal - a serem aplicadas contra e para restringir a vários Estados. *Vejo* G^{OFFREY} S^{TONE ET AL.} C^{ONSTITUTIONAL} eu^{AW} 729 (6a ed. 2009). Lexically, isto é conseguido através da cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda da Constituição dos EUA, que prevê que nenhum Estado deve privar qualquer cidadão do devido processo legal. *Eu iria*. Assim, *Kemmler* argumentou que os direitos previstos na Oitava Emenda coincidiu com a definição de “devido processo”, conforme previsto na Décima Quarta Emenda e, portanto, que Nova York e outros estados não poderia infligir “castigo cruel e incomum” conforme previsto no oitava Emenda sobre seus cidadãos. No entanto, isso teria sido apenas o primeiro passo na longa batalha de *Kemmler*. Mesmo se *Kemmler* argumentou com sucesso que a Oitava Emenda coincidiu com a definição de “devido processo”, conforme previsto na Décima Quarta Emenda, ele teria, então, convencer o Tribunal de que a morte por electrocussão era um castigo cruel e incomum sob a Oitava Emenda.

96 *Id.*

97 *Eu iria*. a 447 (citando *Wilkerson v. Utah*, EUA 99 130, 135 (1878)). A definição de “tortura” em 1890 provavelmente se referia a “dor extrema; angústia do corpo ou da mente; tormento.” W^{Ebster} S^{DE ANÚNCIOS} ICTIONARY DO E^{ORTUGUÉS} eu^{anguage} 442 (Acad. Ed. 1874). Uma definição

Por mais de setenta anos após a decisão de Kemmler, a jurisprudência da Oitava Emenda do Supremo Tribunal estagnou. A razão para isso se deve em grande parte ao fato de que a acusação e a punição do crime têm sido historicamente uma questão de estado e não de interesse federal⁹⁸.

Isso mudou em 1962, no entanto, quando o Tribunal aplicou a Oitava Emenda aos estados sob a Doutrina A jurisprudência da Oitava Emenda do Tribunal expandiu-se ainda mais na década de 1970, quando o governo federal assumiu um papel significativo no controle do crime com a “Guerra às Drogas”⁹⁹. Nessa época, porém, o castigo corporal judicial havia morrido há muito tempo em cada indivíduo. Assim, o corpo jurídico da Oitava Emenda hoje consiste em grande parte de questões de proporcionalidade de punição,¹⁰⁰ punições corporais extrajudiciais¹⁰¹, e punições corporais nas escolas¹⁰². Não há precedente do Supremo Tribunal que aborde diretamente a constitucionalidade da justiça corporal. Punição.

d. Mudança de atitudes em relação à punição corporal judicial

alternativa era “um colocar no rack ou dor severa para extorquir uma confissão ou como um castigo; dor extrema; angústia do corpo ou da mente”. C_{HAMBER} ‘S E_{TYMOLOGICAL} D_{CTIONARY} DO E_{ORTUCUÉS} eu_{anguage} 524 (Rev. ed. 1882).

98 K Ristin M. F INKLEA, eu É UM SENHORA EGHETTI, C ONG. R NVESTIGAÇÃO S ERV., RL32824, F EDERAL C RIME

99 A expansão do papel do governo federal no controle crime começou a atingir um pico em 1986, quando o Congresso aprovou várias peças de legislação que fizeram certos crimes uma ofensa federal, crimes que tinham até então sido sob a competência exclusiva dos Estados. F EDERAL C RIME C ONTROLE, *supra* nota 100, na 2.

100 *Ver, por exemplo*, Weems v. United States, 217 US 349 (1910) (que conclui que “a punição para o crime deve ser graduado e proporcional à ofensa,” que uma sentença de 15 anos de trabalho duro foi desproporcional ao crime de falsificação de um documento do governo e foi assim, cruel e incommum) (Branco, J., dissidente); *Veja também*, Ewing v. California, 538 US 11 (2003) (que conclui que uma sentença de 25 anos à prisão perpétua por um criminoso reincidente condenado por roubar 3 clubes de golfe era proporcional à infração e, portanto, não uma punição cruel e incommum) (Scalia & Thomas, JJ., concorrendo no resultado) (Stevens & Breyer, JJ., dissidentes).

101 *Ver, por exemplo*, Hudson v. McMillian, 503 US 1 (1992) (que conclui que o uso de um guarda da prisão de força física excessiva contra um prisioneiro que ferimentos leves causados não requerem atenção médica era cruel e punição incommum) (Stevens, J., concordando em parte e concordante no julgamento) (Blackmun, J., concordando com o julgamento) (Thomas, J., divergente); *Veja também* Wilkins v. Gaddy, 559

EUA 34 (2010) (que conclui que a alegação de um prisioneiro que um guarda da prisão não provocado um soco, pontapé, joelhos, e sufocou era suficiente para afirmar uma reivindicação § 1983 para alívio para a punição cruel e incommum, embora os ferimentos eram *de minimis*) (Thomas, J., concorrendo em juízo).

102 *Ver, por exemplo*, Ingraham v. Wright, 430 US 651 (1977) (que conclui que a punição corporal disciplinar aplicada por um funcionário da escola pública em um aluno não era cruel e punição incommum) (White & Stevens, JJ., Dissidentes).

A morte gradual do castigo corporal judicial nos Estados Unidos é um tanto misteriosa; um mistério que se torna mais complexo devido à natureza diferenciada do sistema de leis e governo dos EUA. Ou seja, como a Oitava Emenda não foi aplicável aos Estados até 1962 através da Doutrina da Incorporação, e como a última incidência de punição corporal judicial ocorreu dez anos antes¹⁰³, existem potencialmente cinquenta narrativas diferentes sobre o uso, luta contra e eventual abolição do castigo corporal judicial, uma narrativa para cada Estado diferente.

O advogado do Alabama e defensor do castigo corporal judicial John Dewar Gleissner postula que o castigo corporal judicial morreu nos Estados Unidos à medida que o nível de igualdade, harmonia racial e mobilidade social entre os cidadãos aumentou¹⁰⁴. Isso é, como fato histórico, os criminosos da sociedade, geralmente extraídos das classes mais baixas de status e riqueza¹⁰⁵.

Ao longo da história, os indivíduos mais ricos geralmente evitavam punições criminais porque, em primeiro lugar, nunca precisavam cometer um crime para garantir necessidades básicas ou, alternativamente, poderiam simplesmente subornar o tribunal, autoridades por leniência.

Como resultado, o castigo corporal judicial foi aplicado quase exclusivamente aos pobres¹⁰⁶. Além do status de riqueza, observa Gleissner, o aprimoramento das relações raciais também desempenhou um papel no fim do castigo corporal judicial¹⁰⁷.

Ou seja, o brutal ato de corpo a punição era inegavelmente uma reminiscência da instituição maligna da escravidão, que no final do século XIX levou os americanos a exigir que todas as formas de punição corporal a adultos fossem abolidas.

Assim, Gleissner observa que, à medida que a igualdade, a tolerância, a aceitação e a mobilidade social entre os escalões inferiores da sociedade começaram a aumentar nos Estados Unidos, o próprio pensamento de punição corporal judicial tornou-se repugnante devido às cicatrizes remanescentes da escravidão, do racismo e da opressão¹⁰⁸.

103 *ver supra* texto que acompanha nota 101.

104 John Dewar Gleissner, *Por Foi Judicial Corporal Punishment Abolida ?*, Eu NCARCERATION

105 Id.

106 Id.

107 Id.

108 Id.

Outra visão, no entanto, postula que o fim do castigo corporal judicial começou muito antes de o movimento anti-escravidão nos Estados Unidos ganhar impulso. Essa visão aponta para a literatura no final do século XVIII e início do século XIX, que condenou amplamente a prática do castigo corporal por seus atributos não reformativos e celebrou a prisão como uma forma superior de punição e uma oportunidade de reabilitar concidadãos rebeldes¹⁰⁹.

Observou o reformista Horace Mann, como exemplo, “expressou sentimentos amplamente compartilhados quando declarou que o medo de punição corporal poderia ‘fazer com que o agressor deixasse de adoecer’, mas nunca pode ‘fazê-lo amar fazer o bem’.”¹¹⁰

Em qualquer caso, o fato é que a punição corporal judicial foi completamente erradicada da filosofia penal americana e substituída pelo atual regime de multas, restituição, serviço comunitário, sentenças suspensas e liberdade condicional, sentenças alternativas diversas e encarceramento¹¹¹.

Encarceramento e outras questões serão agora analisados de acordo com os cinco propósitos da punição.

e. A punição criminal nos Estados Unidos hoje - a política objetiva de encarceramento

De uma maneira mais favorável a um defensor do encarceramento, um exame desse método de punição mostra que ele é fortemente inspirado pelas teorias de incapacidade, dissuasão e reabilitação da punição criminal. Primeiro, o encarceramento serve para incapacitar indivíduos de alguma forma prejudiciais na sociedade, colocando-os em um ambiente

109 K EVIN J. M URTAGH, C ORPORAL P UNISHMENT: AH umane UMA LTERNATIVE TO Eu NCARCERATION 2 (2012) (“Muitos reformadores na época tinha grandes esperanças para o potencial reformadora de prisão e eles estavam ansiosos para deixar para trás uma forma de punição que foi pensado para não têm a capacidade de mudar o caráter moral de criminosos.”); *Veja também* UMA lasti, *supra* nota 94, a 212, 213. 112 M YRA G Lenn, C AMPAIGNS UMA gainst C ORPORAL P UNISHMENT: P RISONERS, S AILORS, W OMEN, E C ELESTIAL IN UMA NTEBELLUM UMA MERICA 41 (1984).

110 M YRA G Lenn, C AMPAIGNS UMA gainst C ORPORAL P UNISHMENT: P RISONERS, S AILORS, W OMEN, E C ELESTIAL IN UMA NTEBELLUM UMA MERICA 41 (1984).

111 *Penas alternativas: Prisão, Probation, multas e serviço comunitário*, N OLO, <http://perma.cc/93JX-8ZGN> (última visita 31 março de 2014).

controlado, extinguindo sua capacidade de circular livremente por toda a sociedade e sujeitando-os a vigilância e controle constantes.

Assim, quando um criminoso é encarcerado, ele se torna efetivamente impotente em sua capacidade criminal. Em seguida, o encarceramento serve como um impedimento para o criminoso e a sociedade contra a futura comissão de crimes. Ou seja, criminosos encarcerados e indivíduos na sociedade veem o encarceramento como uma experiência gravemente infeliz e inconveniente.

E, se essas pessoas vêem o risco de encarceramento como superando o benefício potencial de cometer um crime, a punição do encarceramento serviu a seu objetivo de dissuasão. Finalmente, o encarceramento serve a um propósito de reabilitação para criminosos na sociedade.

Ou seja, quando um criminoso é encarcerado, geralmente fica longe dos indivíduos e das circunstâncias da sociedade que podem ter incentivado ou levado a cometer o (s) ato (s) criminoso (s). Assim, ela é capaz de parar e refletir sobre sua vida, as escolhas que fez e o caminho que gostaria de seguir no futuro. Se esse caminho não envolver mais nenhum crime, o encarceramento cumpriu seu objetivo penal de reabilitação. O encarceramento como forma de punição pode se tornar mais reabilitador quando inclui benefícios adicionais para a melhoria do criminoso.

Por exemplo, o encarceramento, incluindo acesso a aconselhamento, treinamento profissional, aulas educacionais e emprego remunerado, pode ajudar o criminoso a se tornar um membro melhor e mais funcional da sociedade quando chegar sua hora de se libertar para o público em geral.

PARTE III: ARGUMENTO

A partir da análise anterior na Parte II, é evidente que o encarceramento e a punição corporal judicial, implementados no direito penal islâmico, compartilham as mesmas aspirações penais.

Ou seja, o objetivo de ambos os sistemas é incapacidade, dissuasão e reabilitação. Depois de considerar as desvantagens do castigo corporal judicial, conforme implementado no Direito penal, esta seção tenta mostrar como o castigo corporal judicial é mais humano, menos dispendioso e mais eficaz para atender às aspirações penais

comuns de reabilitação e dissuasão do que encarceramento, apontando para o exemplo de longa data de sua implementação no direito penal islâmico.

A. Desvantagens da substituição do encarceramento por punição corporal judicial

Embora este artigo conclua que a implementação da punição corporal judicial até certo ponto seja superior ao status quo do encarceramento nos Estados Unidos, as desvantagens da punição corporal judicial - em geral e como especificamente implementadas na lei criminal islâmica - devem ser expostas e confrontadas na início. Especificamente, o encarceramento atende ao propósito de incapacidade de punição criminal com muito mais eficácia do que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica. Além disso, em relação às situações em que um indivíduo inocente é injustamente condenado e depois exonerado, o encarceramento pode ser uma forma superior de punição do que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica. Finalmente, o encarceramento é superior ao castigo corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica, no que diz respeito ao tratamento de certos indivíduos com deficiências mentais e / ou físicas únicas e indivíduos que simplesmente representam um risco excessivo de perigo para a sociedade.

1. Contradições e desvantagens da amputação como forma de punição no direito penal islâmico

Para começar, deve-se reconhecer que a aplicação da amputação como punição criminal na lei criminal islâmica é amplamente ineficiente, imprudente e contraditória às políticas subjacentes que a lei islâmica em geral procura apoiar e desenvolver.

Ou seja, se a punição corporal judicial na lei criminal islâmica se propõe, entre outras coisas, a reduzir os encargos dos contribuintes, reabilitar o agressor e permitir que ele continue a contribuir para o bem-estar da sociedade e de sua família, a amputação falha em alcançar esses objetivos, pois o amputado-infrator corre o risco de perder sua capacidade

de de trabalhar e prover sua família, aumentando assim a chance de que ele e sua família sejam levados a mais crimes e / ou se tornem encargos dos contribuintes.

Assim, como uma questão preliminar sobre as desvantagens da punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, é apropriado começar com um reconhecimento de que as conseqüências adversas da amputação superam substancialmente seus efeitos positivos de dissuasão, incapacitação e reabilitação.¹¹²

2. Superioridade do encarceramento em relação ao objetivo penal da incapacidade

Em seguida, deve-se admitir que, com relação ao objetivo penal da incapacidade, o encarceramento é superior ao castigo corporal judicial, conforme implementado no direito penal islâmico, apesar do fato de o encarceramento estar sujeito a algumas falhas sérias nesse sentido.

1. Falhas do Encarceramento

Primeiro, enquanto o encarceramento serve teoricamente para atender à política de incapacidade da punição criminal, tornando os criminosos incapazes de cometer crimes, o crime continua a existir nas prisões, mesmo atrás de muros fortificados guardados por profissionais treinados¹¹³.

Guiados por regras sofisticadas, códigos de ética e até constituições, “Gangues de prisão têm influência considerável sobre outros

112 Mas esta visão seria recebido com a dissidência vociferante por alguns defensores da lei penal islâmica, que apontariam para a proposição de que os requisitos de prova para a *hudud* consistem sanções são tão rigorosas e os fatores atenuantes tão liberais que muito poucas pessoas vão realmente ser submetidas a punição e, portanto, a severidade das penas, juntamente com a mera possibilidade de sua aplicação, agindo para deter suficientemente a conduta proscribida. Aly Aly Mansour, *Hudud Crimes*, em T ELE Eu Slamic C rime JJUS-TIÇA SISTEMA, *supra* nota 23, em 195, 196. Dissidentes se ainda acrescentar que “[b] y cortando a mão do ladrão, Islam chega à raiz do mal; ele extrai as sementes podres, a fim de purificar e sociedade de proteção eo indivíduo da destruição “. *Eu iria*

113 Dennise Orlando-Morningstar, *Gangues de prisão*, S PECIAL N EEDS O FFENDERS B ULL., Outubro 1997, às 1, disponível em <http://perma.cc/X7UW-WZYY> (“[P] risoners formaram gangues principalmente para proteger a si mesmos e para monopolizar atividades prisão ilegais, tais como jogos de azar, o comércio de contrabando, tráfico de drogas e cometer assassinatos contrato.”).

presos. Suas atividades criminosas incluem agiotagem, tráfico de narcóticos, proteção, prostituição, roubo, intimidação de testemunhas e assassinato¹¹⁴. ”

E, “ [embora] os guardas possam agir como se estivessem no comando, por causa do grande número de prisões, de fato, administrado por prisioneiros. E sem formas legais de resolver disputas e realizar transações, a violência e a criminalidade se tornam a norma¹¹⁵. ”

No entanto, isso é apenas uma referência às atividades dentro da prisão. Quando se trata de cometer crime em público, os prisioneiros não são necessariamente impedidos pelas paredes da prisão e, em muitos casos, são conhecidos por facilitar crimes graves que ocorrem do lado de fora¹¹⁶.

Líderes e membros de gangues, por meio de visitantes e outros métodos engenhosos, são capazes de transmitir mensagens e dispositivos de comunicação, moeda e contrabando entre prisões e fora da sociedade¹¹⁷.

b. Falhas da punição corporal judicial, conforme implementadas no direito penal islâmico

Pode-se argumentar que a punição corporal judicial, implementada na lei criminal islâmica, serve para incapacitar os infratores na medida em que, depois de sofrerem a provação, eles estão sujeitos a repouso durante vários dias. Além disso, esse argumento pode ser entendido à proposição de que a amputação de um membro extingue a

114 Id.

115 M^{OSKOS}, *supra* Nota 4, em 52.

116 Orlando-Morningstar, *supra* nota 117, a 8 (observando o exemplo de um detento da Flórida que era suspeito de facilitar o assassinato de dois membros da gangue Massachusetts usando um telefone prisão e que “os verdadeiros autores intelectuais são os que têm 24 horas para sentar na prisão e descobrir o que fazer e para quem. os homens na prisão estão enviando ordens para as pessoas nas ruas”).

117 *Ver id.* às 9 (“membros de gangues da prisão muitas vezes dependem de fêmeas (por exemplo, esposas, mães, irmãs e namoradas) para transmitir mensagens, trazer contrabando na prisão, e fornecer outras formas de assistência.”); *ver também Cannabis Cat on Drugs Run colar na Moldova Jail*, BBC N^{EW}S (18 de Outubro de 2013), <http://perma.cc/NZ52-BG6Y> (observando o caso de um gato utilizados pelos internos para administrar fármacos para uma prisão); e *Cat apanhados a introduzir telefones celulares na prisão russa*, H^{UFF}. P^{OST} (03 de junho de 2013), <http://perma.cc/8SLH-F7XV> (observando o caso de um gato usado para fornecer um telefone celular em uma prisão).

capacidade de roubo de um ladrão ou a capacidade de um agressor de representar uma ameaça física significativa para outro.

No entanto, esses argumentos falham. Embora não haja brechas ou oportunidades para explorar a natureza física da punição corporal judicial na lei criminal islâmica, o infrator sujeito a flagelação se recuperará após alguns dias. Depois disso, ele é livre para se mover abertamente em toda a sociedade e, se quiser, para cometer mais crimes.

Da mesma forma, o amputado-infrator não está proibido de se envolver nos aspectos logísticos e cerebrais do crime como, por exemplo, um golpista ou parte de uma organização criminosa maior. Francamente, a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, alcança efetivamente o objetivo penal da incapacidade na medida em que atenda ao objetivo penal de dissuasão.

Em outras palavras, o efeito dissuasor das punições corporais no direito penal islâmico pode causar medo no coração dos cidadãos, de tal modo que o pensamento de cometer um crime se torna tão assustador que sua capacidade de fazê-lo se extingue.

No entanto, essa visão é contrária à teoria abrangente de civilidade e misericórdia da lei islâmica¹¹⁸. Assim, no que diz respeito ao objetivo penal da incapacidade, “as prisões ganham uma estrela de ouro”¹¹⁹, apesar de terem falhado na maioria dos outros aspectos.

3. Superioridade do encarceramento em relação à exoneração de pessoas condenadas injustamente

Em seguida, deve-se reconhecer que, apesar das salvaguardas no sistema de justiça criminal americano em relação a evidências, devido processo, justiça fundamental e padrões de prova, indivíduos inocentes às vezes são injustamente condenados por crimes¹²⁰.

118 Mansour, *supra* nota 116, em 195 (“*Hudud* penalidades não são destinadas a assustar os muçulmanos, mas para impedir o crescimento de um clima favorável à existência e propagação de tais crimes.”).

119 M_{OSKOS}, *supra* Nota 4, em 89.

120 Ver N_{AT} ‘ eu R E G I S T R Y D E E X O N E R A T I O N S , <http://perma.cc/9STG-WRZS> (forneendo informações detalhadas sobre todas as exonerações de indivíduos injustamente condenados nos Estados Unidos desde 1989); Veja também T_{ELE} E u N N O C E N C E P R O J E C T O , <http://perma.cc/Y282-YZMV> (ajudando a isentar indivíduos indevidamente condenados através da utilização de testes de ADN).

Assim, em relação a situações onde um indivíduo inocente é injustamente condenado e depois exonerado, o encarceramento pode ser uma forma superior de punição do que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica.

Ou seja, se um indivíduo inocente é injustamente condenado e sujeito a punição corporal judicial, o dano completo e irreversível já foi infligido se ele for exonerado mais tarde. Ao contrário, se um indivíduo inocente for injustamente condenado e sentenciado ao encarceramento, ele pode simplesmente ser libertado da prisão imediatamente após sua exoneração.

Nos dois casos, espera-se que o indivíduo seja suficientemente compensado pelo erro. No sentido mais pragmático, os benefícios do encarceramento a esse respeito devem ser expressos em termos de uma escala móvel, com um ponto de inflexão puramente subjetivo.

Em outras palavras, se um indivíduo condenado injustamente é exonerado após passar um dia de sua sentença na prisão, então o encarceramento claramente é uma punição superior à punição corporal judicial. No outro extremo, no entanto, se um indivíduo condenado injustamente é exonerado após passar 25 anos de sua sentença na prisão, muitos diriam que o castigo corporal judicial é superior ao encarceramento como forma de castigo.

Neste último caso, o indivíduo perdeu efetivamente vinte e cinco anos de sua vida por um crime que não cometeu quando, sob um regime de punição corporal judicial, ele poderia ter sofrido uma provação temporária, embora torturante, e depois libertado. sobre a vida dele.

Nesse ponto, alguém estaria disposto a sofrer punição corporal em vez de encarceramento é uma proposição puramente subjetiva; assim, não existe uma linha dura e rápida que possa ser traçada onde, em termos de condenação injusta, o castigo corporal judicial é superior ao encarceramento. Para colocar isso em uma perspectiva prática, no entanto, considere que em 2013 havia oitenta e sete indivíduos condenados injustamente que foram exonerados¹²¹.

A sentença mais longa e ilícita foi de trinta e seis anos para um indivíduo condenado em 1977¹²². A sentença mais curta e ilícita foi cum-

121 *Exonerações por ano e por tipo de crime*, N AT ' eu R E G I S T R Y D E E X O N E R A T I O N S, <http://perma.cc/9KUE-QSZP> (última visita 4 de abril de 2013).

122 *Resumo View*, N AT ' eu R E G I S T R Y D E E X O N E R A T I O N S, <http://perma.cc/3D43-D93L> (última visita

prida por três pessoas que foram condenadas injustamente em 2013 e depois exoneradas no mesmo ano¹²³.

Supondo que todos foram realmente presos, esses indivíduos condenados injustamente cumpriram um total de cerca de 1.061,5 anos, uma média de 12,2 anos por pessoa¹²⁴.

Assim, como por exemplo, suponha que uma pessoa inocente seja injustamente condenada e sentenciada a 25 anos de prisão. E suponha também que ela sabe que será exonerada em doze anos.

Esse indivíduo suportaria um castigo corporal brutal injustificado e uma libertação imediata? Ou ela prefere suportar doze anos de encarceramento? Esses são dilemas que são inerentemente subjetivos. O ponto, no entanto, é que, em termos do indivíduo exonerado muito em breve após condenação, o encarceramento é claramente superior ao castigo corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica.

O outro extremo é motivo de debate.

4. Superioridade do encarceramento em relação a indivíduos excessivamente perigosos

Em seguida, o encarceramento é superior ao castigo corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica, no que diz respeito ao tratamento de certos indivíduos que simplesmente representam um risco excessivo de perigo para a sociedade. Para infratores perigosos que não podem ser impedidos ou reabilitados por meio de punição corporal judicial, para a segurança da comunidade, a única maneira prudente de lidar com esses indivíduos é o encarceramento.

A esse respeito, lembre-se de que a lei criminal islâmica prevê o encarceramento de tais indivíduos até que eles se arrependam e prometam reformar seus caminhos¹²⁵.

5. Inadequação da punição corporal judicial para pessoas com doenças físicas e mentais

04 de abril de 2014).

123 Id.

124 Id.

125 *ver supra* Parte II (C) (1) (a) (iv).

Finalmente, deve-se reconhecer que existem muitas classes de criminosos que cometem crimes devido a doenças mentais incontrolláveis e, portanto, não podem ser dissuadidos, incapacitados ou reabilitados por meio de punição corporal judicial¹²⁶.

Além disso, certos indivíduos que têm capacidade física cometer crime pode não ter capacidade física para suportar com segurança o castigo corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica.

Com relação a esses criminosos especiais, lembre-se de que a lei criminal islâmica prevê a possibilidade de discricão judicial para fornecer um tratamento mais adequado a essas pessoas¹²⁷ e, portanto, o castigo corporal judicial é inadequado para elas.

B. A política penal da punição corporal judicial: lições da lei penal islâmica para curar os males do encarceramento como forma principal de punição penal

A partir da análise anterior, é evidente que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, não deixa de ter falhas e inconvenientes sérios e que o encarceramento tem suas vantagens claras. No entanto, a implementação do castigo corporal judicial nos Estados Unidos, em algum grau, seria superior ao status quo do encarceramento em massa.

Esta seção identifica as vantagens econômicas da justiça punição corporal, conforme implementado no direito penal islâmico, e procura confrontar com ousadia duas questões importantes. Primeiro, o encarceramento é realmente mais compassivo do que o castigo judicial corporal?

E segundo, o encarceramento é realmente tão eficaz quanto o castigo corporal judicial em relação aos propósitos sobrepostos do castigo criminal?

1. A punição corporal judicial, conforme implementada no direito penal islâmico, é mais eficaz que o encarceramento

126 No entanto, isso não quer dizer que o encarceramento serve como uma alternativa superior. Elaboração adicional sobre este ponto, no entanto, vai além do escopo deste artigo.

127 *ver supra* Parte II (C) (1) (a) (iii).

Ao analisar e investigar as realidades do encarceramento versus punição corporal judicial, conforme aplicado na lei criminal islâmica, é evidente que os resultados do primeiro são muito menos efetivos e muito mais caros do que os últimos em relação à referida lei penal comum. aspirações de dissuasão e reabilitação. Assim, os legisladores e contribuintes dos EUA devem considerar seriamente a reforma do sistema penal, implementando a punição corporal judicial em vez de encarceramento até certo ponto, observando sua aplicação na lei criminal islâmica.

UMA PROPOSTA DE REABILITAÇÃO

Em teoria, o encarceramento serve para atender à política de reabilitação de punição criminal, separando o criminoso das causas e estímulos de seu mau comportamento, permitindo que ela pare e reflita sobre sua vida livre de influências negativas e, assim, reinsira a sociedade como uma contribuição funcional e funcional. membro. No entanto, a observação da sociologia da prisão mostra que a prisão só agrava as influências negativas na vida de um criminoso.

Ou seja, devido à natureza violenta da vida nas prisões, os indivíduos na prisão muitas vezes optam por se associar a um dos muitos grupos ou quadrilhas de prisão para uma sobrevivência básica¹²⁸.

Para ingressar em uma gangue, é necessário que o indivíduo se encontre e estabeleça relações com outros membros da gangue e, frequentemente, implica implicitamente um compromisso de cumprir ordens da liderança dentro da prisão uma vez libertada¹²⁹.

Assim, em vez de sair da prisão reformada, reabilitada e pronta para contribuir positivamente para a sociedade, muitos presos são libertados

128 Orlando-Morningstar, *supra* nota 117, na 1 (notar que “[n] instituições de correcção, há uma tendência natural para presos de modo a formar grupos”).

129 *ver em geral* Marie L. Griffin & John R. Hepburn, *O Efeito da Gang Afiliação na Violent Má Conduta entre os reclusos durante os primeiros anos de confinamento*, 33 C. RIM. J. UST. & B. EHAV. 419 (2006), disponível em <http://perma.cc/U6QC-ZK99> (encontrar uma correlação positiva entre a filiação de gangues e má conduta violenta em presidiários); *Veja também* Orlando-Morningstar, *supra* Nota 117, a 8 (observando que “membros de gangues de prisão divulgados deverão manter-se em contato com os membros ainda na prisão e conduta empresarial gangue fora da prisão”).

sabendo que há mais crimes no futuro¹³⁰. Nesse sentido, um argumento comum afirma que a prisão funciona como uma instituição de treinamento para aumentar as habilidades criminais e que pequenos infratores entram na prisão pela primeira vez inexperientes, apenas para saírem da prisão como criminosos profissionais experientes¹³¹.

Embora fontes autorizadas argumentassem que a determinação individual de alguém pode superar a pressão para se conformar com a criminalidade de colegas reclusos,¹³² estudos - junto com o simples fato das taxas de reincidência - corroboram a proposição de que a prisão geral não reabilita, geralmente leva apenas a mais crimes¹³³.

Talvez a resposta para curar o problema da reincidência e tornar a prisão mais eficaz na reabilitação, então, seja despejar mais dólares de impostos no sistema para pagar treinamento intensivo profissional, aulas de educação e até programas de graduação, pós-graduação e pós-graduação.

Talvez a resposta seja dobrar, triplicar ou quadruplicar a equipe para garantir que nunca ocorra violência entre os presos, que as disputas entre os presos sejam pacificamente resolvidas e para ajudar cada infrator em suas atividades educacionais, emocionais, espirituais, vocacionais e educacionais. reabilitação interpessoal. Por mais decente e sábia que seja essa afirmação, por mais apaixonadamente que se defenda, é politicamente uma quase impossibilidade¹³⁴.

130 M OSKOS, *supra* Nota 4, a 66, 105.

131 Martin H. Pritikin, *A prisão é aumento da criminalidade ?*, 2008 W. E. L. R. EV. 1049, 1055 (2008) (referindo-se à prisão como “uma ‘escola’ para os criminosos”), *disponível em* <http://perma.cc/J9AM-N4CV>.

132 *Ver, por exemplo*, Stanton E. Samenow, *Não Prisões realmente fazer Offenders Pior ?*, P SYCHOLOGY T oje (09 de abril de 2011), <http://perma.cc/2NL2-4Q23>. notas Dr. Samenow que, em suas conversas com os presos, está claro que os prisioneiros sem ambição pode permanecer neutro, o trabalho sobre reabilitar-se, e se associam com like-minded presos desejam na reabilitação e ainda manter o respeito dos colegas de cela. *Eu iria*.

133 *Ver, por exemplo*, Edward J. Latessa & Christopher Lowenkamp, *O que funciona na redução da reincidência ?*,

134 *Ver, por exemplo*, Edward J. Latessa & Christopher Lowenkamp, *O que funciona na redução da reincidência* 2,3 U. S. T. T. HOMAS LJ 521, 522 (2006) (“[P] laçar infratores de baixo risco com infratores de alto risco pode levar a uma ‘educação’ no comportamento anti-social para o infrator de baixo risco.”); *Veja também* Donald T. Hutcherson II, *Crime Pays: A conexão entre o tempo na prisão e futuros ganhos Penal*, 92 P Rison J. 315 (2012) (observando que indivíduos com história de encarceramento ganhar cerca de US \$ 11.000 mais em renda ilegal do que as pessoas fazem sem uma história de encarceramento).

A política nem sempre coincide com a sabedoria e a decência e, como a população prisioneira não é um grupo politicamente simpático, poucos políticos estão dispostos a assumir sua causa. Não importa quão correto e prudente possa ser aumentar significativamente as despesas no sistema prisional para aumentar sua eficácia em reabilitação, os meios para alcançá-la são simplesmente inacessíveis em uma democracia como a nossa. Portanto, é necessário encontrar uma solução realista, porém máxima efetiva.

A punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, serve ao propósito de reabilitação da punição criminal com muito mais eficácia e a um custo muito menor do que o encarceramento.

Na tradição islâmica, a unidade familiar é o alicerce básico da sociedade através do qual os princípios subjacentes da sociedade islâmica são desenvolvidos e mantidos; e a autoridade governamental raramente intervém na família de maneira que a família como um todo seja afetada negativamente¹³⁵.

Isso talvez seja contrastado com a ênfase nas liberdades e liberdades individuais, bem como no papel do Estado nas disputas domésticas ea proteção e educação de crianças sob uma estrutura ocidental¹³⁶.

Assim, a abordagem islâmica para a punição criminal, naturalmente, responde pelo bem-estar da família e procura utilizar a família como um recurso primário para a reabilitação do criminoso. Especificamente, em vez de rasgar o afastado criminoso de seu cônjuge, filho (s) e / ou os pais através de encarceramento, a unidade da família é mantida intacta para o bem-estar da família como um todo e, em larga escala, para o bem-estar geral da sociedade¹³⁷.

O encarceramento tem o potencial de separar os filhos de seus cuidadores e modelos, cônjuges de seus chefes de família e pais idosos de seus filhos. No entanto, esse princípio também funciona no melhor interesse

135 B_{HALA}, *supra* nota 22, em 862.

136 *Eu iria*. Veja também Karen J. Lugo, *Direito de Família Americana e Sharia-Compliant casamentos*, 13 E NGAGE, não. 2, julho 2012, no 79, 80, disponível em <http://perma.cc/MQ4W-2Z86>.

137 Mansour, *supra* nota 116, em 200 (“A execução da ‘sanção corporal’ permite que o criminoso para retomar seu trabalho imediatamente depois; ele também não está impedido de apoiar si mesmo e suas crianças que vivem com a família one mantém intacto e unidos. Isso difere da prisão em que o infrator é privadas de ganhar a vida para si e sua família, que por sua vez pode forçar a família em crime por causa de necessidade.”).

do criminoso como indivíduo. Ou seja, em vez de ficar preso na proximidade de (e, portanto, sujeito a corrupção por) outras mentes criminosas, o infrator da lei criminal islâmica, após sofrer uma provação excruciante, é imediatamente entregue aos cuidados e custódia de sua família¹³⁸.

Devido à importância da família como uma unidade, a lei islâmica presume que os membros da família estejam unidos e preocupados com o bem-estar de cada membro¹³⁹. Assim, enquanto o criminoso cura e se recupera de suas feridas, ele é forçado a descansar na cama. na casa da família, onde, idealmente, os membros da unidade familiar reunirão, conectarão e corrigirão os erros na vida do criminoso¹⁴⁰.

b. Dissuasão

Em teoria, o encarceramento serve para atender à política de dissuasão da punição criminal, tornando a prisão uma experiência gravemente infeliz, inconveniente e estigmatizada. Mas fatos incontestáveis mostram que a taxa de reincidência nos Estados Unidos é alta; e, segundo todas as contas, essa taxa permaneceu ostensivamente estável¹⁴¹.

De fato, estudos mostram que aproximadamente metade de todos os presos retornará à prisão novamente dentro de três anos após a libertação, aparentemente indiferente à a experiência anterior¹⁴².

Nesse sentido, é importante examinar as razões pelas quais os presos libertados se contentam em retornar à prisão e, além disso, por que outros indivíduos da sociedade se contentam em entrar na prisão em primeiro lugar. Primeiro, para alguns reclusos, a prisão é o lugar onde eles se sentem mais seguros¹⁴³.

138 *Eu iria*. em 216 (“[Flagelação] pode ser facilmente imposta e, assim, provoca uma privação mínimo de liberdade para o acusado. Ele pode, posteriormente, comparecer ao seu negócio e servir o interesse de sua família. Ele também é do interesse da comunidade que, assim, evita ter que levá-lo sob sua responsabilidade, como é necessário no caso de prisão. da mesma forma, o delinquente que escapa, assim, a prisão é salvo de ser corrompido pela influência de prisioneiros incorrigíveis.”).

139 B HALA, *supra* nota 22, em 993.

140 *Vejo* Susan C. Hascall, *Justiça Restaurativa no Islã: se Qisas ser considerado uma forma de Restorative Justice*?, 4 B ERKELEY J. M iddle E. & I Slamic L. 35, 55 n.85 (2011).

141 P ai credo C TR. NO S EMBROS, *supra* nota 10, em dois.

142 *Ver supra* Parte I; eu Angan & eu EVIN, *supra* nota 11 a 1; e P ai credo C TR. NO S EMBROS, *supra* Nota10, no 2.

143 Orlando-Morningstar, *supra* nota 117, em 9-10 (“[S] ome membros prisão de gan-

Ou seja, na sociedade, eles podem ser forçados a residir no caminho de gangues rivais, inimigos assassinos ou simples desemprego. Presos no ciclo da criminalidade, eles podem não ter as habilidades necessárias para obter um emprego legal ou estão sujeitos a discriminação no emprego com base em seu passado criminal¹⁴⁴.

Com a incapacidade econômica de se mudar e recomeçar, eles simplesmente aceitam sua identidade como criminosos por toda a vida, ansiando por a perversa segurança e camaradagem do partidarismo prisional, sem mencionar moradia, comida e assistência médica gratuitas¹⁴⁵.

Assim, nesse sentido, a prisão como refúgio financiado pelos contribuintes falha em cumprir a política dissuasora da “penologia”. Por outro lado, a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, serve ao propósito de dissuasão da punição criminal com muito mais eficácia e a um custo muito menor do que o encarceramento¹⁴⁶.

Primeiro, a punição de açoitamento é notoriamente excruciante, um fato que simplesmente não pode ser obscurecido ou distorcido, colocando assim a sociedade em aviso de que a prática das ofensas legisladas pode resultar em consequências graves.

Segundo, enquanto a amputação como punição na lei criminal islâmica é severa e contraditória¹⁴⁷, deve-se reconhecer que a natureza gráfica e amplamente incontrolável dessa punição atende diretamente à política penal de dissuasão. Além disso, sob a lei criminal

gues são mais confortáveis na prisão, com o resto da sua organização, de fora da prisão. Consequentemente, não é incomum para membros de gangues liberados para propositalmente violar as condições de sua supervisão, a fim de voltar para a prisão.”).

144 *Consulte Sobre*, B AN THE B BOI C AMPAIGN, <http://perma.cc/6PPK-3DVX> (última visita 3 de abril de 2014) (descrevendo um dos vários movimentos de base que visam acabar com trabalho ea discriminação habitação contra ex-reclusos).

145 *Ver, por exemplo*, Orin Kerr, *Homem tenta cometer \$ 1 Robbery para obter cuidados de saúde na prisão*, V OLOKH C ONSPIRACY (21 de junho de 2011), <http://perma.cc/V9CT-QNV8> (observando o caso de um homem Carolina do Norte, com um crescimento em seu peito, dois rompeu discos, e um problema com o pé esquerdo, sem emprego e sem médicos seguros que exigiu US\$ 1 a partir de uma caixa de banco para o propósito expresso de receber uma pena de prisão e, assim, receber os benefícios de saúde prisão). *mas veja* Christopher Beam,

Jailhouse Doc: O que é o Sistema de Saúde como na prisão?, S ATRASADO (25 março de 2009), <http://perma.cc/7JF7-SU6X> (observando que, “na melhor das hipóteses, [saúde prisão] é quase tão bom quanto um plano de baixa renda saúde. Na pior das hipóteses, é quase inexistente”).

146 Ahmad Abd-Aziz al-Alfi, *supra* Nota 53, no 231 (“A função de dissuasão de punição serve como um aviso ao público para não cometer crimes, para proibi-los de imitar o criminoso para não sofrer o seu destino.”).

147 *ver infra* Parte III (A) (1).

islâmica, o momento em que judicial a punição corporal infligida é puramente temporária¹⁴⁸.

Imediatamente após o término da provação, o agressor é entregue à família e, portanto, a punição não oferece benefícios colaterais financiados pelos contribuintes da maneira que o encarceramento faz e não há incentivo perverso para cometer mais crimes¹⁴⁹.

2. A punição corporal judicial é menos onerosa que o encarceramento

Além da discussão anterior sobre a superioridade do castigo corporal judicial, conforme implementado no direito penal islâmico, em relação aos dois propósitos penais de reabilitação e dissuasão, o castigo corporal judicial, conforme implementado no direito penal islâmico, também é superior ao encarceramento no campo da economia.

Como mencionado anteriormente, os gastos federais anuais no sistema prisional excederam US \$ 6,5 bilhões e os gastos anuais com correções estaduais totalizaram US \$ 52 bilhões¹⁵⁰.

Pode-se argumentar que a privatização das prisões economizaria dólares preciosos dos contribuintes. Essa visão, no entanto, deixa de levar em conta os males e as desvantagens de longo prazo que podem resultar de tal arranjo.

Além do incentivo econômico de altas taxas de criminalidade e altas taxas de reincidência para garantir a maior “base de clientes” possível, existem vários outros exemplos que mostram os males das prisões privatizadas em relação à segurança pública, segurança prisional, reabilitação de criminosos e a possibilidade. Como mencionado anteriormente, o castigo corporal judicial, implementado na lei criminal islâmica, atende aos propósitos penais da reabilitação e dissuasão com mais eficácia do que o encarceramento, e a um custo muito menor¹⁵¹.

148 Mansour, *supra* nota 116, no 200 (“A *hudud* penalidades são projetados para evitar limitações razoáveis sobre a liberdade individual, na medida em que eles são ‘penas corporais.’ Eles são executados por um período limitado e dor física causa momentaneamente grave para o criminoso e permanecem inesquecíveis para ele a fim de que na maioria dos casos, ele vai abster-se de futuro conduta criminoso.”).

149 Id.

150 *ver supra* Parte I.

151 *Ver, por exemplo*, Barry Yeoman, *Privatização não Benefício Será que o sistema prisional, em*

Primeiro, em relação ao objetivo penal da reabilitação, a política de a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, procura desviar o custo dos contribuintes e para as famílias dos infratores¹⁵².

Ou seja, em vez de extrair dólares do bolso dos contribuintes para programas de treinamento vocacional, aulas educacionais, aconselhamento e religião recursos para a melhoria do criminoso, a família do criminoso torna-se responsável por fornecer esses recursos. E, quanto ao objetivo penal da dissuasão, o custo do contribuinte de administrar a justiça por meio de punição corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica, é essencialmente limitado ao preço da arma e ao salário do punidor¹⁵³.

3. O castigo corporal judicial, conforme implementado no direito penal islâmico, é mais compassivo do que encarceramento

UMA MÉRICA S P RISON: O PPOSING V IEWPOINTS 71, 72-75 (Roman Espejo ed., 2002) (observando os incentivos de redução de custos de prisões privadas e como ele pode levar à diminuição da segurança devido à insuficiência de pessoal, tecnologia extinta, e instalações insuficientes. Por exemplo, o autor cita a , nomeadamente, o caso dos presos escapam de um motel antigo convertido em uma penitenciária, em menor número os funcionários que amarrado e delinquentes juvenis abusadas, e em menor número guardas prisionais que se envolveram em relações sexuais com os presos para a proteção); *Veja também* Jeff Becker, *Privatização Benefício Será que o sistema prisional*, em UMA MÉRICA S P RISON, *supra*, em 66, 67 (observando o caso de seis presos que escaparam de uma prisão privada cortando um buraco no muro); e K ARILO K ICENSKI, C Incineração IN ON C RIME: T ELE D RIVE TO P RIVATIZE C alifornia S TATE P RISON

1 (2014) (observando o caso de um juiz da Pensilvânia que foi condenado por ter aceitado cerca de US \$ 2,6 milhões em propinas de um estabelecimento prisional privado em troca de pareceres condenatórios juvenis para a instalação); *ver também, geralmente*, KC C AR-CERAL, P Rison, Eu NC .: CA ONVICT E XPOSES eu IFE Eu nside A P rivate P Rison 219 (2006) (observando os incentivos “controle de custos” para prisões privadas e seus numerosos efeitos nocivos).

152 *ver supra* Parte III (A) (1) (a).

153 Com os avanços médicos e científicos de hoje, no entanto, deve-se reconhecer que os contribuintes devem conter um certo grau de custos para a administração da justiça em direito penal islâmico. As instalações e pessoal para administrar a punição corporal judicial deve ser obtida com a máxima consideração pela segurança médica da compaixão criminosa e fundamental. Por exemplo, uma jurisdição administrar a punição corporal judicial teria que fornecer instalações sanitárias medicamente para o calvário. E, em cada administração de punição corporal judicial, não teria que ser um pessoal médico qualificado no local para informar o criminoso do processo, instrua o punidor sobre a técnica correta e lícita, e para assegurar que haja apoio de emergência médica disponível se necessário.

Como mencionado acima, o status quo do encarceramento nos Estados Unidos provavelmente surgiu como uma resposta compassiva ou remorso à desigualdade, racismo e mal fundamental que o castigo corporal parecia representar de uma maneira mais gráfica¹⁵⁴. E, com certeza, a imposição de punição corporal é uma provação surpreendentemente gráfica e brutal.

No entanto, o status quo do encarceramento não eliminou a ameaça de brutalidade e violência para os infratores presos. De fato, em alguns casos, a experiência de vida encarcerada é mais brutal, mais violenta e mais desumana do que a provação da punição corporal judicial sob a lei criminal islâmica.

Assim, no que diz respeito à idéia de compaixão pela integridade corporal de criminosos sujeitos ao status quo de encarceramento, a punição corporal judicial sob a lei criminal islâmica é mais compassiva. Finalmente, a punição corporal judicial sob a lei criminal islâmica é mais humana do que o status quo do encarceramento em relação aos danos colaterais infligidos aos amigos, à família e à comunidade de um infrator quando ele é separado da sociedade e preso.

a. A desumanidade da vida encarcerada

Talvez o argumento mais pungente que milita contra o castigo corporal judicial seja a repugnância da idéia de o Estado tomar uma atitude afirmativa.

Agir para infligir dor e violar a integridade corporal de um ser humano.

De fato, tal proposição é repugnante e difícil de suportar. No entanto, o crime é uma realidade infeliz na sociedade que deve ser abordada; os infratores devem ser dissuadidos de seus erros e, se possível, reabilitados, a fim de se juntar à comunidade como um membro em funcionamento.

O status quo do encarceramento tem como premissa amplamente esse medo de que o Estado tome uma ação afirmativa que viole a autonomia individual e a integridade da pessoa¹⁵⁵.

154 *ver supra* Parte II (C) (2) (a) (iv).

155 M_{URTAGH}, *supra* nota 113, em 66. Este medo é um subproduto de ideais americanos clássicos

Assim, em vez de adotar o ato afirmativo de infligir punição corporal aos infratores, o Estado opta por tomar ato negativo e menos controverso de encarcerá-los¹⁵⁶.

No entanto, sem recursos substanciais para tornar a vida encarcerada mais civilizada, menos violenta e mais passível de reabilitação (que, como discutido anteriormente, é politicamente implausível nos Estados Unidos)¹⁵⁷.

O ato negativo

O encarceramento serve apenas para varrer a realidade brutal da punição criminal nos pátios, celas e chuveiros da prisão, obscurecidos por trás de muros fortificados e em grande parte livres de atenção externa da mídia e dos membros do público.

O encarceramento não é necessariamente mais humano que o castigo corporal judicial. Além da auto-agressão, existem essencialmente duas fontes de violência às quais um preso pode ser submetido: guardas de prisão e companheiros de prisão. Primeiro, basta mencionar os notórios exemplos do experimento realizado na prisão de Stanford¹⁵⁸

de liberdade individual e autonomia corporal e integridade, encapsulados em alguns dos princípios mais básicos da nossa Constituição e jurisprudência criminal. *Ver, por exemplo*, Skinner v. Oklahoma, 316. US 535 (1942) (que conclui que a procriação é um direito fundamental nos termos da Constituição e que uma lei estadual permitindo que o estado de esterilizar os infratores condenados três ou mais vezes de “crimes envolvendo torpeza moral” era inconstitucional sob a Cláusula de Proteção Igual da Décima Quarta Emenda uma vez que alguns crimes de igual ofensa foram especificamente excluídos do ato) (Stone, CJ, concordante.); *ver também*, *por exemplo*, v Griswold. Connecticut, 381 US 479 (1965) (que conclui que as “emanações” do primeiro, terceiro, quarto, quinto e nono Alterações criar “direitos de penumbra de” privacidade e repouso” e que uma lei estadual proibindo o aconselhamento dos casais em métodos de contracepção era uma violação inconstitucional de um direito à privacidade) (Black & Stewart, JJ, dissidente.); *mas veja*, Buck v. Bell, 274 US 200 (1927) (que conclui que uma lei estadual que permite a esterilização de deficientes mentais comprometidas com a instituição mental estado após uma audiência não violou o devido processo e proteção igual cláusulas da Décima Quarta Emenda) (Butler, J., divergente).

156 M URTAGH, *supra* nota 113, a 66

157 *ver supra* Parte III (B) (1) (a).

158 O Experimento da Prisão de Stanford foi conduzido pela Universidade de Stanford professor de psicologia Philip Zimbardo em 1971. Kathleen O’Toole, *O Experimento da Prisão de Stanford: Ainda Powerful após todos estes anos*, S_{Tanford} N_{ews} S_{erviço} (08 de janeiro de 1997) <http://perma.cc/L7S4-BHNJ>. O experimento envolveu uma prisão improvisada no campus e vinte e quatro alunos-sujeitos,

escolhido como o “mais normal” para fora de um grupo de setenta e cinco candidatos. *Eu iria*. Alguns foram designados para ser guardas e os outros foram atribuídos como prisioneiros. *Eu iria*.

ou, talvez, o escândalo da prisão de Abu Ghraib¹⁵⁹ para reconhecer a capacidade de seres humanos normais de cometer atos atrozes a partir de uma posição de poder.

No entanto, apesar da capacidade de abuso, o uso de guardas é melhor do que a alternativa de deixar os prisioneiros para se autogovernarem¹⁶⁰. Infelizmente, esse último cenário costuma ser o caso de fato¹⁶¹. Em segundo lugar, os presos são confrontados com a possibilidade de violência por parte dos presos. Outros presos em um ambiente amplamente sem lei, do qual a fuga é impossível¹⁶².

Embora exista dúvida quanto à veracidade do retrato da vida nas prisões na cultura popular através da televisão, filmes e outras formas de mídia, a academia confirma que o encarceramento envolve um risco substancial de sendo submetido a violência severa, contato

Aqueles designado para ser guardas foram “instruídos de que eles não estavam a usar a violência, mas que seu trabalho era manter o controle da prisão.” *Eu iria*. O experimento rapidamente transformada em uma situação de abuso terrível realizada pelos guardas contra os prisioneiros e, no estímulo da guarda, os prisioneiros mesmo abusado uns aos outros. *Eu iria*. Por exemplo, os guardas forçaram os prisioneiros a passar por rotinas de exercícios prolongados, removeu seus colchões por mau comportamento, só permitiu-lhes a usar um balde de excrementos e proibiu-os de esvaziá-lo, e forçaram os prisioneiros se submeter a outra desumanizante e atos degradantes. *Eu iria*. Embora o experimento era para durar entre sete e quatorze dias, ele teve que ser prematuramente interrompido no sexto dia, devido ao comportamento dos indivíduos. *Eu iria*. 159 Entre 2003 e 2004, o pessoal do Exército dos Estados Unidos estacionados na prisão de Abu Ghraib no Iraque cometeu vários graves abusos dos direitos humanos contra pessoas detidas na sequência da queda de Saddam Hussein e subsequente guerra no Iraque. Seymour M. Hersh, *Tortura em Abu Ghraib*, N ai credo Y ORKER (10 maio de 2004), <http://perma.cc/A6EV-JDEW>. O mau comportamento incluiu abuso físico e sexual, tortura, estupro, e até mesmo resultou na morte de alguns detidos. *Eu iria*. Especialistas têm atraído comparações impressionantes entre o Experimento da Prisão de Stanford e do escândalo de Abu Ghraib. *ver em geral* George R. Mastroianni & George Reed, *Maças, barris e Abu Ghraib*, 39 S OCIOLOGICAL F OCO 239 (2006).

160 C ARCERAL, *supra* nota 154, em 220-221.

161 M OSKOS, *supra* Nota 4, em 52 (“Embora guardas podem agir como se estivessem no comando, por causa dos números absolutos, as prisões são, com efeito, executado por prisioneiros. E sem formas legais de resolução de litígios e a realização de transações, violência e criminalidade se tornar o norma.”).

162 Como referido acima, enquanto que o encarceramento é o melhor método para incapacitante infratores (abreviação da pena capital), o comportamento criminoso e má conduta é galopante dentro dos muros da prisão; *ver supra* Parte III (A) (2). *ver em geral* R EBEBCCA T RAMMELL, E NFORCING THE C ONVICT C TRIBUTO: V iolência E P Rison C ULTURA 19 (2012) (observando que os entrevistados em um estudo afirmou que o retrato da vida na prisão na cultura popular é enganosa, mas que os dados amplos indicando uma abundância de violência no refuta prisão tais afirmações); *Veja também* M ATTHEW S ILBERMAN, AW ORLD DE V iolência: C ORRECTIONS INUMA MERICANA 16 (1995) (“[I] n uma forma ou de outra, a sobrevivência na prisão depende adaptar à violência tanto como perpetrador ou vítima.”).

sexual semi-consensual e não consensual e até a morte¹⁶³. Na realidade, porém, nenhuma pessoa racional pode prever os tipos de atos repugnantes que podem ocorrer dentro das células e edifícios que contêm alguns dos mais importantes da sociedade.

Mentes Perigosas.

Em contraste com o status *quo* do encarceramento, o castigo corporal judicial, implementado na lei criminal islâmica, pode ser surpreendentemente mais compassivo. Primeiro, a certeza e a natureza finita da punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, é superior à horrível insegurança e incerteza perpétua que prevalece no status quo do encarceramento. Ou seja, um criminoso condenado ao encarceramento, na realidade, não está ciente de como será sua experiência na prisão.

Certamente, existem algumas prisões bem administradas e, além disso, a natureza do agressor, suas habilidades interpessoais e sua inclinação pessoal à agressão desempenham um papel, mas estatisticamente é muito provável que ele esteja envolvido em algum grau de violência durante sua sentença, que pode até exceder o nível de violência considerado punição corporal na lei criminal islâmica¹⁶⁴.

Além disso, devido à possibilidade de complicações administrativas e erros de boa-fé, ele pode não ter certeza de sua segurança ou liberação oportuna após o culminar de sua sentença¹⁶⁵.

163 *ver em geral* REBECCA T RAMMELL, E NFORCING THE CONVICT C TRIBUTO: V iolência E P RisonC ULTURA 19 (2012) (observando que os entrevistados em um estudo afirmou que o retrato da vida na prisão na cultura popular é enganosa, mas que os dados amplos indicando uma abundância de violência no refuta prisão tais afirmações); *Veja também* M ATTHEW S ILBERMAN, AW ORLD DE V iolência: C ORRECTIONS IN UMA MÉRICA 16 (1995) (“[I] n uma forma ou de outra, a sobrevivência na prisão depende adaptar à violência tanto como perpetrador ou vítima.”).

164 *ver em geral* Silberman, *supra* nota 166 (observando pesquisa do autor de assuntos penitenciários em uma prisão de segurança máxima ao longo de um período de catorze meses, que incluiu vários casos de violência). Silberman observa especificamente a ocorrência de oito homicídios em um período de vinte e seis meses na prisão e descreve suas causas como qualquer coisa de filiação racial à orientação sexual para “dedurar”. *Eu iria.* em 24-25, 33-34.

165 *Ver, por exemplo,* Queixa e Júri Demand, Ankeney v Colorado, 1: 14-cv-00007-BNB (D. Colo 02 janeiro de 2014.). *Ankeney* é uma ação de classe, alegando que o Departamento de Correções Colorado não conseguiu corretamente conta para o tempo de serviço de vários presos, incluindo fatores que poderiam legalmente mitigar a quantidade de tempo

Em contraste com essa realidade, a sentença de punição corporal judicial, conforme implementada no direito penal islâmico, é, sem exceção, absolutamente precisa. O infrator sabe exatamente o castigo que deve receber e, quando termina, sabe que sua sentença foi satisfeita para sempre.

Além disso, o castigo corporal judicial, aplicado na lei criminal islâmica, é mais humano do que encarceramento, no sentido de que, após a imposição do castigo, o criminoso deve ser imediatamente entregue à custódia de sua família que, na tradição islâmica, se importa mais pelo seu bem-estar. A família do criminoso deve nutri-la, ajudar a corrigir suas tendências criminais e, finalmente, reabilitá-la na sociedade. A comunidade carcerária sob o status quo de encarceramento, em geral, não cumpre nenhum papel positivo semelhante.

b. Dano colateral de encarceramento

Finalmente, é importante reconhecer o grave dano colateral que resulta quando um indivíduo sofre encarceramento. Frequentemente, o encarceramento resulta em danos ou dizimação total de um relacionamento familiar, conjugal ou comunitário.

Ou seja, quando um cônjuge é preso, alguém é separado de um parceiro conjugal, uma fonte de apoio e talvez o único ganha-pão. Quando um dos pais é preso, a criança pode perder um cuidador e um modelo. Quando um colaborador da sociedade é encarcerado, uma comunidade perde um participante e um empregador pode perder um empregado. O tempo todo, os que ficam do lado de fora são deixados para sobreviver sem o indivíduo encarcerado.

Os membros da família que antes confiavam no indivíduo podem ficar estagnados, eventualmente se tornando um fardo para os contribuintes e até, talvez, para novos participantes na máquina da criminalidade. Certamente, existem alguns criminosos que devem ser

necessário, causando assim os presos para servir mais tempo do que deveriam. *Eu iria.; Veja também*, Kirk Mitchell, *Ação judicial diz Sentenças para milhares de detentos Colorado são muito longos*, D_{ENVER} P_{OST}, 02 janeiro de 2014, <http://perma.cc/7ZRV-CA8G>; e Jill Disis, *Mulher Acidentalmente é colocado em Male Cellblock em Marion County Jail*, Eu_{NDPLS} S_{ALCATRÃO}, 26 de março de 2014, <http://perma.cc/U7FC-K7LE> (observando um erro administrativo que causou um prisioneiro do sexo feminino para ser colocado em uma cela com outros nove homens para uma quantidade desconhecida de tempo).

separados de suas famílias, cônjuges, filhos e / ou toda a comunidade por motivos de segurança. No entanto, a privação de liberdade por meio de encarceramento só é utilizada na lei criminal islâmica na medida em que o infrator se mostre incorrigível e sem lembranças¹⁶⁶.

Em todos os outros casos, a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, é aplicada com um olho na bem-estar geral do ofensor, de sua família e de sua comunidade¹⁶⁷.

Após infligir a punição, ele pode circular livremente pela sociedade, continuar morando com sua família e trabalhar para sustentar a si e a sua família¹⁶⁸. Assim, a punição corporal judicial conforme implementado na lei criminal islâmica, é mais compassivo do que o status quo do encarceramento, na medida em que os danos colaterais ao cônjuge, aos filhos e à comunidade do agressor são minimizados e a unidade familiar é mantida intacta, se possível.

PARTE IV: CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS

Em conclusão, o objetivo deste artigo era detalhar o castigo corporal judicial como uma alternativa superior ao status quo do encarceramento nos Estados Unidos, apontando o exemplo da lei criminal islâmica. Assim, este artigo foi estritamente adaptado à questão em questão e não abordou duas questões importantes que estão fora de seu escopo.

Primeiro, o Artigo não alegou que a punição corporal judicial, implementada na lei criminal islâmica, é a resposta suprema para livrar o mundo do crime, reabilitar os infratores e tornar o sistema de justiça criminal mais justo.

Em vez disso, argumenta que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, é superior ao status quo

166 Benmelha, *supra* nota 54, a 217 (“[Incarceration] é geralmente reservada para os criminosos incorrigíveis e aqueles que são considerados reincidentes perigosas.”).

167 Mansour, *supra* nota 116, em 200 (“[T] ele execução da ‘sanção corporal’ permite que o criminoso para retomar seu trabalho imediatamente depois; ele também não está impedido de apoiar a si mesmo e seus filhos de estar com a família mantém intacta.... e unidos. a ausência do chefe da família pode levar os outros membros da família no comportamento delincente e criminoso.”).

168 Id.

do encarceramento em massa, apesar das desvantagens da punição corporal judicial.

Segundo, e por fim, o Artigo não tentou fornecer uma estrutura detalhada por meio da qual a punição corporal judicial pudesse ser introduzida praticamente no sistema de justiça criminal dos EUA¹⁶⁹.

169 Alguns conceitos, no entanto, pode ser observado em relação a este último ponto. Professor Peter Moskos defende a implementação de punição corporal judicial nos Estados Unidos com base em grande parte da Singapura e os modelos da Malásia. M OSKOS, *supra* Nota 4, em 10. Ao fazê-lo, notas Moskos primeiro que flagelação nunca deveria ocorrer sem o consentimento do infractor. *Eu iria*. em 144. Ou seja, se o condenado infractor desejos para evitar o castigo corporal e simplesmente cumprir a pena de prisão padrão para sua ofensa, então nada deve impedi-lo de tomar essa decisão. Em segundo lugar, Moskos defende uma fórmula de dois cílios substituídos para cada ano em que seria servido na prisão, com um mínimo de um chicote de frases mais curtas e um máximo de trinta cílios. *Eu iria*. Em todos os casos, porém, o conselho de um médico iria ser sempre levada em consideração. *Eu iria*. a 145.

O ACESSO AO DIREITO SOCIAL À MORADIA: A EXPOSIÇÃO DE CONCEITOS DO DIREITO CIVIL QUE CARECEM DE MUDANÇA

ACCESS TO THE LAW ON SOCIAL HOUSING: CIVIL LAW CONCEPT'S EXHIBITION THAT NEED CHANGE

Clarissa Belo Dutra Nunes Senna¹

Resumo: A garantia à moradia é vital para a preservação da dignidade da pessoa humana, mas ainda deficiente em sua implementação prática. Sua efetivação poderia ser alcançada de forma mais taxativa caso fosse adotado em novo entendimento de certos conceitos doutrinários. Dentre eles, destacamos a vedação da usucapião de terras públicas e o entendimento que a posse de tais bens induz mera detenção.

Palavras-chave: Moradia; Dignidade; Posse; Usucapião; Detenção.

Abstract: Housing ensuring is vital to the preservation of human dignity, but still deficient in its practical implementation. Its effectiveness could be achieved more emphatically if some concepts changed. Amongst them, include the prohibition of prescription possession of public lands and the understanding that the possession of such things induces mere detention .

Keywords: Housing; Dignity; Possession; Prescription (Adverse Possession); Detention.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo; Pós graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Damásio; email: clarissa_dutra@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O Direito à moradia se encontra preceituado expressamente no artigo 6º da Constituição Federal integrando, portanto, o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da referida lei. Esse direito “traduz uma necessidade primária do homem, condição para uma vida digna e complemento de sua dignidade e cidadania”².

Entretanto, tal garantia ainda é passível de muitas implementações práticas, pois a realidade das condições habitacionais e do enorme contingente populacional que não possui um lar é diariamente contraposta às previsões legislativas.

A moradia sempre esteve relacionada à condição social de seus ocupantes, conforme uma breve declaração histórica nos leva a concluir. No período brasileiro denominado escravocrata³ (dos séculos XVI a XIX, aproximadamente), uma das formas de se demonstrar a diferença existente entre os escravos e os senhores de engenho, era a moradia ocupada por essas pessoas. Enquanto os escravos, vistos como meras propriedades moravam nas senzalas que eram verdadeiros galpões, os senhores de engenho e suas famílias habitavam as denominadas “casas grandes”, mansões regadas a luxo.

Dito isso, importante se mostra uma análise histórica ampla acerca dos direitos fundamentais e de sua transformação ao longo dos anos.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não se sabe ao certo quando surgiram as ideias acerca dos direitos fundamentais, mas “o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis⁴ (...)”.

2 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 97

3 FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp/Imprensa Oficial do Estado, 2001

4 SARLET, Ingo W. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.38

Com o surgimento desse entendimento de que o homem era titular de direitos originais, com o passar do tempo surgiram importantes pensadores que declararam seus pensamentos acerca desse ideal.

Com a chegada do século XVI, a doutrina jus naturalista atinge seu ponto culminante de desenvolvimento⁵, pois se passa a entender que os direitos se relacionam à essência dos indivíduos, sendo responsáveis pela expressão da sua liberdade.

No século XVII, podemos citar a obra de Thomas Hobbes (1588-1679) que entendia serem os direitos naturais exercidos apenas no estado de natureza, sendo válido ressaltar que foi nesse período, na Inglaterra, que a ideia de direitos naturais alcançou relevância prática, deixando-se ser algo meramente teórico⁶.

Prosseguindo, no século XVIII, pode ser citado Immanuel Kant (1724-1804), que elaborou a teoria dos direitos naturais do indivíduo e culminou por popularizar a expressão “direitos do homem”, ao invés de “direitos naturais”⁷. Para Kant, a liberdade é um direito do homem, por excelência, que abrange todos os outros direitos naturais.

No que tange a previsão constitucional dos direitos fundamentais, vale ressaltar o segundo marco do Constitucionalismo, que ocorreu com a edição da Magna Carta em 1215, pois tal ordenamento limitou os poderes do governante e preceituou liberdades que, posteriormente, foram cabais na previsão de garantias fundamentais constitucionais.

Declarações inglesas ocorridas ao longo do século XVII, como a famosa *Bil of Rights*, de 1689, reconheceram liberdades aos cidadãos, culminando por uma progressiva limitação do Poder monárquico e privilegiaram as “liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público”⁸.

Não podemos deixar de citar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da Revolução Francesa, que reconheceu ser o homem dotado de direitos fundamentais inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens e não apenas de uma casta ou estamento⁹.

5 SARLET, Ingo W. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.39

6 SARLET, Ingo W. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.39

7 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*, p.31-2

8 SARLET, Ingo W. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.43

9 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*, p.36

Os direitos fundamentais, portanto, foram reconhecidos em constituições e passaram por mudanças dogmáticas, por conta do entendimento dos mais diversos doutrinadores ao longo dos séculos. Vale ressaltar que essa transformação permite classificar os direitos em três gerações¹⁰. Os direitos econômicos, sociais e culturais pertencem à segunda geração e foram preconizados ao longo do século XIX. Atualmente, o direito à moradia é visto como um direito social, e foi assim tratado pela primeira vez no artigo 25, I da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)¹¹.

O direito universal à moradia entra em conflito com a ideia da propriedade privada e, por isso, apesar dos avanços históricos quanto ao entendimento e extensão do que seja “direito fundamental”, a realidade na aquisição de qualquer um deles e, em especial, à moradia, ainda tem muito a avançar.

Dito isso, passamos a analisar individualmente o direito à moradia.

2. DO DIREITO À MORADIA: SUA CORRELAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio referido como dignidade da pessoa humana se apresenta como alicerce dos direitos fundamentais, pois é fruto de longa e demorada maturação em seu desenvolvimento e lança luzes sobre todo nosso sistema jurídico (CRFB, art. 1º, III).¹²

Em 1948, quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tal garantia foi estabelecida em seu preâmbulo, declarando:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, (...).

Conforme citado alhures, tal Declaração também faz menção, em seu artigo 25º, a uma garantia habitacional, ou seja, preconiza o direito à moradia:

10 SARLET, Ingo W. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.45

11 MARRA, Natália Cardoso e GONÇALVES, Raquel Garcia. *O acesso ao direito social à moradia nas metrópoles*, p. 141

12SILVA, Willian. SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual de Processo Penal Constitucional*, p.4

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (grifo nosso).

A primeira Constituição brasileira a prever um título sobre direitos sociais foi a de 1934¹³ e na Constituição atual (1988) tais direitos estão preceituados no Título II, Capítulo II. O artigo 6º é o primeiro dessa seção e declara serem direitos sociais a “educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifo nosso)”.

O direito à moradia surge concomitantemente às constituições sociais¹⁴.

Os direitos sociais são uma dimensão dos direitos fundamentais que possibilitam melhores condições de vida e criam condições de igualdade entre as pessoas em geral. De acordo com Patrícia Marques Gazola, os direitos de liberdade somente são alcançados a partir dos direitos sociais¹⁵.

Ingo Sarlet declara que “a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, portanto, além do limite da pobreza absoluta. (...) a vida humana não pode ser reduzida à mera existência¹⁶”.

A dignidade da pessoa humana, portanto, apresenta um caráter muito mais complexo do que se possa imaginar a primeira vista e para sua preservação deve ser assegurado o direito à moradia, pois há relação direta entre a existência digna e o acesso à moradia, ao passo que este possibilita a concretização daquele.

Para uma vida digna, necessária se mostra a ocupação de uma moradia, pois isso garante um padrão de vida gerador de bem-estar social; é imprescindível, deste modo, que o cidadão ocupe uma casa que lhe assegure a proteção a outros direitos fundamentais, como a intimidade e a segurança.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 285

14 GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*, p. 27

15 GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*, p. 45

16 SARLET, Ingo. *Mínimo Existencial e direito privado*, p. 53

Aqueles que não usufruem de condições básicas de habitação não poderão acessar as demais garantias previstas pela Constituição Federal, dado que a moradia está ligada à própria existência digna da pessoa.

Conforme preconizam Natália Cardoso Marra e Raquel Garcia Gonçalves em seu artigo “O acesso ao direito social à moradia nas metrópoles”, é impossível enxergar a dignidade da pessoa humana sem antes vislumbrar maior efetividade do direito à moradia¹⁷.

Importante observar que o direito à moradia só pode ser concretizado por meio de políticas públicas integradas e includentes¹⁸.

No que tange ao conceito de direito à moradia, tal garantia pode ser entendida como a ocupação de uma casa, apartamento, com habitualidade intentando nela morar, abrigar a si e a sua família.

O direito à moradia não equivale ao direito a ter uma casa própria, mas sua obtenção pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia¹⁹. Não é necessário, portanto, ser proprietário de um bem para possuir moradia, mas é essencial o exercício possessório sobre um bem imóvel para fixar nele um lar.

Importante se mostra uma análise conceitual do que seria a posse e qual a sua relação com a moradia.

3. DA CORRELAÇÃO ENTRE A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E O DIREITO À MORADIA

Existem duas teorias clássicas a respeito da posse, uma subjetiva idealizada por Friedrich Carl von Savigny e outra objetiva atribuída a Rudolf Von Ihering. Ambas se diferem, basicamente, pela presença da intenção de adquirir a coisa, ou seja, pela presença do *animus domini*.

Savigny, ao falar sobre a vontade que se exige para que a detenção de eleve a posse declara: “Quando se tenha a intenção de exercer propriedade alheia, a qual, portanto, assim é reconhecida, não há qualquer *animus possidendi*, pelo qual a detenção seja elevada a posse²⁰”. Na visão de Savigny, portanto, para existir verdadeira posse, deve haver intenção de adquirir a coisa.

17 MARRA, Natália Cardoso e GONÇALVES, Raquel Garcia. *O acesso ao direito social à moradia nas metrópoles*, p. 142

18 GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*, p. 149

19 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 314

20 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Das Recht des Besitzes*, p. 109

A teoria objetiva, por outro lado, não enxerga a necessidade tal *animus*. Na visão de Ihering, a posse é poder de fato sobre a coisa²¹. O ordenamento brasileiro adotou a teoria objetiva da posse e em seu artigo 1.196 conceitua como possuidor aquele que “que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Tal preceito combinado com o artigo 1.228 do mesmo Código permite entender que haverá posse “quando se constatar em um fato, o exercício total ou parcial de algum dos poderes do proprietário (previstos no art. 1.228, do Código Civil: *ius utendi, fruendi, disponendi e vindicante*),²²”.

Importante ressaltar que esse exercício deve ser feito em nome próprio, conforme estabelece o artigo 1.204 do mesmo ordenamento.

A posse é concretizada, portanto, quando alguém, dono da propriedade ou não, usa, goza ou pode dispor dela em seu nome. Segundo o entendimento de Pontes de Miranda, o legislador brasileiro definiu a posse, vendo-a do mundo jurídico, mas sabendo que ela está no mundo fático.²³

Dessa feita, é possível observar que o legislador brasileiro, em relação ao perfil estrutural, optou por definir a posse como o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio.²⁴

A evolução dos direitos fundamentais e a implementação de um Estado social intervencionista e preocupado com as garantias sociais, levou nosso atual ordenamento a prever que a propriedade, seja ela, urbana ou rural, deve atender sua função social (inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal).

A função social da propriedade não é exercida apenas pelo proprietário enquanto instituto isolado, mas tal função é observada em um sentido extremamente amplo, ou seja, a propriedade é entendida aqui como conceito básico do direito real.

Conforme declarado pelo professor Lucas Barroso, toda e qualquer interpretação dos casos concretos atinentes ao direito de propriedade deve necessariamente perpassar pelo ditame da função social²⁵.

Vale ressaltar que a função social deve ser exercida, ou ao menos não violada, para se mostrar passível de proteção estatal. Os artigos 182

21 IHERING, Rodolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*, p. 8

22 FREITAS, Rodrigo Cardoso. *Processo e Direito Material*, Capítulo IX “Breves anotações sobre o conceito de posse”, p. 203

23 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. *Tratado de Direito Privado*, p. 58

24 MAIA, Roberta Mauro Medina. *Da Dogmática À Efetividade do Direito Civil*. p. 210

25 BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do Direito Civil*, p. 8

e 186 da Constituição Federal preceituam contornos gerais a respeito do cumprimento da função social pela propriedade e outros ordenamentos estabelecem especificidades acerca dessa garantia constitucional.

A Constituição não define um conceito da função social, mas aponta os contornos gerais fluídos, um esboço acerca desse conceito. Desse modo, as especificidades acerca de tal tema estarão Código Civil e nas leis especiais e extravagantes. O Código Civil funciona, portanto, como um elo entre a Constituição e os microssistemas²⁶.

Um desses ordenamentos extravagantes é o Estatuto da Cidade (lei 10.257 de 2001) e seu artigo 39 expressa que:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Com o advento desse estatuto, os municípios passaram a dispor de uma importante arma contra a especulação imobiliária, e por consequência um eficaz instrumento de geração oportunidade de acesso à terra urbana que é o parcelamento compulsório²⁷.

Diante de tal exemplo, é possível concluir que muitas são as práticas a serem perseguidas para haver cumprimento efetivo da função social da propriedade. Existem deveres constitucionais impostos ao titular do domínio; tais deveres decorrem das normas que consagram a função social da propriedade²⁸.

A propriedade precisa, mais do que nunca, atender a sua função social, sob pena de se instaurar o caos urbano²⁹. Essas imposições normativas repercutem na ideia do exercício da posse, pois o princípio da função social é estabelecido como cláusula geral³⁰.

26 Pensamento Jurídico, p. 248

27 GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do direito à moradia digna, p. 179

28 DIDIER, Fredie. *Processo e Direito Material, Capítulo IV “A função social da propriedade e a tutela processual da posse”*, p. 88

29 DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas, p. 260

30 DIDIER, Fredie. *Processo e Direito Material, Capítulo IV “A função social da propriedade e a tutela processula da posse”*, p. 89

Dessa feita, o cumprimento da função social garante tutela ao exercício possessório, ou seja, a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção da posse: a prova do cumprimento da *função social*³¹.

Fredie Didier declara que quando tutelou a posse, o legislador procurou valorizar “o sujeito que *de fato* exerce os poderes inerentes ao domínio, protegendo aquele que explora economicamente a coisa, seja trabalhando, seja residindo no bem possuído³²”.

A posse deve atender a função social, pois seu exercício está sempre ligado a alguma propriedade; se a propriedade deve atender sua função social, seu uso, gozo e disposição apresentam, imprescindivelmente, tal característica.

No que tange ao cumprimento dessa função social, uma das formas de exercê-la é a sua utilização para o exercício da moradia. Conforme visto anteriormente, a moradia está relacionada a própria dignidade da pessoa humana e a posse utilizada para preservar a moradia de uma pessoa e de sua família está desempenhando, inquestionavelmente, sua função social.

A função da posse demonstra um olhar diferente da função social da propriedade, que não apenas pune a conduta ilegítima do proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas que estimula o direito à moradia como garantia fundamental de índole existencial, à luz da dignidade da pessoa humana.³³

Paulo Lobo declara que o ápice da luta pelo reconhecimento jurídico do direito à aquisição e conservação da posse é o direito à moradia, elevado ao status constitucional de direito social fundamental³⁴.

A posse é tutelada como direito especial pela relevância do direito de possuir, em atenção à previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art.1º, III, da CF).³⁵

Nesse intento, a própria Constituição Federal estabelece em seu artigo 23, IX como competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a promoção de “programas de construção de moradias e a

31 DIDIER, Fredie. *Processo e Direito Material*, Capítulo IV, “A função social da propriedade e a tutela processual da posse”, p. 91

32 DIDIER, Fredie. *Processo e Direito Material*, Capítulo IV, “A função social da propriedade e a tutela processual da posse”, p. 90

33 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 78

34 Revista Jurídica, p. 94

35 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 75

melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

O Poder Público se organiza em Secretarias responsáveis pelos mais diversos temas. Patrícia Gazola declara que:

à Secretaria de Habitação compete a produção de unidades habitacionais, assim como a implantação de programas que viabilizem o acesso à moradia digna e segura (...), assim como promover a segurança da posse por meio de ações de regularização fundiária³⁶.

O referido Estatuto da Cidade preceitua em seu artigo 2º que:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

Esse preceito normativo demonstra que uma das diretrizes perseguidas para a preservação da função social se demonstra quando a garantia à moradia é preservada.

Marcelo de Oliveira Milagres declara que:

O Direito à moradia apresenta uma transcendência econômica, uma autonomia normativa, vai além das conhecidas fronteiras do direito subjetivo patrimonial, não se confundido com o direito de posse, propriedade, institutos de residência, domicílio ou qualquer outra categoria de direitos reais³⁷.

A pessoa que exerce a posse com intuito de estabelecer sua moradia encontra um espaço destinado a proteger sua dignidade, pois a moradia deve ser vista como uma categoria própria de um direito da personalidade.

A posse é uma extensão dos direitos da personalidade e a moradia um dos bens que integram a situação existencial de qualquer pessoa. O papel

36 GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*, p. 152

37 OLIVEIRA, Marcelo de Milagres. *Direito à Moradia*, p. 208

da função social no que tange à moradia é o de conceder a vida e a liberdade a todo ser humano em um espaço, independentemente da questão da propriedade, pois esta se prende à patrimonialidade e à titularidade.³⁸

A posse deve ser vista, portanto, não desvinculada do direito à propriedade, mas é um exercício de fato sobre um bem, voltada a uma finalidade individual que representa, em última instância, a própria finalidade coletiva, ao propiciar o direito fundamental social de moradia (art. 6º da CF).³⁹

A propriedade, então, com base nos avanços legislativos ocorrentes nos últimos tempos, tem sido retirada de sua redoma, por conta da superioridade dos direitos sociais primários daqueles que pacificamente ocupam um bem abandonado, ausente de função social. O Direito à propriedade é preconizado na Constituição como sendo fundamental (art. 5º, XXII) e aqui se está relacionando tanto a propriedade privada quanto à pública; assegurar o direito à propriedade não possui sentido sem que seja assegurado o direito a se ter uma habitação.

Não é difícil observarmos situações em que imóveis são abandonados por seus titulares; nessas circunstâncias, muitas vezes, outras pessoas passam a utilizar esses bens para fins de moradia.

Quando dessas situações conflituosas, o próprio ordenamento estabelece soluções, uma vez que o proprietário não cumpriu com suas funções esperadas perante a coletividade e foi leniente em alcançar uma destinação útil àquilo que lhe pertence. Portanto, havendo confronto entre a propriedade privada abandonada e a ocupação coletiva para fins de moradia, o direito dos possuidores deveria prevalecer sobre a propriedade.

Nelson Rosenvald declara entender que a norma deve ser aplicada “nas hipóteses de prolongado abandono do imóvel pelo titular, com o consequente ingresso de uma significativa comunidade de pessoas”.⁴⁰

Nos casos em que o proprietário ajuizar a ação reivindicatória em face dos possuidores, esses devem pagar uma justa indenização, ou seja, um valor ponderado entre o direito do proprietário e o interesse da coletividade, para efetivar a transferência do imóvel (conforme preconizado na Carta Magna combinado com o parágrafo 5º do artigo 1.228 do Código Civil).

38 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 78

39 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 97

40 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 81

Flávio Tartuce e José Fernando Simão lembram que o pagamento da indenização se justifica, pois se mostra em situações em que o proprietário ajuizou a ação:

Se os proprietários não tomam essa medida, os possuidores é que terão a possibilidade de iniciativa para promoverem as competentes ações de usucapião, hipótese em que não haverá direito de indenização em favor dos proprietários.⁴¹

A ferramenta apontada pelos autores acima, denominada de usucapião, é uma medida originária de aquisição da propriedade pelo exercício da posse, com intenção de dono, conjugada com o decorrer de certo tempo sem haver obstáculo pelo efetivo titular do bem⁴².

O já citado Estatuto da Cidade regulamenta em seu artigo 10 a usucapião coletiva:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Essa ocupação, ainda que coletiva, se mostra grande responsável pelo cumprimento da função social da propriedade privada, visto que seu intuito é a proteção da moradia. Não obstante, quando a ocupação coletiva se dá em face de bens públicos, a aquisição por meio da usucapião se mostra totalmente vedada, eis que a lei magna proíbe peremptoriamente a usucapião de bens públicos em seus artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único. Igualmente, Código Civil é enfático em proibir a usucapião de bens públicos (artigo 102)⁴³.

Existem, contudo, algumas situações excepcionais previstas na

41 TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito das Coisas*, p. 145

42 PORTO, Antônio Augusto Cruz; TORRES, Cibele Merlin. *Revista Brasileira de Direito Civil*, p. 226.

43 MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Terras públicas*, p. 3

própria legislação que é válido ressaltar. Algumas previsões legislativas almejam efetivar o direito à moradia nos bens públicos, como a Lei 11.481/2007, que concede nova redação à Lei 9.636/1998. Tal preceito normativo possui como escopo analisar as ocupações irregulares de terrenos da União por populações de baixa renda, considerando-se como tais aquelas que alcancem renda mensal de até 05 salários mínimos.

A medida provisória 2.200 de 4 de setembro de 2001 dispõe sobre a concessão de uso especial da usucapião de terras públicas. O artigo 1º dessa norma expressa que:

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Observando as previsões legislativas, a situação parece estar solucionada: tanto as propriedades privadas quanto as públicas poderão ser objeto de desapossamento se pessoas o ocuparem para fins de moradia, esse direito tão importante na construção da dignidade da pessoa humana.

4. DA REALIDADE CONCERNENTE ÀS DESAPROPRIAÇÕES; DO ESBULHO POSSESSÓRIO

As previsões legislativas e doutrinárias acerca desse tema, entretanto, não correspondem à realidade vista nas ruas e nas ocorrências das desapropriações urbanas. Patrícia Marques Gazola declara que:

Mesmo sendo de responsabilidade do poder público a implantação de programas habitacionais são pouquíssimos os programas que se preocupam em viabilizar o acesso à moradia ou lote urbanizado para famílias em renda de zero a três salários mínimos⁴⁴.

44 GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*, p. 53

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves declaram que a propriedade no Brasil é tutelada de forma débil. Grande parte da população está à margem do sistema de reconhecimento legal de titularidade⁴⁵.

Qualquer ato de desapossamento de bem alheio que caracterize posse injusta, (prevista no artigo 1200 do Código Civil), ou seja, marcada pela violência, clandestinidade e precariedade, será considerado ausente de tutela estatal. O artigo 1208 do Código Civil chega a preceituar que a aquisição da “posse” por meio de atos violentos, clandestinos ou precários, não induz em posse verdadeira seus detentores, senão depois de tais vícios cessarem. A invasão coletiva é entendida, portanto, como esbulho possessório, o que torna inviável que grande parcela da população adquira uma moradia quando realiza invasões coletivas.

Esse esbulho visto em grande dos casos práticos não encontra tutela estatal. Mesmo que a atividade das autoridades careça de relativa humanização, como o aviso prévio da desocupação, seria ingenuidade considerar que a coletividade que ocupa um imóvel abandonado de forma injusta possua direito a posterior aquisição de direitos reais.

A ocupação, por outro lado, é vista como o ingresso em bens abandonados que já se encontram privados de qualquer função social. O próprio Código Civil declara em seu artigo 1.224 que ocorre perda da posse se o possuidor original teve notícia do esbulho, mas se absteve de retomar a coisa.

Ou seja, se uma posse começa como injusta, mas a violência, a clandestinidade ou a precariedade cessam, não há mais mera detenção ou “quase posse”, mas existe uma verdadeira posse sujeita a todos os seus benefícios. No Direito Civil português, a posse de outrem contra a vontade do antigo possuidor dá lugar ao esbulho, mas após um ano, se o antigo possuidor não intentar ação possessória, caducam essas ações (artigos 1282 e 1267)⁴⁶.

Para Dyrceu Cintra Júnior:

Quando se tem num processo o titular de um direito de propriedade expresso num papel e a realidade de uma comunidade instalada no espaço que seria objeto daquele direito

45 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 287

46 CORDEIRO, António Menezes. *A posse: Perspectivas dogmáticas*, p. 113

individual, o assunto tem de ser tratado de forma diferente da tradicional, com um olho na Constituição e outro voltado a uma incessante atividade hermenêutica que não descarte jamais o valor justiça.⁴⁷

Cessado o esbulho, os novos possuidores teriam garantida a aquisição do imóvel, pois estariam lhe concedendo função social. Na tentativa de dificultar tal ocorrência, pois o apego patrimonial ainda é bem forte em nossa sociedade, se constroem definições e conceitos que dificultem a saída da aquisição da moradia de um ideal para uma realidade.

Muitos dos imóveis ocupados pelas populações de baixa renda pertencem ao Estado e, com isso, mesmo que a posse não seja injusta ou que a “injustiça” da posse cesse, não existe possibilidade, *a priori*, de se adquirir tal imóvel, pois, conforme já explicitado, a Constituição veda a usucapião de terras públicas.

5 DOS BENS PÚBLICOS

A usucapião, conforme já conceituado anteriormente, é uma aquisição originária de propriedade e de outros direitos reais, através da posse prolongada da coisa⁴⁸. Para haver embasamento da usucapião, deve ter ocorrido exercício possessório por alguém que não seja o dono da coisa: existe um proprietário que não usufruiu de seu patrimônio e, por isso, será privado do bem em benefício daquele que exerceu posse sobre aquele imóvel por um período de tempo. A usucapião produz profundo golpe no direito de propriedade; no confronto com esta, a posse sai vencedora⁴⁹. Pode ocorrer em face de bens móveis ou imóveis, mas por hora nos limitaremos a analisar os imóveis.

Nelson Rosenveald e Cristiano Chaves declaram que o fundamento da usucapião é dúplice, pois:

representa um prêmio àquele que por período significativo imprimiu ao bem uma aparente destinação de proprietário; mas tam-

47 JÚNIOR, Dirceu Cintra. *Direitos Humanos e função social da propriedade*, p. 300

48 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 396

49 Revista Jurídica, p. 97

bém importa em sanção ao proprietário desidioso e inerte que não tutelou o seu direito em face da posse exercida por outrem⁵⁰.

Esse instituto apresenta três requisitos mínimos: posse mansa e pacífica, *animus domini* e o decorrer de lapso temporal⁵¹.

Como já demonstrado, nossa legislação é *enfática ao proibir* a usucapião de terras públicas. Os princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público servem de supedâneo ideológico a essa e a outras normas jurídicas protetoras do patrimônio público⁵².

Mas afinal, o que são os bens públicos?

Hely Lopes Meirelles afirma que:

Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis ou móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais⁵³.

É possível concluir que o requisito escolhido para conceituar um bem como público se mostra na titularidade do bem, que muitas vezes é definida de forma legal e não por sua natureza. Na Constituição Federal, os bens públicos se encontram preceituados nos artigos 20 e 26. Apesar da grande quantidade de bens ali prevista, apenas alguns são possíveis de serem ocupados adequadamente para fins de moradia. Para entender quais seriam esses bens, interessante se mostra uma análise acerca da classificação sofrida por eles.

Essa classificação encontra guarida no Código Civil, que em seu artigo 99 declara:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

50 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 397

51 PORTO, Antônio Augusto Cruz; TORRES, Cibele Merlin. *Revista Brasileira de Direito Civil*, p. 226.

52 CARVALHO, Wesley Corrêa. *Bens dominicais: o imperdoável paradoxo da Administração Pública*, p. 1

53 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro cit.*, p. 428.

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Existem, portanto, os bens de uso comum, os de uso especial e os bens dominicais. O que nos interessa por hora, são os bens de uso especial e dominical.

Os de uso dominical são aqueles não destinados à utilização imediata do povo, nem aos usuários de serviços ou aos beneficiários diretos de atividades; são bens sem tal destino, porque não o receberam ainda ou porque perderam um destino anterior⁵⁴. Ex: dinheiro dos cofres públicos, títulos de crédito pertencentes ao poder público, terras devolutas, terrenos de marinha.

Parece-nos correto afirmar que a usucapião desses bens deveria ser permitida.

Encampano tal afirmação, Rosenvald declara entender que o “o bem público dominical – abandonado ou devoluto - que não recebe utilização e não cumpre a sua destinação não pode servir de meio de exclusão de acesso à moradia. O bem é formalmente público, mas não materialmente público, eis que carecedor de sua função social⁵⁵”.

No que tange aos bens de uso especial, tais bens se classificam, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, como:

os estabelecimentos públicos, como as repartições públicas, isto é, locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administradores um serviço, como teatros, universidades, museus e outros abertos à visitação pública⁵⁶.

Apesar de não encontrarmos previsão doutrinária expressa coadunando com essa visão, parece-nos correto defender também a usucapião de imóveis públicos de uso especial. Se um prédio, inicialmente utilizado para um serviço público, for abandonado, sua destinação social

54 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 287.

55 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 91

56 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 520.

pode ser cumprida com a ocupação para fins de moradia.

Cristiano Chaves e Nelson Rosendal expressam que:

a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da posse e, em última instância, ao princípio da proporcionalidade⁵⁷.

Não há sentido em se punir a inércia do particular que não concede função social a sua propriedade, mas não agir semelhante com o Poder Público que, muitas vezes, demora demasiadamente para atribuir função social a seus imóveis. Quando isso ocorre, muitos deles são ocupados por famílias inteiras que não possuem uma moradia adequada e fazem do prédio público seu lar.

Cristiana Fortini expressa que:

Se a inércia e o descumprimento do proprietário privado são devidamente punidos (...), insustentável defender que a administração pública possa negar a vocação dos bens que formam seu patrimônio, deixando de lhes atribuir a destinação consentânea com o clamor social⁵⁸.

O particular que não usufruir de sua propriedade atribuindo-lhe função social, corre o risco de perdê-la; entretanto, os que deveriam dar bons exemplos aos particulares no uso e na exploração de seus bens, os entes públicos, por vezes possuem ativos que não conferem o mínimo destino produtor, e chegam até mesmo a deixá-los abandonados, pois não há o menor risco desapropriação⁵⁹.

Há uma contradição, portanto, na evolução demonstrada pelo Estado Democrático de Direito: se o Estado possui um patrimônio, deveria servir a uma função coletiva, deveria destinar-se ao bem comum⁶⁰.

57 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 404

58 FORTINI, Cristiana. *A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade*, p. 120

59 CARVALHO, Wesley Corrêa. *Bens dominicais: o imperdoável paradoxo da Administração Pública*, p. 1

60 GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do Direito à moradia digna*, p. 171

DA FICÇÃO JURÍDICA DA DETENÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

A construção doutrinária que justifica a vedação da usucapião de bens públicos é a referente à posse desses bens, pois o exercício possessório em face de um bem público é encarado como mera detenção⁶¹.

Diferente do possuidor que exerce em seu nome um dos poderes inerentes à propriedade, o detentor exerce o domínio em nome de outra pessoa e em uma relação de subordinação a essa pessoa. Isso faz com que alguns benefícios, como a aquisição de um direito real pelo decurso do tempo da posse (a usucapião), só seja passível de concessão para o verdadeiro possuidor.

Os artigos 1.198 e 1.208 do Código Civil são utilizados na construção do conceito de detenção.

Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

Do artigo 1.198, se extrai que quando há detenção, não se está usando, gozando ou dispondo da coisa em nome próprio e de forma livre. O detentor, também chamado de fâmulos da posse é aquele que conserva a posse, em nome de outrem, seja possuidor indireto ou direto, ao qual se subordina ou de quem obedece ordens ou instruções⁶².

Além das ideias de detenção expressamente constante no Código Civil, a doutrina prevê ainda outras duas hipóteses em que ela ocorre: no momento de transição de uma posse violenta ou clandestina para uma posse real e na “detenção” de um bem público.

O artigo 1.208 não declara que a transição dos atos violentos, precários ou clandestinos para a posse mansa e pacífica caracteriza detenção, apenas demonstra que nessas circunstâncias não existe verdadeira

61 TRECCANI, Girolamo Domenico, et al., Manual de Direito Agrário Constitucional, p. 214
62 NETO, Ignacio de Carvalho. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, p. 24

posse uma vez que o exercício possessório dever ser estável e público. O que ocorre nessas circunstâncias é simplesmente a não aquisição da posse, não se caracterizando, portanto, detenção.

No que tange a construção doutrinária que declara ser o exercício possessório de bens públicos mera detenção, algumas considerações devem ser feitas. Essa posição quer privilegiar o Poder Público, a fim de evitar o pagamento de indenização ao possuidor, pois tal não se faz em relação ao detentor.

Algumas jurisprudências permitem se inferir que a posse de bens públicos é, muitas vezes, considerada detenção por uma motivação meramente patrimonial, conforme exemplos abaixo permitem demonstrar:

“DIREITOS REAIS. RECURSO ESPECIAL. POSSE DE BEM PÚBLICO GERIDO PELA TERRACAP OCUPADO SEM PERMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO À RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. INVIABILIDADE. 1. Conforme dispõe a Lei 5.861/72, incumbe à TERRACAP, empresa pública que tem a União como co-proprietária, a gestão das terras públicas no Distrito Federal. 2. A jurisprudência firme desta Corte entende não ser possível a posse de bem público, constituindo a sua ocupação sem aquiescência formal do titular do domínio mera detenção de natureza precária. 3. Os artigos 516 do Código Civil de 1916 e 1.219 do Código Civil em vigor estabelecem a posse como requisito para que se possa fazer jus ao direito de retenção por benfeitoria. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 841.905/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 24/05/2011).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. OCUPAÇÃO INDEVIDA. INEXISTÊNCIA DE POSSE. DIREITO À INDENIZAÇÃO NÃO CONFIGURADO. 1. Configurada a ocupação indevida de bem público, não há falar em posse, mas em mera detenção, de natureza precária, o que afasta o direito de indenização por benfeitorias.” (STJ (AgRg no Ag 1343787/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 16/03/2011).

Conforme declarado alhures, o Poder Público por vezes estabelece situações que privilegiam sua inércia em cumprir a função social de seus

terrenos. Muitas vezes, quando isso ocorre, tais terras são ocupadas e essa ocupação gera função social, o que poderia gerar uma aquisição ou ao menos a indenização dos ocupantes quando da “desapropriação”.

Entretanto, tal situação não ocorre, pois a Constituição veda peremptoriamente a usucapião de bens públicos e a doutrina majoritária preceitua que a posse desses bens constitui mera detenção.

Não existe sentido algum nesse entendimento se for observada apenas a previsão legislativa. Quando ocupam imóveis públicos, as pessoas não estão obedecendo a ordens ou instruções de alguém, mas usando da coisa em nome próprio e com intenção de estabelecerem moradia.

Carlos Roberto Gonçalves, ao demonstrar exemplos em que há detenção declara que em todas essas hipóteses o que se destaca é a falta de independência da vontade do detentor, que age como lhe determina o possuidor; há uma relação de ordem, obediência e autoridade⁶³.

Não há nas ocupações coletivas, portanto, subsunção ao que seria considerada detenção; os possuidores desses imóveis exercem verdadeira posse.

Conforme visto anteriormente, apenas nos interessa por hora, analisarmos os bens de uso especial e os de uso dominical. Esses, mesmo quando construídos nos centros urbanos, se forem abandonados pelo Poder Público, a exemplo de prédios que continham antigos museus ou escolas, sem cuidado ou fiscalização e, posteriormente, forem ocupados com intuito de moradia, devem ser considerados objetos de verdadeira posse.

Tal afirmação visa defender que os bens habitados em tal situação se não forem objeto de usucapião, ao menos deveriam ser devidamente indenizados. Se a usucapião de terras públicas fosse permitida e a “detenção” de bens públicos fosse considerada posse, talvez as políticas públicas avançassem com maior vigor.

Nesse sentido, válido se mostra citar como exemplo a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que apresentou entendimento de que não havia mera detenção em face de bens públicos:

63 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*, p. 37

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DETENÇÃO - INOCORRÊNCIA - POSSE COM “ANIMUS DOMINI” - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS DEMONSTRADOS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - EVIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - EVIDÊNCIA - PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. - “A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição.

TJ-MG – AC: 10194100112383001 MG, Relator: Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 08/05/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CIVEL, Data de Publicação: 15/05/2014.

No presente caso, o juiz titular da Vara da Fazenda Pública de Coronel Fabriciano, Marcelo Pereira da Silva, indeferiu o pedido do Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER-MG), que solicitava a desocupação de uma área pública estadual de 36 mil metros quadrados, no Km 280 da BR-381, onde residiam cerca de dez famílias instaladas no local desde a construção da rodovia, há aproximadamente 30 anos. O parecer emitido pelo MP na decisão declarou que:

Não se pode permitir num país como o Brasil, em que, infelizmente, milhões de pessoas ainda vivem à margem da sociedade, que o Estado, por desídia ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse público, se desobrigando ao cumprimento da função social da propriedade.

Com o recurso de apelação do DER-MG, o relator manteve a sentença, pois entendeu que existia verdadeira posse e não detenção por parte dos moradores, e declarou que “a detenção simples da coisa, sem o animus de tê-la como sua, não tem consequência para a aquisição da propriedade, constituindo-se mero fato, ou seja, mera detenção, o que não é o caso dos autos”.

Os argumentos utilizados pelo relator em seu voto são os mesmos presentes ao longo desse trabalho quanto ao conceito de detenção e posse para demonstrar que aqueles moradores não eram detentores, mas sim possuidores.

Dessa feita, pode-se inferir que necessária se mostra uma análise acerca da realidade das pessoas que ocupam bens públicos, não podendo serem considerados meros detentores, para simples conforto do Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É válido ressaltar, ainda, a importância que existe na implementação de programas públicos mais enfáticos que promovam a construção de moradias dignas para uma população que se vê a margem da sociedade. Além de muitos cidadãos não possuírem um lar, alguns que o possuem, se veem em habitações precárias e não capazes de assegurar em sua amplitude a dignidade que merecem.

Chaves e Rosenvald declaram que:

A dimensão positiva do direito de moradia consiste em uma política agressiva de conversão de excluídos em autônomos cidadãos proprietários; com a aptidão plena de usufruir e dispor de bens jurídicos. Afinal, a tarefa do Estado Democrático de Direito é a transformação do status quo, não a perpetuação do estado de coisas pelo sedutor discurso da luta de classes⁶⁴.

Algumas mudanças já estão acontecendo, como se mostra na criação da usucapião *Pro-Família*. Tal acréscimo legislativo ocorreu com o advento da Lei 12.424, de 16 de junho de 2011 que instruiu o programa “Minha casa, minha vida”.

Além do programa instituído, essa lei acrescentou o artigo 1.240-A ao Código Civil que preceitua:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta me-

64 ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, p. 289

tros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Tal modalidade de usucapião apresenta três requisitos: a) existência de um único imóvel urbano comum; b) abandono do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros; c) o transcurso do prazo de dois anos.

Diante de tal quadro, tem-se observado que transformações já têm ocorrido para efetivação do acesso à moradia. Entretanto, é válido demonstrar que conceitos como os presentes ao longo desse trabalho podem mudar para que haja maior efetividade nas implementações ocorridas.

A moradia digna é mais que uma construção para fins de abrigo; ela implica a construção de um espaço psicológico e urbano.⁶⁵

Patrícia Gazola chega a declarar que:

Para se proporcionar uma moradia digna é necessário muito mais que a execução de obras fiscais de urbanização, melhorias habitacionais ou a entrega pura e simples de títulos de propriedade. A causa de todos os problemas habitacionais está na falta de acesso à renda, está na pobreza e esta não se resolve apenas com ações visíveis, pois visível é a exteriorização da pobreza, a verdadeira causa da pobreza não se vê⁶⁶.

Dito isso, encerramos declarando que fatores que poderiam contribuir para a diminuição das desigualdades sociais seriam as mudanças citadas ao longo desse texto. Se os imóveis públicos pudessem ser usucapidos e a “detenção” dos bens públicos fosse encarada como verdadeira posse, algumas políticas públicas poderiam ser implementadas de forma mais efetiva, pois o temor gerado no Poder Público ao ser tratado com igualdade em relação ao particular, geraria maior efetivação no combate à desigualdade social.

65 GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*, p. 113

66 GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*, p. 115

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. A propriedade de bens imóveis na dialética do abuso e da função. In: DELGADO, Mário Luiz (Coord.); ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). Novo Código Civil: Questões controvertidas: Direito das coisas. São Paulo: Método, 2008 (Grandes Temas de Direito Privado; v. 7)

BARROSO, Lucas Abreu. A realização do Direito Civil. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

CARVALHO, Wesley Corrêa. Bens dominicais: o imperdoável paradoxo da Administração Pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23663>>. Acesso em: 5 jul. 2014.

CORDEIRO, António Menezes. A Posse: Perspectiva dogmáticas atuais. 3 ed. atual. Coimbra: Almedina, 2000.

FAUSTO, Boris. História concisa do Brasil. São Paulo: Edusp/Imprensa Oficial do Estado, 2001.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. Breves anotações sobre o conceito de posse. In: MAZZEI, Rodrigo (Org.); JUNIOR, Fredie Didier. (Org.) Processo e Direito Material. Jus Podivm, 2009.

GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Direito Civil Brasileiro, v. 5).

IHERING, Rudolf Von. Teoria simplificada da posse. Tradução de Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2004.

JUNIOR, Fredie Didier. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. In: MAZZEI, Rodrigo (Org.); JUNIOR, Fredie Didier. (Org.) Processo e Direito Material. Jus Podivm, 2009.

JUNIOR, José Cretella. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOBO, Paulo. Posse no direito brasileiro: Para além no animus e do cor-

pus. Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. São Paulo, Ano 62, n. 436, Fev., 2014.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MAIA, Roberta Mauro Medina. A tutela possessória como instrumento de pacificação social: ainda sobre o fundamento dos interditos possessórios. In: TEPEDINO, Gustavo ; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). da Dogmática À Efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – Iv Congresso do Ibdcivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Página 199-218. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1495/1873/19585>. Acesso em: 30 jun. 2020.

MARRA, Natália Cardoso; GONÇALVES, Raquel Garcia. O acesso ao direito social à moradia nas metrópoles: A periferização da oferta de habitação da região metropolitana de Belo Horizonte. Espaço jurídico: Journal of Law. Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 139-154, Jan/jul, 2012.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O código civil de 2002 e a sua interação com os microssistemas e a Constituição Federal. Pensamento Jurídico: revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo, ano 1, n. I, jan/jun. 2011.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Terras públicas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 796, 7 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7235>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

NETO, Ignacio de Carvalho. Posse e direitos reais. Afiliada, 2003. (Novo Código Civil Comparado e Comentado, v.5).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito pri-

vado. t. X. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012[1954].

PORTO, Antônio Augusto Cruz; TORRES, Cibele Merlin. Análise jurídica da usucapião sobre bens da massa falida: a universalidade como pressuposto e a coletividade como critério. Revista Brasileira de Direito Civil - RBD CIVIL, ano 3, n. 19, Página 223-246. jan./ mar. 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/134/41754/89403>. Acesso em: 30 jun. 2020.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. 5 v.

SANTOS, Ulderico Pires dos. O usucapião: doutrina, jurisprudência, prática. São Paulo: Saraiva, 1983.

SARLET, Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Das Recht des Besitzes. 7. ed. Adolf Friedrich Rudolf, póstuma, Wien, 1865, reimp. Aalen, 1990.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, junho de 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. Manual de Processo Penal Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TRECCANI, Girolamo Domenico; BENATTI, José Heder; HABER, Lilian Mendes; CHAVES, Rogério Arthur Friza; ROCHA, Ibraim. Usucapião agrário. In: TRECCANI, Girolamo Domenico; BENATTI, José Heder; HABER, Lilian Mendes; CHAVES, Rogério Arthur Friza; ROCHA, Ibraim. Manual de Direito Agrário Constitucional: Lições de Direito Agroambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2019. página 203-página 246. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1196/3995/22692>. Acesso em: 2 jul. 2020.

DEMOCRACIA EM CRISE: A CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DAS NARRATIVAS HISTÓRICAS POR TRÁS DA EMERGÊNCIA DO AUTORITARISMO CONSTITUCIONAL NA HUNGRIA E NO BRASIL *

DEMOCRACY IN CRISIS: THE CONSTITUTION AND THE ROLE OF HISTORICAL NARRATIVES BEHIND THE RISE OF CONSTITUTIONAL AUTHORITARIANISM IN HUNGARY AND IN BRAZIL

Daniel Marques Segalovich ¹

Resumo: o presente trabalho tem por objetivo discutir o fenômeno global da involução democrática no século XXI em sua relação com a apropriação de discursos de crise e a instituição de uma nova interpretação acerca dos limites constitucionais para o exercício autoritário do poder, a partir das recentes experiências húngara e brasileira. Partindo-se de uma abordagem histórica da construção do constitucionalismo de transição democrática do final do século XX, o estudo se propõe a verificar as proximidades existentes quanto a forma com que as elites políticas eleitas de ambos países, articulando legitimidade popular e cenários de crise, acumulam poderes e preservam, ao mesmo tempo, a aparência democrática de suas instituições. Assim, a análise se volta à identificação dos padrões de avanço e de legitimação do autoritarismo constitucional na Hungria e no Brasil, revelando a possível e necessária dissociação entre os conceitos de Constituição e Democracia.

Palavras-chave: crise constitucional; retrocesso democrático; populismo; Bolsonaro; Orbán.

*O presente trabalho foi realizado a partir do Programa de Iniciação Científica 2018-2019 da Universidade de Brasília (UnB).

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Membro do grupo de pesquisa "Percurso, Narrativas e Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo (CNPq/UnB).

Abstract: the current academic work aims at addressing the XXI century global phenomenon of democracies' decline with regards to the appropriation of crisis speeches and the institution of a new interpretation on the constitutional limits for the authoritarian use of power, concerning notably the Hungarian and Brazilian recent experiences. From a historical approach of the democratic transition constitutionalism of the late XX century, the research pursued to attest the existent similarities on how the elected political elite of both countries seizes power and simultaneously preserves the democratic facade of their institutions, by articulating popular legitimacy and crises scenarios. Therefore, the analysis focused on the identification of common patterns of rise and legitimacy of constitutional authoritarianism in Hungary and Brazil, unveiling the possible and necessary dissociation between the concepts of Constitution and Democracy.

Keywords: constitutional crisis; flawed democracy; populism; Bolsonaro; Orbán.

INTRODUÇÃO

A tentativa de compreensão do estado em que se encontra a democracia no mundo deve passar a análise do regime de historicidade contemporâneo, na medida em que resulta diretamente da forma com que as sociedades têm se relacionado discursivamente com suas experiências passadas e suas expectativas de futuro. Marcado pelo impasse entre um passado próximo e um futuro incerto, o regime de historicidade do século XXI, que, assim, compreende a ponderação temporal segundo a qual se orienta a vivência do tempo presente na pós-modernidade, representa tempo de mudanças (PAIXÃO, 2013), sobretudo para a democracia.

Diferentemente do defendido por Francis Fukuyama, para quem a democracia configuraria a forma final dos governos humanos, representando a vitória do liberalismo ocidental e o fim da evolução ideológica (FUKUYAMA, 1989), o século XXI tem posto à prova tal condição da democracia enquanto único regime político possível no mundo. Isso porque, como sustenta Hartog, a História não deve ser concebida como uma sucessão contínua e coerente de eventos, mas como um processo sujeito a rupturas da experiência coletiva do tempo (HARTOG, 1996).

Assim, o ano de 1989, data que marca a queda do Muro de Berlim, ao qual se atribuiu a hegemonia do modelo liberal democrático, assume outro significado, interpretado não mais em relação ao potencial humano para a descoberta de novas alternativas políticas e econômicas, mas em relação ao horizonte de expectativas humanas. O fim do comunismo na Alemanha Oriental, que foi contemporâneo ao fim da ditadura militar no Brasil e à queda do regime comunista na Hungria, consolidou o fim do regime moderno de historicidade, centrado numa disposição ao futuro e uma negação do passado (HARTOG, 1996).

No bojo dessas transformações, Brasil e Hungria tornaram-se democracias. Em torno de novos textos constitucionais, essas sociedades depositaram a expectativa de que a democracia traria consigo liberdades, ampla participação política e maior bem-estar social. Essas esperanças, contudo, vieram a se dissipar nos anos seguintes, quando não cumpridas as perspectivas constitucionais, a democracia

deixou de ser atraente perante a crise econômica, o aumento da desigualdade social, escândalos de corrupção e o conseqüente declínio de confiança nas instituições públicas (WHITEHEAD apud MAINWARING, 1989, p. 17-18).

Diante desse cenário de insatisfação popular e decorrente crise de legitimidade do regime democrático, cumpre a este artigo tentar compreender como as elites políticas desses dois países se articulam, por meio da apropriação dos sentidos de seus textos constitucionais e de eventos históricos e sob a aprovação da maioria votante, em prol de uma maior concentração de poder. Inicialmente voltando-se à compreensão das características globais do fenômeno, em seguida, parte-se a uma digressão histórica a suas recentes transições democráticas, por meio da qual se propõe identificar as expectativas que cada população depositou sobre a liberdade política. Posteriormente, procede-se ao entendimento sobre como tais mudanças sociais, culturais e econômicas vêm a ser retomadas nas narrativas dos atuais líderes nacionais para minar a liberalidade do regime mesmo que as desencadeou, que os elegeu e cujas promessas há a todos supostamente iludido. Por fim, a análise questiona o possível enquadramento da instrumentalização das constituições húngara e brasileira, que se constata ao longo do trabalho, à noção de crise constitucional tal como abordada por constitucionalistas.

Dessa forma, a hipótese reside em que o autoritarismo surja no horizonte político do século XXI como alternativa válida à democracia, como que para contradizer a tese do “Fim da História”. Sob um novo regime de historicidade então, Hungria e Brasil encaram agora um “presente denso” (PAIXÃO, 2013, p. 9), situado entre memórias da ditadura e um nacionalismo à procura de inimigos. Em meio a crescente apatia, radicalismos, manifestações, polarização e ceticismo, as jovens democracias brasileira e húngara revelam, em consonância com o ritmo de seu tempo, a incerteza típica dos regimes democráticos. Em razão do progressivo distanciamento entre democracia formal e substancial, pretende-se reconhecer em que medida essa incerteza se projeta necessária e igualmente sobre a pertinência da classificação de regimes de governo enquanto democracia ou autocracia, desafiando, assim, a usual dicotomia com que costumam ser abordados (ÁGH, 2016).

1. CRISE DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI: O FENÔMENO GLOBAL DO AUTORITARISMO CONSTITUCIONAL

No século XXI, o constitucionalismo figura como fenômeno global, na medida em que, de forma universal, os países tendem a adotar constituições escritas como formas de se expressarem para seus próprios cidadãos e para o restante do mundo. Ao redor do mundo, as Constituições compartilham padrões e tendências, dado a disseminação global de valores e normas de conteúdo constitucional, o intercâmbio de aprendizados, a competição por mercados e a conformação às exigências nacionais e internacionais com vistas à sua aceitação. Contudo, a globalização do constitucionalismo não afasta o surgimento de distintas concepções sobre os significados e as funções da Constituição (LAW; VERTEEG, 2011, pp. 1170-1173).

Entre as concepções existentes e que também já assume expressão global, encontra-se o que David Landau soube denominar “constitucionalismo abusivo” (LANDAU, 2013), caracterizado pelo emprego de artifícios constitucionais legítimos, como a aprovação de emendas, visando o desmantelamento da democracia. Assim, elites políticas obtêm meios de prolongar sua permanência no poder e estender suas prerrogativas, a despeito da manutenção de calendários eleitorais. Como resultado, não se observam regimes de todo autoritários, ao passo em que também não se pode falar em democracias plenas (ÁGH, 2016).

A recente ascensão de líderes de viés autoritário ao poder, sob o constitucionalismo abusivo, não obedece às tradições históricas de emprego de força militar e de ofensa à ordem jurídica vigente, pelo contrário, demonstra como se aproveitam da aparente observância à Constituição. Contudo, diferentemente do ocorrido na Alemanha nazista, em que um líder autoritário já havia chegado ao poder pela via democrática, aqui não pretendem os autocratas destruir a democracia por completo (LANDAU, 2013). De maneira oposta, a manutenção de feições tipicamente democráticas, como a realização de eleições periódicas, pluripartidárias, afasta críticas da comunidade doméstica e internacional, mantém a oposição ocupada e oportuniza o clientelismo (SCHEDLER, 2013).

Tendo chegado ao poder pela via democrática, implementam, em conformidade com o ordenamento jurídico, medidas para dificultar o acesso da oposição ao poder, seja por meio de reformas eleitorais e do sistema partidário, por exemplo, bem como para eliminar proteções conferidas a grupos minoritários (LANDAU, 2013). Entre as estratégias estão a ingerência na composição de órgãos de controle, tais como o Ministério Público e as Cortes Superiores, o que mina a transparência institucional, e a perseguição de candidatos, o cerceamento de jornalistas e a intimação de eleitores, o que minimiza a incerteza sobre os resultados dos pleitos (SCHEDLER, 2013, p. 21-25).

Por sua vez, o apoio popular à empreitada autoritária, manifestado nas urnas, associa-se diretamente a uma “revolução cultural silenciosa”. A disseminação de valores sociais liberais, como igualdade de gênero e de raça, consagrados nos regimes democráticos, levou as camadas mais conservadoras da sociedade, caracterizadas por um menor nível de escolaridade e por uma idade mais avançada, a contemplar o que consideraram ser o abandono de seu código social. Ameaçadas culturalmente, voltaram-se à procura de líderes populistas que captassem tal insatisfação, capazes de coordenar sua ansiedade, indicar supostos responsáveis, sobretudo entre minorias e estrangeiros, e oferecer respostas imediatas aos problemas sociais (NORRIS; INGLEHART, 2019, pp. 87-91).

O discurso populista, ao buscar minar a legitimidade política dos representantes eleitos, para construir a figura do verdadeiro preposto da maioria, contribui para reduzir a “capacidade do sistema político de engendrar e manter a crença de que as instituições políticas existentes são as mais apropriadas e adequadas para a sociedade” (LIPSET, 1959), de tal modo que se outorga a esses novos líderes a legitimidade para empreender contra a democracia, ainda que de forma indireta. A elaboração de narrativas do medo, que aterrorizam a população e mobilizam-na contra políticos, elites, veículos da mídia, imigrantes, intelectuais etc, estimula a busca coletiva por segurança, em troca da qual passa-se a admitir o sacrifício de liberdades constitucionais. As minorias, que, na democracia, estavam protegidas contra as deliberações da maioria, tornam-se bodes expiatórios de um regime que procura inimigos para justificar sua própria existência (NORRIS; INGLEHART, 2019, pp. 5-8).

Portanto, a percepção do constitucionalismo abusivo exige a conclusão de que as constituições não são capazes de representar a realidade (LAW; VERTEEG, 2011), pelo que se torna logo claramente possível que a instituição de um regime democrático pelo texto constitucional não implica necessariamente uma vivência democrática por tal sociedade. Nisto reside a dissociação necessária entre o eficaz exercício da democracia e a mera aparência democrática das instituições políticas, a que pretende este trabalho identificar quanto às atuais conjunturas brasileira e húngara.

2. HUNGRIA: ENTRE A AMEAÇA DE POTÊNCIAS ESTRANGERIAS E A PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE NACIONAL

No ano de 1989, após mais de quatro décadas sob um regime comunista, a então República Popular da Hungria deu início a sua transição democrática por meio de processo pacífico e gradual de abertura política e econômica. Diversos foram os fatores que contribuíram para essa transição, notadamente o colapso da União Soviética, as negociações entre o governo e a oposição, ajuda financeira do Ocidente e influências do processo polonês. Essas mudanças foram canalizadas em extensivas emendas feitas à Constituição de 1949, pelo que se retomaram eleições livres e pluripartidárias e a separação dos poderes. O modelo de economia de mercado foi instituído segundo os moldes ocidentais e uma Corte Constitucional foi criada. Isso porque, diante da incerteza do resultado das urnas, oposição e governo não optaram por redigir um novo texto constitucional (CSINK et al., 2012, pp. 34-40).

Com o fim do governo comunista na Hungria, os olhos do país se voltaram a outra parte do continente e do mundo, da qual haviam se distanciado por questões ideológicas. A vizinha Europa Ocidental era vista com admiração, como lugar de progresso, ao passo em que se procurava abandonar o passado soviético de recessão econômica e restrição de direitos. Os regimes democráticos daqueles forneceram o modelo a ser adotado na nova versão do texto constitucional emendado: sistema pluripartidário, com eleições periódicas e órgãos de controles da atuação dos agentes estatais. Os ideais de democracia, de ampla participação política e de proteção às minorias haviam finalmente chegado a essa porção

do continente. O reconhecimento, por parte da Comunidade Europeia, da importância do processo de reformas iniciado na Europa Oriental e de sua fragilidade perante remanescentes conservadores, levou-os a instituir um programa de assistência estrutural (PALÁNKAI, 1990).

A fase inicial de transição democrática presenciou a formação de expectativas sobre a nova posição que o país estava ocupando na Europa. Como indica pesquisa realizada em 1989, os húngaros de modo geral esperavam que o processo de democratização resultaria em prosperidade econômica e ganhos materiais para a sociedade (BÍRÓ-NAGY, et al., 2016). Do mesmo modo, a abertura econômica da Hungria aos investimentos de países europeus foi acompanhada de grande entusiasmo como indica a declaração do Ministro de Relações Exteriores, Géza Jeszensky, em 1991:

Nossa tarefa não é nada menos do que construir uma democracia, pondo em marcha uma economia de mercado social e estabelecendo novas formas de parceria política, econômica e cultura e acordos de segurança com nosso vizinhos próximos. Devemos também explorar todas as possibilidades de integração na ordem política, econômica e de segurança da nova Europa. Este é, em poucas palavras, o programa do meu governo, que procuramos implementar com o melhor de nossa capacidade. (apud ANIOT, 1991)

Teve início um processo de privatização de empresas estatais, o que resultou no rápido e expressivo aumento das taxas de desemprego. Como resultado, o número de pequenas e médias empresas aumentou, ao passo em que cresceu a desigualdade juntamente com o número de pessoas vivendo na pobreza (BIRÓ et al., 2012), revelando os primeiros sinais de que o tão esperado progresso democrático ainda tardaria a chegar, ou sequer chegaria

Em continuidade a essa insatisfação, já na virada do século, verificou-se, nas pesquisas realizadas pelo instituto de pesquisa social Tárkis, o avanço de sentimentos nostálgicos com relação ao regime anterior, quando observado que 20% dos pesquisados afirmavam que o regime socialista fizera mal do que bem contra 50% acerca do regime democrático (KOLOSI et al., 2000). As experiências do período passado foram, assim, retomadas e ressignificadas no imaginário popular em forma de pressão para que algo fosse feito com relação ao presente (PAIXÃO, 2013). Uma

realidade que há uma década não se mostrava interessante ressurgira na memória coletiva como um período ao qual se deva equiparar a experiência presente.

Já em 2004, a integração da Hungria à União Europeia serviu de início da consolidação da democracia no país. A medida, provida de apoio popular, era vista como forma de aproximação ao restante do continente. Não tardaram a se produzir, porém, alguns impactos sociais negativos, sobretudo em relação a agricultores e trabalhadores não qualificados, decorrentes do mercado comum, da abertura a investimentos estrangeiros, do livre trânsito de pessoas e do acolhimento de refugiados (BATORY, 2002). O euroceticismo, nos anos que se sucederam, ganhou proeminência e projeção nos discursos políticos, que logo se propuseram a primar pela defesa da nação contra as ameaças estrangeiras que agora derivavam da abertura política, da integração internacional e da aproximação com o Ocidente liberal.

Apesar de a maioria dos húngaros ainda se posicionar a favor da permanência do país no bloco econômico (BÍRÓ-NAGY, et al., 2016), verificou-se, entre os anos de 2010 e 2015, progressiva degradação da imagem da União, cujas políticas não foram consideradas apropriadas por parte de 38% dos entrevistados na pesquisa do Eurobarômetro em 2015. Quando perguntados sobre as principais associações que fazem à União Europeia, o segundo item mais comentado pelos cidadãos húngaros foi “o inadequado controle das fronteiras externas”, cuja percepção é logo mobilizada pelos líderes políticos para o alerta de ameaça à segurança nacional. Da mesma forma, cerca de 55% dos húngaros acreditam que os interesses do país não são devidamente respeitados em Bruxelas (EUROPEAN COMMISSION, 2015).

Essas percepções foram logo aproveitadas e alimentadas por líderes autoritários sob o objetivo de introduzir no horizonte político a ameaça à soberania, aos valores e aos interesses nacionais, preteridos em prol do enriquecimento das grandes economias europeias. Essa estratégia pode ser encontrada em discurso realizado por Viktor Orbán no parlamento europeu quando da iminente aplicação de sanções ao país em razão do comprometimento da independência da mídia e do Judiciário:

Temos sim questões contenciosas e teremos no futuro [...] Temos uma diferente visão sobre o Cristianismo na Europa, sobre o papel das nações e sobre a cultura nacional. Até mesmo diferenças quanto à essência da família e temos sim visões radicalmente diferentes sobre imigração” (HUNGARY, 2018a, tradução nossa).

O partido Fidesz, que, em seu manifesto de 1994, defendia a integração europeia como principal tópico da agenda exterior, mudou seu posicionamento a partir de 1998, quando passou a criticar a integração e adotou posição mais nacionalista, como ao defender prerrogativas civis para estrangeiros de descendência húngara. Isso porque foi capaz de detectar, a tempo, a rejeição da classe agricultora e dos simpatizantes da extrema-direita à possibilidade de que europeus e suas corporações passassem a ter acesso à compra de terras húngaras. Durante as negociações para a entrada do país no bloco, por exemplo, o partido Fidesz procurou se atribuir a imagem de incansável defensor do interesse nacional contra a suposta tentativa de criação de um superestado europeu disposto a suprimir os poderes e individualidades locais (BARTORY, 2002). Logo, observa-se de tal modo contínua a construção da retórica de Fidezs, demonstrando-se como o partido soube ao longo dos anos se posicionar estrategicamente acerca dos eventos políticos para conquistar sua base de apoio.

Em 2010, em meio a um cenário de recessão econômica, após vencer as eleições parlamentares com cerca de 53% dos votos, o partido Fidesz, liderado por Viktor Orbán, chegou ao poder na Hungria. Contudo, em razão do modo de operação do sistema eleitoral húngaro, tal porcentagem foi convertida em 68% dos assentos do parlamento, maioria essa que, por sua vez, já se mostrou suficiente para a aprovação de emendas a Constituição (LANDAU, 2013). A trajetória deste partido, que iniciara suas atividades com o fim do regime comunista do país, sob a bandeira do liberalismo, soube, após sucessivas derrotas, guinar em direção a ala conservadora, abraçando os valores tradicionais e cristãos, para atrair os votos daqueles que já se frustravam com a jovem democracia liberal (NALEPA, 2010).

Inicialmente, os parlamentares do Fidesz, que agora compunham o governo, empenharam-se em promover ampla reforma constitucional, por meio da aprovação de diversas emendas que fragilizassem o sistema de *checks and balances* do Estado. O controle até então desempenhado

pela Corte Constitucional foi mitigado através de emendas constitucionais que passaram a limitar suas competências em termos de matéria à medida em que o Tribunal proferia decisões contrárias aos interesses do partido (LANDAU, 2013). Posteriormente, mobilizaram-se para a completa substituição do texto constitucional: a partir de uma maioria de 2/3 do parlamento, o partido Fidesz começou a reescrever a Constituição. O processo, em que não se verificou efetiva participação da oposição nem ampla discussão, culminou na denominada “Lei Fundamental da Hungria” (*Magyarország Alaptörvénye* em húngaro), que reduziu os mecanismos de controle recíproco entre os poderes estatais e facilitou a permanência do governo no poder. Mudanças na disciplina da organização do Poder Judiciário e da Administração Pública proporcionaram também maior participação do partido na designação de cargos públicos (HALMAI, 2019).

Sendo o principal responsável pela polarização observada no país, o Fidesz dividiu a opinião pública entre anticomunistas e apoiadores do antigo regime, entre defensores da identidade e soberania nacional e da fé cristã e adeptos das políticas de internacionalização e pluralidade do Estado (NALEPA, 2010). Com a criação desse contexto hostil, de ruptura da malha social de confiança, o partido obteve aval para exercer o poder contra o mesmo sistema que ao próprio lhe permitiu ascender.

2.1. FIDESZ NO PODER: UMA NOVA CONSTITUIÇÃO PARA UMA DEMOCRACIA SEM OPOSIÇÃO

A queda de regimes comunistas na Europa central e Oriental representou a disseminação dos ideais de paz, prosperidade e liberdade, que seriam alcançados por meio do capitalismo e da democracia liberal. Entretanto, essa onda de otimismo foi logo suprimida com a percepção dos reais efeitos dos processos de transição, a partir do que uma perspectiva pessimista veio a ser adotada em lugar. Nesse mesmo campo discursivo, Viktor Orbán, primeiro-ministro do país desde 2010 e líder do partido Fidesz (Aliança Cívica Húngara), utilizou-se da visão distópica de choque de civilizações para propagar sua ideologia nacionalista e seu plano de Estado nacional desenvolvimentista (WILKIN, 2018).

Criado durante o governo de Kádár, ainda sob o regime soviético, o Fidesz surgiu como movimento de protestos anticomunista atuando na clandestinidade. Já no parlamento democrático de 1990, figurava como partido minoritário de viés liberal. Uma nova composição partidária nos anos seguintes lhe conferiu a liderança do governo de centro-direita em 1998. Após a permanência dos liberais e dos socialistas no poder por dois mandatos (2002-2010), a aliança Fidesz - KDNP, obtendo o apoio da então oposição parlamentar e apelando aos anseios da crise econômica que atingia o país, saiu vitorioso as eleições em 2010 (SZABÓ, 2011).

Tendo conquistado mais de dois terços dos assentos no parlamento, Fidesz encontrava-se autorizado a editar a Constituição do país. Entretanto, durante os 8 anos em que permaneceu na oposição, o alinhamento do partido deslocou-se para um conservadorismo extremado, de tendências ao antissemitismo e à segregação étnica. Além da promulgação de um novo texto constitucional, o partido se mobilizou no sentido de garantir a sua permanência no poder, ainda que um dia não mais estivesse no governo. Fê-lo por meio de uma série de reformas na composição da máquina pública, especialmente no Poder Judiciário e em comissões eleitorais e reguladoras das mídias, de tal modo que, preenchendo os cargos públicos com seus fiéis apoiadores, a quem seriam conferidos longos mandatos, continuariam no controle do país mesmo que o partido perdesse as eleições seguintes (BÁNKUTI et al., 2012). Por outro lado, o partido procurou enfraquecer o poder de manifestação da sociedade civil a partir da criminalização de ONGs operantes no país e que recebessem investimentos estrangeiros, sob o argumento de que representava indevida interferência exterior nos assuntos de política doméstica (WILKIN, 2018).

Contra as críticas feitas à nova Constituição, o partido procurou recorrer à equiparação de práticas constitucionais adotadas por outros países da União Europeia. Aplicando-se justificativas democráticas, o Fidesz pôde alterar o sistema político e distorcer a finalidade com que supostamente essas mudanças haviam sido realizadas. A criação de um conselho midiático, por exemplo, foi respaldada pela necessidade de se conter o discurso de ódio, tal como feito em países como França e Inglaterra, enquanto que, na realidade, foi utilizada como instrumento de perseguição a veículos jornalísticos de oposição. Ainda, característica marcantes das legislações aprovadas pelo partido conservador é o

uso de termos vagos, como “dignidade humana”, “boa-fé” e “justiça”, que possibilitam uma interpretação conforme os interesses dos governantes (WILKIN, 2018, p. 24). Destarte, sem afetar o que consideram essencial à manutenção da aparência democrática do regime vigente, notadamente a realização de eleições e a submissão dos poderes a normas jurídicas, o partido de Orbán altera significativamente o funcionamento das estruturas políticas a fim de revestir o seu controle sobre estas e sua permanência no poder de uma legitimidade ao menos superficial.

Em reação a essas medidas, a Comissão de Veneza, órgão do Conselho Europeu criado para o acompanhamento da transição democrática de países do leste europeu, demonstrou consternação sobre o processo de elaboração da nova Constituição e sobre as consecutivas reformas legislativas, especialmente em matéria eleitoral. Em reação aos pareceres da organização, membros do Fidesz alegaram não estarem vinculados a sua observância, pelo que se prontificaram a defender a manutenção do Estado de Direito. Quando apontada a alteração de quóruns para aprovação de leis em diversas matérias, os partidários de Orbán alegaram que o número de áreas afetadas diminuiria em relação à Constituição, ignorando-se, nessa defesa, a o escopo material ali discutido. A previsão de maioria absoluta em matérias cruciais visou impedir que futuros governos que não obtivessem maioria de dois terços fossem capazes de formular um plano de governo próprio e revogar as alterações promovidas pela maioria alcançada por Fidesz em 2010 (HUNGARIAN HELSIKINKI COMMITTEE, 2012).

Ainda, com a ajuda do partido de extrema-direita, Jobbik, intensificou-se o processo de banalização do preconceito contra judeus, LGBTs, ciganos e imigrantes e de popularização do repúdio à União Europeia e à globalização. Para isso, recorreram ao uso das redes sociais e de demonstrações públicas, em que, por exemplo, judeus e homossexuais eram tratados como ameaça à segurança nacional e ao ideal da família cristã. A nova cultura política abarcou a intolerância contra minorias e a identidade étnica como critério da concessão de garantias e direitos, sendo abandonadas as noções de classes social enquanto fator identitário (BALOGH apud WILKIN, 2018). Já com relação à economia, ambos os partidos são favoráveis à implementação de planos de austeridade, com a redução dos gastos estatais e da pensão de membros do antigo partido comunista, a

eliminação de taxas e o controle nacional de empresas estratégicas, de modo a favorecer os seus aliados e prejudicar seus opositores. Quanto aos índices sociais, passaram a adotar classificações baseadas na noção de merecimento da pobreza, pelo qual se passou a definir ao que corresponderiam o bom e o mal cidadão húngaro (LAKNER; TAUSZ, 2016).

A despeito de todos esses esforços pelo desvirtuamento do regime democrático, Viktor Orbán não nega que seu governo seja uma democracia, pelo contrário, aponta somente para a questão de não se tratar de um regime liberal, para o que, no seu entendimento, não deixa de haver espaço na União Europeia. Em suas próprias palavras:

A democracia liberal passou por uma transformação. Irei agora responder a uma demanda provocativa de László Tökés para que eu fale um pouco acerca do não-liberalismo: ainda, a democracia liberal foi transformada em uma liberal não-democracia. A situação no Ocidente é que há liberalismo, mas não há democracia [...] Nessas eleições devemos mostrar que há uma alternativa a democracia liberal: é a chamada democracia Cristã. (HUNGARY, 2018b, tradução nossa).

Esperava-se, aliás, que, em se tratando de membro do bloco e sem nenhum expresso posicionamento pela retirada do país do organismo, não iria Fidesz instituir um regime de todo autoritário, pelo que se explica, em parte, a opção da tática do constitucionalismo abusivo para esse mesmo fim (LANDAU, 2013). Orbán e seus partidários avistam no futuro uma Hungria não liberal, cristã, conservadora e, ao mesmo tempo, integrada economicamente à União Europeia, conciliando aparências democráticas com uma gestão autoritária do poder.

3. BRASIL: ENTRE O FANTASMA DA CRISE ECONÔMICA E A NARRATIVA DE SALVAÇÃO NACIONAL

No ano de 1985, após pouco mais de duas décadas de regime militar, o Brasil avançava significativamente em seu processo pacífico e gradual de transição democrática, quando o poder sobre o país foi finalmente en-

tregue a um presidente civil. Apenas 3 anos mais tarde foi promulgada a Constituição Cidadã, símbolo desse processo e partir da qual a soberania popular se transformou na base do exercício de qualquer forma de poder político pelo Estado. O retorno do país à democracia, porém, enfrentou desafios inéditos, uma vez que a realidade social era bastante distinta daquela observada na década de 50: as demandas políticas e econômicas tornaram-se então mais complexas e mais urgentes (MOISÉS, 1989).

A dificuldade do novo governo, liderado por Sarney, em implementar as reformas econômicas e sociais esperadas e contornar a crise econômica comprometeu a esperança de que a democracia traria consigo profundas mudanças. Ainda que transformações importantes tenham ocorrido no âmbito do funcionamento do Estado, como o fim da censura e a reformulação do sistema eleitoral, a Aliança Democrática (PMDB e PFL) não foi muito além, pelo menos no campo socioeconômico, já que se pretendia evitar que a tradicional elite política se voltasse contra o novo regime. Para o cientista político José Álvaro Moisés, mesmo que a “resistência democrática” tivesse contribuído para elevar a aderência da população ao regime democrático em detrimento do autoritarismo, não bastou para “definir uma estratégia adequada de construção institucional da democracia”, dada a cultura política do país, marcada por um déficit de representatividade (MOISÉS, 1989). Assim, a jovem democracia brasileira já nascia impossibilitada de concretizar, ao menos na velocidade com que se esperava, as mudanças sociais aguardadas.

Com a aceleração do processo de globalização, que se sucedeu à abertura econômica e a planos de privatização de empresas estatais, nos governos seguintes, esperava-se que a economia nacional seria integrada ao mercado mundial, aportando o desenvolvimento e a prosperidade ao país. Contudo, verificou-se o contrário: o aumento das desigualdades, o aprofundamento da pobreza e, ainda, a propagação de uma nova percepção sobre o tempo – a visão sobre o futuro tornava-se mais turva para grande parte dos brasileiros, que já não mais sabiam o que esperar da política (BAQUERO, 2008).

A preocupação com a qualidade da democracia que se construía no Brasil foi ainda motivo de preocupação por parte das Nações Unidas, que, em relatório de 2004 sobre desenvolvimento, alegou que a democracia não deveria ser restrita ao direito de voto, devendo compreender

também instituições públicas eficientes, o reconhecimento da oposição e a defesa do direito das minorias. Isso porque, como percebido pela organização, o agravamento das condições sociais, fator que gera desconfiança rem relação às instituições políticas, ameaça a própria legitimidade do regime em questão (apud BAQUERO, 2008).

A ascensão de Luís Inácio da Silva (ou Lula), do Partido dos Trabalhadores, à presidência da República em 2002, porém, dada a sua origem humilde e sindical, foi expressão da necessidade por mudanças no quadro social brasileiro. Em suas promessas de campanha, o candidato se comprometeu a tomar medidas de combate à miséria, a partir de programas de assistência social, como Fome Zero e Bolsa Família, que transmitiram à população a imagem de que o Estado também se preocupava com a condição dos mais pobres. Por meio de medidas econômicas ortodoxas, o país recuperou o crescimento em 2004, e a ameaça da moratória pôde ser afastada, ainda que a dívida pública continuasse a crescer. Em 2005, deflagrado o escândalo de corrupção conhecido por “Mensalão”, envolvendo membros do partido do governo em financiamento ilegal de campanha, a reputação do partido perante a opinião pública foi gravemente desgastada (ANDERSON, 2011). Ainda, assim, o partido conseguiu manter sua popularidade, por meio do aumento do salário mínimo e do incentivo ao agronegócio, reeleger Lula em 2006 e eleger Dilma Rousseff, a primeira mulher na presidência do país, em 2010 e 2014. O comprometimento das principais lideranças políticas do país em atividades ilegais ainda abalou significativamente a confiança nas instituições públicas, gerando insatisfação tal que não deixou de ser aproveitada por grande parcela da oposição nas campanhas eleitorais seguintes.

Ainda, em junho de 2013, tentativas de aumento na tarifa do transporte público nas principais capitais do país levou a uma série de manifestações de rua, cujo escopo se alargou para abarcar também a insatisfação com a corrupção, com os gastos na realização da Copa do Mundo e com a falta de investimentos nas áreas da saúde, da educação e mobilidade urbana. Marcados pela multiplicidade de pautas e pelo apartidarismo, tais protestos obtiveram a aprovação de 75% da população em pesquisas realizadas no período (CNT/IBOPE apud ANTUNES; BRAGA, 2013). Apesar de terem aumentando em números absolutos ao longo dos anos, os gastos com direitos sociais diminuíram em números relativos.

A insatisfação era crescente sobretudo entre os trabalhadores jovens, a quem o modelo de desenvolvimento do governo relegou condições de remuneração precária, 1,5 salários mínimos. Os operários, por sua vez, demandavam o reajuste salarial e melhorias nas condições de trabalho. Em resposta às ruas, os governos locais e federal foram obrigados a tomar medidas, como a revogação dos ajustes nas tarifas, a contratação de mais médicos para as periferias, destinação de recursos da exploração do petróleo para a educação. Os protestos marcaram a destruição do sonho de que país caminhava em direção ao progresso (ANTUNES; BRAGA, 2013) e, paralelamente, reforçaram também o desencanto para com o cenário político brasileiro. Com lemas como “O Gigante Acordou”, os brasileiros abriam os olhos para a realidade da política nacional, assumindo que o país com que sonharam não mais pairava, se sequer já o havia, sobre o horizonte de possibilidades. O descontentamento materializou-se no entendimento de que a política havia deixado de ser o espaço apropriado para a representação para dar lugar às ruas.

Na eleição seguinte, em 2014, Dilma Rousseff foi reeleita por uma diferença mínima de votos e em clima de elevada polarização política. Em sua campanha, prometera não realizar a contenção de gastos em áreas socialmente sensíveis, como educação e saúde, o que, porém, logo veio a descumprir. Ainda, conflitos entre o governo e a câmara, levou o então deputado Eduardo Cunha, do PMDB-RJ, a adotar uma agenda independente do governo para a casa legislativa. Nesse mesmo período, a deflagração de fases da operação Lava Jato desmascarava um grande esquema de corrupção na principal empresa do país, a Petrobrás. Entre os indiciados da operação, não faltavam membros da base aliada do governo. No exterior, a credibilidade do país para investimentos era abalada e a crise econômica se intensificava. Finalmente, em outubro de 2015, o Supremo Tribunal Federal acolheu ação que poderia implicar a cassação do mandato da chapa presidencial por abuso de poder econômico. Em dezembro, Eduardo Cunha autorizou o processamento da denúncia contra Dilma Rousseff por crimes de responsabilidade, do que se seguiram inúmeras manifestações contrárias e favoráveis à sua permanência do poder. Diferentemente dos protestos de 2013, agora as bandeiras partidárias coloriam as ruas, que se dividiam em dois grupos, munidos de projetos inconciliáveis de país (FALCÃO, 2017a). Entre aqueles que defendiam

o impeachment, placas pedindo o retorno dos militares ao poder, em clara manifestação nostálgica em prol do regime ditatorial, e a contenção do comunismo e da teoria de gênero revelaram a conformação de um cenário de guerra ideológica, da qual esses mesmos simpatizantes da direita passaram a aguardar, em tom “messiânico”, a aparição daquele que seria o salvador nacional.

Nesse cenário, o impeachment de uma presidente democraticamente eleita, que havia desafiado governar sem o apoio do Poder Legislativo, foi vendido à população como a solução mais rápida aos problemas enfrentados no país. A articulação das elites políticas de recurso ao mecanismo constitucional do impeachment, constitucionalmente previsto, e de mobilização da insatisfação da população, visando a realização de seus interesses estratégicos, já indicou o novo perfil autoritário do jogo de poder. Isso uma vez que o normal funcionamento do princípio democrático em regimes presidencialistas pressupõe que, no caso de os eleitores estarem insatisfeitos com os governantes que eles próprios elegeram, terão a oportunidade de manifestar tal descontentamento nas próximas eleições. De forma excepcional, prevê-se, pelo impeachment, a possibilidade de a assembleia nacional verificar se qualquer ato inadequado empreendido pelo presidente da República deve prevalecer sobre os votos por ele recebidos. Veda-se, assim, a sua instrumentalização como meio de “derrubar políticas de governo” (FALCÃO, 2017a, pp. 21-22). Recebida a condenação em dezembro de 2016, Dilma Rousseff foi afastada do cargo, tendo sido todo o seu processo alvo de inúmeras críticas e apontamentos de ilegalidades, já que a atmosfera política tendente ao seu impeachment já havia se formado antes mesmo que tivessem algo concreto a ser alegado contra a presidente (FALCÃO, 2017b, pp. 32-33). As inconsistências iniciais da democracia brasileira souberam, portanto, torná-la vulnerável ao seu próprio retrocesso.

3.1. ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS DE 2018: O IMAGINÁRIO DO MEDO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO SER CIDADÃO

Às vésperas da eleição presidencial de 2018, considerada uma das mais importantes do país desde a democratização e ato central de democracia, pesquisa de opinião realizada pela FGV/DAPP em agosto de 2017,

conseguiu captar a atmosfera política brasileira. Foram verificadas altas taxas generalizadas de desconfiança no presidente (83%), nos políticos (78%) e nos partidos (78%), ao passo em que as instituições consideradas mais confiáveis foram a Igreja (61%), os militares (46%) e os juízes (42%). A proeminência desses atores sociais, historicamente associados a vertentes políticas conservadoras, remete ao sentimento de ameaça aos valores tradicionais. Além disso, quanto a suas expectativas sobre a crise econômica que abala o país, a maior parte (63%) dos entrevistados respondeu com pessimismo, afirmando crer que o pior da crise ainda não havia passado. Finalmente, perguntados sobre se, no Brasil, haveria uma democracia, 42,4% responderam discordar desta afirmação (FGV/DAPP, 2017).

A necessidade de reforma do sistema de representação soube dar destaque àqueles candidatos de fora da política ou dos círculos políticos tradicionais, que passaram a concentrar as expectativas da mudança. A conjuntura social, produto da desconfiança, da crise econômica, do conservadorismo e do saudosismo militar, somada à procura de um representante honesto em face da corrupção generalizada, direcionou os holofotes da política ao deputado Jair Bolsonaro, reconhecido pela sinceridade de suas falas e por seu nacionalismo (BERNARDES; BARROS, 2019). Seu principal adversário, porém, era Lula, que havia sido preso meses antes da eleição em uma das fases da operação Lava Jato, após ser condenado pelo juiz federal Sérgio Moro, a quem a direita brasileira passou a tratar como um herói. Bolsonaro, ao longo de sua carreira no Congresso, ficara conhecido por frases polêmicas, por defender a tortura e ofender negros, mulheres e LGBTs. Uma de suas principais frentes de campanha em favor da chamada escola sem partido”, isto é, da retirada de material progressista da agenda escolar, alimentou uma verdadeira guerra cultural e ideológica no país (ARGUELHES, PEREIRA, 2018), pelo que a pauta de “direitos humanos” não mais tratada como premissa inerente da nova ordem constitucional foi reduzida de um valor político enviesado e questionável.

Sua admiração pela ditadura militar é notável em seus discursos e posicionamento político, não sendo raras as oportunidades de exaltação das glórias desse período histórico. Ainda assim, sua retórica, contrária ao princípio democrático de proteção às minorias, foi suavizada durante a campanha eleitoral com a redução de ataques a veículos da mídia

e com promessas de que seria “escravo” da Constituição (DALY, 2019). Ainda que tal viesse a ser a realidade, porém, não se pode excluir a possibilidade de incidência do fenômeno do constitucionalismo abusivo em circunstâncias nas quais os líderes respeitam as normas constitucionais vigente, dado que tal observância não se equipara a um real impedimento a atentados contra a ordem democrática (LANDAU, 2013).

Durante a eleição, sua principal estratégia consistiu em críticas ao feminismo, à homossexualidade e à democracia liberal e em ataques à legitimidade da oposição e dos principais veículos de notícias do país, pelo que pôde captar a insatisfação das classes mais religiosas e conservadoras em relação à ampliação do rol de direitos humanos, em especial do conceito jurídico de família, e a latente corrupção latente no país. Em razão desta última estratégia, Bolsonaro muito se favoreceu do compartilhamento de notícias por via de aplicativos de mensagens, das quais muitas continham conteúdo inverídico, e por meio do que falseou, inventou, manipulou e distorceu fatos vinculados a seus oponentes ou a episódios históricos recentes. Aproveitando-se também do agravamento da crise política e social da vizinha Venezuela, o partido de Bolsonaro, o Partido Social Liberal (PSL) alertou para um cenário similar no país caso o Partido dos Trabalhadores saísse vitorioso, convertendo-o em inimigo da nação. Por outro lado, soube, como qualquer outra coligação, apropriar-se dos símbolos nacionais para figurar como verdadeiro partido dos brasileiros. (DALY, 2009).

Por meio de sua apologia às armas, Bolsonaro disseminou um discurso de ódio e medo na sociedade brasileira, de modo a satisfazer a necessidade pela segurança dos eleitores preocupados com o aumento da criminalidade. Não sendo à toa suas propostas no sentido de reduzir a maioria penal no país, a que juristas entendem como garantia fundamental, afastar o estatuto do desarmamento e ampliar as hipóteses em que policiais possam atirar em suspeitos. Para tal, não deixou de se utilizar da imagem do “cidadão de bem”, contraposta à noção do “outro”. Segundo esse entendimento, legitima-se a exclusão de parte da população do gozo de direitos constitucionais, na medida em que se passa a requerer merecimento por parte do cidadão para a tutela do Estado (CIOCCARI; PERSICETTI, 2018). Nisso figura o que se pode chamar de interpretação autoritária do texto constitucional, haja vista que o sentido

da Constituição não é mais dado pelo povo e para o povo, mas apropriado pelas instituições públicas, conforme as valorações morais do campo político. Os direitos fundamentais da carta magna e a definição daqueles considerados cidadãos são, assim, colocados indevidamente à disposição do poder político e de seus interesses. Em 29 de abril, na ocasião da abertura do Agrishow, Bolsonaro comentou que enviaria à Câmara projeto de lei isentando de punição o cidadão de bem que atirasse em invasores de sua propriedade rural, dizendo:

Vai dar o que falar, mas é uma maneira que nós temos de ajudar a combater a violência no campo é fazer com que, ao defender a sua propriedade privada ou a sua vida, o cidadão de bem entre no excludente de ilicitude. Ou seja, ele responde, mas não tem punição. É a forma que nós temos que proceder. Para que o outro lado, que desrespeita a lei, tema vocês, tema o cidadão de bem, e não o contrário (BRASIL, 2019).

Assim, através de projetos de lei, o governo Bolsonaro pretende normatizar tal interpretação, deslocando as garantias constitucionais para grupos sociais específicos, que constituam a sua base de apoio.

Em outubro de 2018, Bolsonaro foi eleito presidente da República, com 55% dos votos, tendo ao seu lado, por vice-presidente, o General Hamilton Mourão. Além deste, outros 70 militares foram eleitos para cargos no Congresso Nacional, simbolizando o crescimento envolvimento das Forças Armadas com a esfera política, porém, dessa vez, sem a necessidade de um golpe de Estado. Entretanto, o novo vice-presidente não deixou de cogitar tal possibilidade caso, após a vitória do presidente, a anarquia se instalasse no país. Entre outras declarações polêmicas, Mourão não se declarou, como fez Bolsonaro, escravo da Constituição, vindo até a comentar abertamente sobre a sua substituição por um texto redigido por uma comissão de notáveis (MOURÃO apud DALY, 2017). Apesar de até o momento não ter se articulado nesse sentido, a criação de uma nova Constituição oportunizaria a configuração de uma arquitetura política favorável à permanência do governo no poder e à opressão da maioria sobre a minoria (LANDAU, 2013).

Uma vez no cargo, Bolsonaro logo deu passos em direção a re-

formas relevantes para o regime democrático: como a edição da Medida Provisória n. 870/19², já convertida em lei, que reorganiza departamentos do governo de modo a possibilitar o controle das atividades de organizações não-governamentais; a nomeação de Ministros contrários ao desenvolvimento progressista das pastas que lhe foram designadas; e a transferência da competência de demarcação de terras indígenas e quilombolas para o Ministério da Agricultura (MAUÉS, 2019). Por meio dessas medidas, o governo foi capaz de conter a expressão da oposição, frear a agenda liberal e, ainda assim, manter a aparência democrática de seus Ministérios, e limitar o acesso das minorias indígena e quilombola à terra. Por meio do Decreto n° 9.690/2019³, que altera a lei de acesso à informação, o governo pôde reduzir o acesso do público a informações sigilosas do governo, comprometendo a transparência institucional. A partir dessas medidas, dotadas de legitimidade no plano formal, o governo procura, ao reverter a evolução do reconhecimento dos direitos democráticos, combater mudanças sociais vistas como desfavoráveis ao código social conservador da classe de seus eleitores, de modo a fortalecer sua base de apoio, bem como afastar críticas, ou a possibilidade de que venham a ser consideradas.

O governo Bolsonaro ainda está em seu início, mas, assim como as falas do presidente, seu futuro é imprevisível. Inegável é, porém, a tendência autoritária encontrada em seus discursos de campanha e em algumas das ações já tomadas por seu governo. Nenhuma emenda constitucional foi aprovada até o momento de conclusão deste texto nenhuma outra alteração constitucional significativa teve lugar. Não se pode falar ainda em uma virada autoritária, pelo menos não da forma com que cogita o próprio presidente, para quem “democracia e liberdade só existem quando as respectivas Forças Armadas assim o querem” (BOLSONARO apud ALESSI, 2019b) e, logo, para quem uma democracia iliberal não constitui em si uma contradição em termos.

2 BRASIL. Medida Provisória n. 870 de 1º de janeiro de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. **DOU**: 3 de janeiro de 2019, Brasília, DF.

3 BRASIL. Decreto n° 9.690 de 23 de janeiro de 2019. Altera o Decreto n° 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação. **DOU**: 24 de janeiro de 2019, Brasília, DF;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da análise das atuais conjunturas políticas húngara e brasileira, além de atentados contra a integridade de seus regimes democráticos, é constatada, em particular, uma nova forma de apropriação do texto constitucional, inserida no fenômeno global do constitucionalismo abusivo. A função da Constituição, enquanto conjunto de regras dispostas de tal modo a enquadrar e solucionar os conflitos políticos cotidianos, é abandonada, vindo a ser convertida em instrumento de partidos políticos na disputa pelo poder. O controle sobre a interpretação da Constituição é igualmente motivo de disputa, na medida em que de seu significado deriva a legitimidade das ações governamentais a que se procura respaldar com o escudo da constitucionalidade. Como resultado dessa apropriação de seus sentidos, não mais preenchidos pelo povo, conceito ficcional em que se funda a democracia, e de seus procedimentos, o conteúdo constitucional se esvazia, à mercê dos interesses das elites políticas.

Aplicando-se o conceito apresentado por Paixão e Paiva (2018), não é absurdo afirmar estar-se diante de uma crise não só democrática, como também constitucional. Isso porque, diante da instauração de um impasse político, agravado pela crescente desconfiança popular no sistema representativo, nos anos consecutivos à transição democrática, as Constituições da Hungria e do Brasil não foram suficientes para a sua superação, pelo contrário, desvirtuada a sua função, puderam ser manipuladas a ponto de se tornarem mais um fator da perpetuação desse conflito. Ainda, as Constituições não foram somente incapazes de cumprir com suas promessas iniciais e atender as expectativas da transição, como igualmente não o foram para conter a ascensão de líderes que pretendiam justamente erodir o regime de governo que seus textos propunham.

A aproximação teórica das distintas experiências democráticas, tais quais a brasileira e a húngara, não se propõe a buscar os elementos de um fórmula geral que explique a ascensão de políticos autoritários à liderança de democracias no mundo, contudo, permite o apontamento de fatores, que, nos dois países, levaram a resultados semelhantes. Inseridos em contextos análogos de queda de regimes ditatoriais, ainda que de ver-

tentes ideológicas opostas, Brasil e Hungria compartilharam, ao final do século XX, das esperanças atribuídas ao processo de abertura econômica e política. Uma vez frustradas essas expectativas, a população dos dois países teve de se acostumar à crise econômica e a desconfiar das instituições políticas. O agravamento de condições sociais e a substituição de valores tradicionais por progressistas e liberais serviram de combustível ao fortalecimento de figuras políticas até então pouco conhecidas, que, dirigindo-se diretamente ao descontentamento generalizado, souberam conduzir a opinião pública segundo seus interesses. Por meio de discursos do medo, criaram inimigos e, então, a necessidade de proteção à segurança nacional, quer ameaçada pelo comunismo bolivariano, quer por grandes corporações estrangeiras, e aos valores cristãos, comprometidos pela tolerância a minorias. Eleitos, apoderaram-se da Constituição, seja de seus mecanismos de reforma ou de sua interpretação, para impregnar as estruturas do Estado com suas concepções de cidadania e com barreiras à oposição.

Por fim, a compreensão dessas estratégias discursivas contribui ao melhor entendimento de como o desenho constitucional, as expectativas populares e a responsividade do sistema representativo são operados e apropriados pelos atores sociais. Desse modo, poderão ser encontradas formas de se restaurar a crença na democracia, conter o avanço do autoritarismo e reestabelecer o equilíbrio do sistema partidário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁGH, Attila. The Deconsolidation in Democracy in East-Central Europe: The New World Order and the EU's Geopolitical Crisis. *Politics in Central Europe*, v. 12, n. 3, pp. 7-36, 2016;

ANDERSON, Perry. O Brasil de Lula. *Novos estudos – CE-BRAP*. São Paul , n. 91, p. 23-52, nov. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300002&lng=en&nrm=iso>.

ANIOT, Judy. *Hungary: Democracy Reborn*. Budapest: Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Hungary, 1991;

ANTUNES, Ricardo. BRAGA, Ruy. Os dias que abalaram o Brasil: as rebeliões de junho, julho de 2013. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, Número especial, 2014, pp. 41-47.

BÁNKUTI, Miklos; HALMAI, Gabor; SCHEPPELE, Kim Lane. Disabling the Constitution. *Journal of Democracy* 2 (3), pp. 138-146, 2012;

BAQUERO, Marcello. Democracia formal, cultura política informal e capital social no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, v. 14, n. 2, p. 380-413, nov. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010462762008000200005&lng=en&nrm=iso;

BATORY, Agnes. *The political context of EU accession in Hungary*. London: The Royal Institute of International Affairs, 2002;

BERNARDES, Cristiane Brum. BARROS, Caio Carvalho Correia. *Populismo no Brasil contemporâneo: uma análise de discursos de Lula e de Bolsonaro*. In: VIII COMPOLÍTICA. Brasília, 15 a 17 de maio de 2019;

BÍRÓ-NAGY, András; DOBSZAI, Dalma; KADLÓT, Tibor; KÖNIG, Annamária. *Regime change, democracy and Hungarian society*. Budapest: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016;

BIRÓ, Péter; KÓCZY, László Á; SZIKLAI, Balázs. *Fair Apportionment in the View of the Venice Commission's Recommendation*. Budapest, 2012. Disponível em: <http://real.mtak.hu/75651/1/1302.pdf>;

BRASIL. Decreto nº 9.690 de 23 de janeiro de 2019. Altera o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de

novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação. **DOU**: 24 de janeiro de 2019, Brasília, DF;

BRASIL. Presidente (Jair Bolsonaro). Discurso por ocasião de abertura do *Agrishow 2019*. Ribeirão Preto, 24 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/discursos/2019/discurso-do-presidente-da-republica-jair-bolsonaro-durante-cerimonia-de-abertura-oficial-da-agrishow-2019-ribeirao-preto-sp>;

BRASIL. Medida Provisória n. 870 de 1º de janeiro de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. **DOU**: 3 de janeiro de 2019, Brasília, DF;

ALESSI, Gil. Bolsonaro: “Democracia só existe quando suas Forças Armadas assim o querem”. *EL PAIS*, São Paulo, 7 de mar. 2019. Seção Brasil. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/07/politica/1551980781_040595.html. Acesso em: 10 de jun. 2019;

CIOCCARI, D., & PERSICETTI, S. (2018). Armas, ódio, medo e espetáculo em Jair Bolsonaro. *Revista Alterjor*, 18(2), 201-214. Recuperado de <http://www.periodicos.usp.br/alterjor/article/view/144688>;

CSINK, Lóránt; SCHANDA, Balázs; VARGA, András ZS. *The Basic Law of Hungary: a first commentary*. Dublin: Clarus Press Ltd, 2012;

EUROPEAN COMMISSION. *Standard Eurobarometer 84: Autumn 2015*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2015;

FALCÃO, Joaquim. Impeachment agora é pular etapas. (Orgs.) FALCÃO, J; ARGUELHES, D. W; PEREIRA, T. *Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017a;

_____: O quebra-cabeça do impedimento. (Orgs.) FALCÃO, J; ARGUELHES, D. W; PEREIRA, T. *Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo*. Belo Horizonte(MG): Letramento, 2017b;

FGV/DAPP. *O Dilema do Brasileiro: entre a descrença no presente e a esperança no futuro*. (Coord.) RUEDIGER, Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 2017;

FUKUYAMA, Francis. *O fim da História e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992;

HARTOG, François. *Regime de Historicidade* [Time, History and the writing of History: The Order of Time - KVHAA Konferenser 37]. Stockholm, 1996, pp. 95-113. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/113/o/Fran%C3%A7ois_Hartog_-_Regime_de_Historicidade_\(1\).pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/113/o/Fran%C3%A7ois_Hartog_-_Regime_de_Historicidade_(1).pdf);

HUNGARIAN HELSINKI COMMITTEE. *The Case of the Hungarian Government with the Venice Commission: assessment of Government reactions concerning the Venice Commission's opinion on the New Constitution of Hungary*. Budapest, 2012. Available at: https://hclu.hu/files/tasz/imce/assessment_of_hun_gov_reactions_to_venice_commission_opinion_201108.pdf;

HUNGARY. Prime minister (Viktor Orbán). *Sitting of 2018-09-11*. Brussels: European Parliament, start of speaking time 15:31:16, 2018a. Available at: <https://www.europarl.europa.eu/plenary/en/vod.html?mode=unit&vod-Language=EN&startTime=20180911-15:31:21-231&date=20180911#>;

HUNGARY. Prime minister Viktor Orbán's speech at the 29th 29th Bálványos Summer Open University and Student Camp. Tusnádfürdő: Cabinet Office of the prime Minister/MTI, July 28th, 2018b. Available at: <https://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-29th-balvanyos-summer-open-university-and-student-camp>;

KOLOSI, Tamás; TÓTH, György Tóth; GYÖRGY, Vukovich. *Social Report 2000*. Budapest: Társki Social Research, pp. 549-572;

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis. Law Review*, v.47, n.189, p.189-260, 2013;

LAKNER, Zoltan; TAUSZ, Katalin. From a Welfare to a Workfare State: Hungary. In: SCHUBERT, Klaus; VALOTTA, Paloma de (eds.) *Challenges to European Welfare systems*. Springer, 2016, pp. 325-350;

LAW, David S; VERSTEEG, Mila. Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. *The California Law Review*, v. 99, pp. 1163-1257, 2011;

LIPSET, Seymour Martin. Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy. *The American Political Science Review*, vol. 53, no. 1, 1959, pp. 69-105;

MAINWARING, Scott. *Transitions to Democracy and Democratic Consoli-*

ation: theoretical and comparative issues. The Helen Kellogg Institute for International Studies, working paper #130, 1989;

MAUÉS, Antonio Moreira. *Brazil's New Government: Risks to Constitutional Democracy*. Blog of the International Journal of Constitutional Law, February 27th, 2019. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2019/02/brazils-new-government-risks-to-constitutional-democracy/>;

MOISÉS, José Álvaro. Dilemas da consolidação democrática no Brasil. *Lua Nova*, São Paulo, n.16, pp. 47-86, mar. 1989.

NALEPA, Monika. *Skeletons in the closet: transitional justice in post-Communist Europe*. New York: Cambridge University Press, 2010;

NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural Backlash: Trump, Brexit and Authoritarian Populism*. New York: Cambridge University Press, 2018;

PAIXÃO, Cristiano. Tempo presente e regimes de historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *As formas do direito – ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 77-87;

_____; PAIVA, Cláudia. O conceito de crise constitucional: esboço, delimitação e sua aplicação à história do Brasil República. In: WEHLING, Arno; SIQUEIRA, Gustavo; BARBOSA, Samuel. *História do Direito: entre rupturas, crises e descontinuidades*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018;

PALÁNKAI, Tibor. Hungary and the European Integration (Possibilities for the Association of Hungary to the European Communities. *Aula*, vol. 12, n. 2, pp. 68-79, 1990;

SCHEDLER, Andreas. *The Politics of Uncertainty: sustaining and subverting electoral authoritarianism*. Oxford: Oxford University Press, 2013;

SZABÓ, Maté. From a suppressed anti-communist dissident movement to a governing party: the transformations of Fidesz in Hungary. *Corvinus Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 2, pp. 47-66, 2011;

WILKIN, Peter. The Rise of “Illiberal” Democracy: the Orbánization of Hungarian Political Culture. *Journal of World-Systems Research*, vol. 24, issue 1, 2018.

O CONGRESSO NACIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A INFLUÊNCIA DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR NA TOMADA DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

THE NATIONAL CONGRESS AND THE JUDICIALIZATION OF POLITICS: THE INFLUENCE OF LAWMAKING PROCESS IN SUPREME FEDERAL COURT'S DECISION-MAKING IN THE SPECIAL JURISDICTION RULING

Diego Ferreira Pimentel¹

Resumo: O enfoque na atuação do Supremo Tribunal Federal em matérias políticas enseja importantes questões ao direito constitucional. Nesse cenário, a judicialização da política e o ativismo judicial se tornaram temas de primeira ordem. Percebe-se, no entanto, que essas discussões têm se concentrado apenas nos aspectos eminentemente judiciais. Com isso, despreza-se uma importante discussão sobre como fatores exógenos a atividade judicial, como a atuação parlamentar influencia a tomada de decisão da Corte. Devido a isso, a pesquisa realizada neste trabalho buscou demonstrar como a atuação do Congresso Nacional afetou a atuação STF nos julgamentos das Ações Penais 313 e 937 que restringiram o foro por prerrogativa de função. Para isso, realizou-se um levantamento das Propostas de Emenda à Constituição que tramitaram no Parlamento sobre o tema e como foram decididas a partir do marco temporal das decisões da Corte. O objetivo foi observar se a atuação da Suprema Corte se deu num *vácuo* da atuação legislativa e, reflexamente, se a tomada de decisão dos parlamentares afetou a tramitação de ambos os julgamentos. Observou que em ambos os casos, a deliberação dos legisladores não influenciou nas decisões judiciais analisadas.

Palavras-chaves: Judicialização da política; Diálogo Institucional; Ativismo judicial; Congresso Nacional; Supremo Tribunal Federal.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Advogado.

Abstract: The focus on the performance of the Supreme Federal Court on political issues raises important questions about Constitutional Law. In this scenario, judicialization of politics and judicial activism have become first-rate issues. However, we can see that these discussions have focused only on eminently judicial aspects. Thus, an important discussion about how exogenous factors to the judicial activity, such as parliamentary activity, influences the decision-making of the Court is neglected. Because of that, the research carried out in this paper sought to demonstrate how the performance of the National Congress of Brazil affected the Supreme Federal Court performance on the trials of Criminal Actions 313 and 937 that restricted parliamentary immunity. For this, an inventory of the Propositions of Amendments to the Constitution that have gone through the National Congress on the subject and how they were decided from the timeframe of the Court's decisions was implemented. The aim was to observe whether the Supreme Court's action took place in a vacuum of legislative action and, reflexively, whether the decision-making of legislators affected the course of both trials. It was noted that in both cases, the legislative deliberations did not influence the rulings analyzed.

Keywords: Judicialization of politics; Institutional Dialogues; judicial activism; National Congress of Brazil; Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

A realização de pesquisas sob o enfoque da separação de poderes e da interação entre o Legislativo e o Judiciário, tem corroborado para a reflexão sobre a judicialização da política e o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal sob a ótica parlamentar. Percebe-se nos estudos desenvolvidos sobre os temas no âmbito do Direito, uma incidência preponderante na perspectiva judiciária, desconsiderando como os fatores legislativos que os circundam lhes influenciam.

O trabalho buscou romper com a estrita visão judicial desses fenômenos, analisando-os por meio da atuação do Congresso Nacional. Para isso, o tema de investigação observou a atuação prévia do Legislativo em uma matéria que foi deslocada para o campo decisório do STF: o foro por prerrogativa de função. A análise proposta abarcou um diálogo interinstitucional entre ambos os poderes, mediante a realização de uma pesquisa empírica, em que foi realizado um levantamento sobre como o Parlamento influenciou a tomada de decisão pela Corte.

Essa forma de análise da judicialização da política e do ativismo judicial permitiu deslocar o debate do “lugar comum”, em que busca compreender esses fenômenos apenas enquanto uma questão iminente judicial, desprezando os fatores legislativos. Para isso, o debate foi subdividido em três momentos que analisou sistematicamente o tema.

Inicialmente, realizou-se um levantamento junto à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal das Propostas de Emenda à Constituição correlatas à matéria, tendo como delimitação temporal o interregno da promulgação da Constituição Federal de 1988 e o julgamento definitivo das ações pelo Supremo Tribunal Federal. O que demonstrou o anseio dos legisladores em discutir o tema no Congresso Nacional ou se seria verificado, de imediato, uma inércia da atuação parlamentar.

De posse desses dados, partiu-se à análise da tramitação das propostas. Nesse caso, objetivou-se analisar o procedimento legislativo, para demonstrar se as propostas perpassaram as comissões temáticas, foram votadas no plenário das Casas Legislativas ou permaneceram num “limbo” sem ocorrer as suas deliberações. Este panorama enunciou o modo de atuação parlamentar no tema selecionado para observação empírica do objeto.

Realizada a coleta dos dados legislativos, a análise partiu para o seu segundo momento, em que confrontou o processo legislativo com a atuação do STF. Como procedimento para esta investigação, este ponto foi pautado sob o enfoque de três marcos temporais: (I) o período de tramitação das matérias no Parlamento; (II) o momento da judicialização no STF; e (III) a data da tomada de decisão pela Corte. A confrontação com esses três períodos permitiu visualizar a atuação do Legislativo no debate das matérias antes da judicialização para (a) observar se o deslocamento do temas à esfera judicial ocorreu num “vácuo” da atuação parlamentar; (b) verificar um possível ímpeto legislativo em decidir a matéria após o seu deslocamento ao STF; e (c) observar os efeitos diretos do processo legislativo na atuação da Corte.

Entendendo a análise qualitativa como a descrição, compreensão e interpretação de fatos e fenômenos diante de um caso, no terceiro momento, a pesquisa possibilitou a análise transversal entre a atuação parlamentar e os seus reflexos na atuação judiciária, sob o enfoque da judicialização da política e da tomada de decisão da Corte no debate sobre o foro por prerrogativa de função. De maneira a concluir se é possível correlacionar, a partir do estudo de caso, se a interação da atividade parlamentar influenciou ativa ou negativamente no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

1. ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL: DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

A denominação conceitual do ativismo judicial sofre uma intensa variação devido ao ponto valorativo do intérprete. É comum observar definições antagônicas sobre a questão ou ainda conceitos semelhantes, porém que se diferenciam a partir do apontamento da existência de dimensões acerca do que se conceberia como uma prática ativista, bem como visões distintas sobre os benefícios ou malefícios da prática para a ordem democrática.

Inicialmente, percebe-se distintas nomenclaturas ao que é concebido como *ativismo judicial*. Diversos outros autores descreveram o ativismo dos órgãos judiciais em expressões distintas, como: “juristocracia”

(HIRSCHL, 2007c), “supremocracia” (VIEIRA, 2008), além da atribuição como sinônimo do termo a expressão “judicialização da política” (VIANNA et al., 2014). Aparentemente sem qualquer distinção conceitual prática dos seus significados, com exceção ao último ponto que se entende não comportar o que denomina o ativismo judicial.

Sem pretender divagar sobre a etimologia de cada uma, a compreensão acerca da definição da judicialização da política e o ativismo judicial é de fundamental importância, na medida em que a atribuição de graus semelhantes entre ambas culminaria numa concepção errônea sobre o tema, especialmente no que concerne à atuação do Congresso Nacional visualizada nos momentos seguintes do trabalho.

Entende-se que a judicialização da política é caracterizada como o processo em que há o deslocamento da discussão de matérias legislativas ao judiciário, isto é, temas essencialmente políticos que deveriam ser debatidos no âmbito dos órgãos de representação são discutidos nas vias judiciais (HIRSCHL, 2006a, p. 724). Portanto, não há na judicialização uma substituição da vontade do legislador. Essa subtração dependeria, essencialmente, da decisão proferida pelo órgão judicial, sendo possível que a judicialização atue como garantia da vontade normativa expressa na Constituição – algo inconcebível no plano do ativista.

É o que se verifica quando a judicialização de matérias concernentes a aplicabilidade dos direitos fundamentais ou de procedimentos guardadores das regras democráticas, especialmente no âmbito do processo legislativo². Quando observada a atuação judicial nessas condições, há uma resposta positiva da judicialização, uma vez que é insustentável a manutenção do Estado democrático em um sistema que não proteja os direitos e as liberdades fundamentais (CAPPELETTI, 1993, p. 106-107).

Distintamente, o termo ativismo judicial refere “a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimen-

2 Expressa Marcelo Cattoni (2015, p. 128-129) que: “A tarefa geral da Jurisdição Constitucional e, especialmente, do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, no marco do paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito é a da garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos, no sentido da equiprimordialidade e da interrelação entre elas. Essa tarefa densifica-se nas seguintes perspectivas: 1. garantia do devido processo legislativo democrático; ou seja, democracia e abertura nos discursos de justificação; 2. garantia do devido processo constitucional; ou seja, imparcialidade e adequabilidade nos discursos de aplicação constitucional”.

to principalmente da função legislativa”. Porquanto há uma completa descaracterização da função típica do Judiciário devido “a incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2015, p. 119-120), caracterizando-se uma ofensa à separação dos Poderes.

Tais situações são verificadas, por exemplo, quando o órgão judicial, em vista de conceitos normativos imprecisos, reputa inconstitucional determinada norma aprovada pelo Parlamento, sem consignar de maneira efetiva a sua inconstitucionalidade, em vista a uma preferência política diversa sobre o tema debatido (NEVES, 2013). Bem como, não obstante não realizar um controle constitucional efetivo, interfere no processo político para impelir uma decisão ocupando vácuos deixados pelo legislador (URBANO, 2012, p. 22-23).

Entende-se, portanto, que apesar de a judicialização ser um fator essencial a ocorrência do ativismo judicial, ambos não se confundem. A ocorrência deste é inerente a uma conduta indeferente da atividade judicial a vontade dos órgãos representativos, por sua vez, a judicialização, em determinadas oportunidades, pode atuar como um instrumento da garantia da ordem democrática, atuando para proteger e assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, bem como a garantia do devido processo procedimental e substantivo.

2 . OS FATORES POLÍTICOS QUE PERMEIAM O ATIVISMO JUDICIAL

Conceituados o ativismo judicial e a judicialização da política, importa deslocar o debate para outra perspectiva, de maneira a enfocá-lo dentro da esfera política. Em que pese a crescente relevância em compreender o fenômeno que circunda a atuação judicial na atualidade, há, excetuada raras exceções, uma restrição nos estudos realizados ao entendimento que a judicialização está restrita a fatores do campo decisório dos organismos judiciais (HIRSCHL, 2008, p. 3). Essa visão errônea ignora um amplo debate, o qual aponta que motivações políticas transcendem o universo jurídico do tema, sendo possivelmente sua principal razão de existência.

Objetiva-se, então, discorrer algumas considerações traçadas pela ciência política sobre como há, na prática dos organismos representativos, condutas que influem na assunção judiciária ao centro do poder político e em sua incursão em matérias de natureza, a priori, estranhas a prática jurisdicional. Nota-se que parte dos autores desse campo – alheios ao universo jurídico – compreendem que a judicialização é um fator preponderantemente derivado por fatores legislativos (HIRSCHL, 2007c, p. 40). Não é objetivo do trabalho aprofundar esse possível embate entre ambas as perspectivas, mas apresentar as suas considerações.

Em primeiro lugar, verifica-se que a judicialização da política é um fator mundial, que extrapolou os limites dos países com forte tradição de um sistema de controle constitucional das normas. Esse cenário pode ser ilustrado por casos emblemáticos em que houve o deslocamento das discussões da esfera política para Cortes Constitucionais como em: *Bush vs. Al Gore*; a legitimidade da eleição presidencial mexicana em 2006; a ratificação judicial da promulgação Constituição sul-africana, entre outros (HIRSCHL, 2008b, p. 7-11).

Na realidade brasileira, essa intensa juridicização é observada em temas que tiveram suas decisões formuladas ou ratificadas pelo Supremo Tribunal Federal, tais como: a legitimidade da lei de cotas³; o casamento homoafetivo⁴; a constitucionalidade da Lei de Ficha Limpa⁵; a legalidade das pesquisas em células tronco⁶ etc. Em casos mais recentes, há ainda a definição sobre o rito de impeachment da então presidente Dilma Rousseff⁷ e as posteriores contestações da decisão proferida pelo Senado Federal que cassou o seu mandato.

Hirschl (2007c, p. 49) formula a hipótese que essa tendência de deslocamento de matérias políticas dos órgãos representativos ao judiciário decorre de uma conduta estratégica da classe política:

Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by

3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186.

4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.

5 Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30.

6 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510.

7 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378.

hegemonic yet increasingly threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests. The changes that emerge reflect a combination of the policy preferences and professional interests of these groups.

Aponta, a partir disso, diversos fatores ensejadores da atuação judicial em matérias legislativas. Uma das razões que explicam essa realidade decorre da desarmonia entre o texto constitucional e os valores existentes no seio da sociedade (HIRSCHL, 2008b, p. 24-25). A coalisão entre a produção normativa e os anseios sociais antagônicos produziria a ilegitimidade e a perda de eficácia da norma, bem como do Parlamento, ao que conduziria ao deslocamento do poder dos órgãos representativos ao Judiciário.

O segundo fator decorreria de uma conduta estratégica dos órgãos legislativos. A judicialização da política é “preponderantemente um fator derivado de escolhas, interesses e considerações políticas estratégicas dos grupos interessados” (HIRSCHL, 2008b, p. 25), de maneira que a transferência de legitimidade entre os órgãos legislativos ao judiciário, atuaria como um mecanismo de redução da responsabilidade dos legisladores em defender determinada pauta de grande controvérsia social. Nesse sentido, os atores políticos atuariam na transferência de pautas políticas dos organismos de representação, ao qual estão vinculados, em favor das Cortes Constitucionais, de forma a atingir um resultado que agregue os seus interesses, sem importar no seu ônus político em defender as suas visões e posicionamentos (TAYLOR; DA ROS, 2008).

O terceiro pressuposto político da atuação judicial em matérias legislativas apontado se correlaciona a questões eleitorais. Conforme observa, o sistema de separação de poderes impõe uma visão estratégica do grupo político que detenha o poder na indicação dos magistrados que comporão as Cortes Constitucionais. Os membros indicados estariam vinculados a perspectiva de manutenção do poder pelo grupo governante (HIRSCHL, 2008b, p. 26).

Dessa forma, a tendência de indicação de juízes mais ativistas ou autocontenciosos está relacionada a perspectiva de êxito no pleito eleitoral seguinte. Quando o partido no poder possuísse indicativos de vitória nas

eleições seguintes, a tendência seria que os membros indicados às Cortes Constitucionais defendessem uma menor intromissão do Judiciário em matérias concernentes ao Legislativo e Executivo. De maneira oposta, a tendência, em caso de derrota, conduziria a indicação de juízes menos contenciosos que incidiriam contra as propostas do grupo no poder.

Esse fator eleitoral é observado ainda em períodos de transições de regimes pós-autoritários. De modo que o *judicial review* atuaria como um mecanismo de proteção dos valores constitucionais estabelecidos pelo constituinte originário, diante a eminência de grupos políticos com interesses difusos nas legislaturas eleitas posteriormente (HIRSCHL, 2007, p. 41-42). Trata-se, portanto, de uma mecanismo de freio frente às maiorias eventuais que possam emergir do processo político.

Esses fatores apontam para a constatação que, em que pese haver pressupostos jurídicos que são fundamentais para a ocorrência do ativismo judicial, a sua existência está correlacionada a questões que vão além desse ponto de vista comum, permeado entre os juristas propostos a analisar o tema. A atuação dos fatores políticos, exógenos a esfera judicial, possui nesse contexto uma forte carga valorativa que é ignorada.

Entende-se, dessa forma, que os fatores expostos neste ponto possuem uma contribuição primordial em romper com o senso estabelecido que limitaria a judicialização da política e o ativismo judicial a fatores meramente jurídicos, a exemplo da alegada expansão de ações constitucionais que possibilitaram o controle de atividade política pelo judiciário (RAMOS, 2015; FERREIRA FILHO, 1994). Como expõe Hirschl (2008b, p. 36), seria ingênuo supor que matérias políticas, de competência de grupos políticos eleitos, seriam transferidas aos órgãos judiciais sem o amparo da própria esfera política que obteria ganhos com essa conduta

3. DIÁLOGO INSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE: A TOMADA DE DECISÃO COMO UM FATOR POLÍTICO ENTRE O PARLAMENTO E A SUPREMA CORTE

As considerações realizadas por Hirschl sobre a ascensão dos órgãos judiciários deslocam o debate ao campo iminentemente político.

Este ponto de vista dialoga com a concepção de que a separação de poderes não é um fenômeno estático numa realidade institucional, delimitado por normas estabelecidas na Constituição. Diversas teorias buscaram demonstrar essa correlação de poderes, especialmente tendo como objeto a interpretação normativa e a atuação jurisdicional.

Fundamentalmente, formulou-se três vertentes teóricas: (I) a defesa intransigente da capacidade dos tribunais em realizar a interpretação normativa e o controle da atividade política; (II) a denegação dessa prerrogativa, ao que é defendida a soberania legislativa como atribuidora da última palavra sobre a compreensão das normas e da legalidade de seus atos *interna corporis*; e (III) o posicionamento intermediário entre ambas as posições, a partir dos diálogos institucionais entre legislativo e judiciário.

A abordagem das duas primeiras fugiria ao tema central do estudo, pois ambas estão centradas em visões idealistas. A primeira ao conceber que a Corte Constitucional deveria “empurrar a história”, potencializando ao máximo a efetividade dos valores constitucionais (BARROSO, 2018), ainda que contrariamente aos métodos representativos no regime democrático e demais normas vigentes. A outra ao idealizar um cenário institucional em que há o rompimento com o sistema de controle normativo das normas (WALDRON, 2001a), o que não é produtivo à pesquisa, porquanto trata de um estudo empírico num Estado em que está estabelecida a competência da Suprema Corte em realizar o *judicial review*.

Importa, nesse sentido, nortear a pesquisa a partir da teoria dos diálogos institucionais formulada por Conrado Mendes. A compatibilidade teórica é observada, na medida em que a tese não é formulada em cenários ideais da atuação dos poderes. Admite-se, ao invés disso, que as atuações legislativa e judiciária são fundadas num processo pela busca da legitimidade decisória, o que entende melhor se adequar num sistema em que foi consolidado as prerrogativas do Parlamento enquanto organismo representativo e da Suprema Corte no controle de constitucionalidade.

Para o autor, são “batalhas imaginárias”, a disputa entre o poder dos magistrados e do legislador (MENDES, 2008, p. 173). Sua teoria sustenta a conciliação entre ambos os fatores de poder, sob o objetivo de demonstrar que o diálogo institucional entre legislativo e judiciário pode complementar uma tomada de decisão conjunta na busca da melhor resposta.

Alega que essa conciliação seria o caminho ideal em tempos de estabilidade democrática. Teorias que defendem a “supremacia legislativa” (WALDRON, 2006b) seriam aplicáveis apenas em tempos de transição constitucional, onde há o rompimento com práticas do passado, sendo inviável sua formulação numa realidade estabelecida. Logo, não se apresenta aqui a necessidade de qualquer rompimento ou reforma da estrutura institucional (MENDES, 2008, p. 169-173).

Para Mendes (2008, p. 169-173), o diálogo entre os poderes é um fator incontornável na realidade institucional das democracias contemporâneas, como a brasileira onde o poder emana do povo e é expressado na Constituição. É imprescindível para isso que haja um poder que expresse a vontade dos grupos sociais e um que defenda a estabilidade constitucional. Legitima-se, então, a divisão do poder que ocasiona a necessidade de cooperação entre ambos na formulação da decisão normativa, assim reside uma vontade preponderantemente constitucional na decisão da Suprema Corte e a legitimidade popular na expressão do Parlamento.

A última palavra decorreria da “confiança da comunidade na instituição que tenha maior probabilidade de produzir a melhor decisão” (MENDES, 2008, p. 179-182). Se, porventura, essa decisão for considerada antidemocrática, há a possibilidade de superação da decisão pelo outro poder. Logo, o conceito de última palavra é provisório e atua no sentido da decisão que possui maior durabilidade, mas não é absoluta.

A corte constitucional atuaria numa perspectiva politicamente estratégica, testando sua capacidade em proferir decisões e a reação legislativa em face a sua conduta. Isso torna a separação de poderes um fenômeno dinâmico. Daí o porquê seria falacioso conceber que o judiciário atuaria alheio à política (BENVINDO, 2014, p. 73). Nesse contexto, o diálogo institucional atuaria como uma pretensa busca de poder sem o rompimento da institucionalidade vigente.

Essa teoria se molda mais eficientemente a lógica constitucional existente na realidade brasileira. A concepção formulada na coexistência harmônica da tomada de decisão pelos órgãos legislativos e judiciário atua, exclusivamente, no campo político-estratégico da separação de poderes. Logo, sem necessidade de ruptura ou alterações no campo institucional estabelecido.

Supera-se, com isso, um debate puramente normativo se uma decisão proferida pela Suprema Corte é legítima na perspectiva jurídica, isto é, se há capacidade constitucional prevista de atuação ao órgão judicial. O que importa é, preponderantemente, a correlação institucional entre o poder legislativo e judiciário, e a legitimidade entre ambos. Assim como apontado por Hirschl, a tomada de decisão é concebida como um fator mais político que, essencialmente, jurídico.

Dessa forma, o debate que seguirá objetiva demonstrar empiricamente essa interação interinstitucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, sob o aspecto da suposta inércia legislativa em relação a determinados temas decididos pela Corte em decisões consideradas ativistas. Antes, é fundamental que tracemos breves considerações sobre o diálogo institucional, de modo a abordar a experiência brasileira expressamente.

4. A INTERAÇÃO DIALÓGICA ENTRE O CONGRESSO NACIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL

A teoria apresentada é imprescindível para compreensão do fenômeno dos diálogos institucionais. As premissas formuladas estão enfocadas na perspectiva teórica, e não estrutural. Como o objetivo do trabalho é visualizar empiricamente o diálogo institucional prático na atuação do Congresso Nacional e do STF num caso concreto, as considerações constitucionais que o possibilitam assumem uma importante feição, a de demonstrar a sua legitimidade. Portanto, concluir as premissas abordadas apenas no campo teórico seria insuficiente para a demonstração empírica pretendida, ao que este ponto ampliará o debate apontando a existência dos diálogos em circunstâncias específicas.

A Constituição Federal de 1988, na literalidade do caput do artigo 102, atribuiu competir, precipuamente, a sua guarda ao Supremo Tribunal Federal. Não houve, portanto, uma atribuição “exclusiva” ou mesmo consignou sua atuação como uma “última palavra” da interpretação constitucional. A interpretação da Constituição enquanto um sistema, demonstra que há outros mecanismos que defluem a aplicabilidade normativa a outros órgãos.

O processo legislativo é um dos exemplos. Como aponta Sérgio Victor (2013, p. 176) em tese formulada sobre o diálogo institucional entre o STF e o Congresso Nacional, a produção normativa do legislativo no âmbito constitucional atua como um método de superação do entendimento formulado pela Corte. Assim, mesmo que haja um entendimento firmado pelo judiciário sobre como deve ser interpretada uma norma, “com a aprovação da alteração constitucional o Congresso altera a própria regra de base do diálogo”.

Essa possibilidade dos diálogos institucionais é potencializada pela própria indefinição da Corte, devido a ausência de um posicionamento conciso acerca do papel do Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição Federal. Observa-se no posicionamento dos ministros que compõem o Tribunal, uma variação circunstancial sobre a existência ou não da sua dotação a última palavra. Ora afirma-se o seu papel contramajoritário, e noutros momentos são concebidos outros métodos interpretativos, especialmente pelo Parlamento.

Há, diante disso, fatores que ratificam a possibilidade de realização do diálogo institucional entre o Congresso Nacional e o STF. Por um lado, a própria Constituição não tratou da matéria expressamente, seja lhe legitimando ou vedando. Por outro, os discursos de legitimidade da última palavra do STF não se sustentam na Corte que, em diversos momentos, admitiu a possibilidade de superação do seu entendimento por outros organismos (COSTA, 2014, p. 165-170).

Em sua tese, Victor (2013, p. 173-177) demonstra esse diálogo em termos práticos. Na pesquisa desenvolvida, demonstrou que em diversos momentos o Congresso Nacional superou a decisão do STF, a partir da aprovação de uma Emenda à Constituição que estabelecia ou reestabelecia o entendimento firmado pelo Legislativo em determinada matéria. Para exemplificar, no texto originário da Constituição Federal de 1988, previa-se que a criação de municípios dependia da consulta direta da população interessada e da aplicação das normas estaduais correlatas vigentes. À época, a legislação foi considerada “frágil” e possibilitou a criação indiscriminada de diversos municípios, o que gerou um amplo debate das motivações que incentivariam aquela prática.

Para reagir àquela circunstância, o Congresso Nacional promulgou a Emenda à Constituição 15/1996, que instituiu critérios mais rigorosos

para a criação dos municípios, estabelecendo a necessidade de aprovação de uma Lei Complementar Federal para disciplinar o tema. O Parlamento não elaborou essa norma, e, ainda assim, continuou a criação de novos municípios à revelia da Constituição.

Diversas ações foram propostas contra a criação desenfreada desses municípios. No caso específico de Luís Eduardo Magalhães, no estado da Bahia, decidiu o STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240, em relatório do ministro Gilmar Mendes, que, apesar da inconstitucionalidade do ato, havia ali uma situação consolidada em relação a criação do município. Com isso, declarou-se a inconstitucionalidade do ato de criação inconstitucional com efeitos *pro futuro*, concedendo o prazo de 24 meses para que fosse elaborada a legislação sobre o tema, senão seria declarada em definitivo a ilegitimidade do ato.

O Congresso Nacional não elaborou a Lei Complementar. Ao invés disso, promulgou a emenda à Constituição 57/2008, que convalidou todos os municípios, cuja a lei criadora tivesse sido publicada até 31 de dezembro de 2016, superando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do STF e legitimando todos os atos sob impugnação judicial. Essa reação expressa do Congresso Nacional foi um exemplo efetivo da capacidade do exercício dialógico entre o Legislativo e o Judiciário.

O estudo realizado por Victor demonstra, como já defendido por Conrado Mendes, que não há última palavra do STF na interpretação da Constituição, posto que sempre haverá a capacidade de sua superação por deliberação parlamentar. O diálogo institucional é evidenciado como um aspecto da tomada de decisão, seja no âmbito legislativo ou judicial. Dessa forma, ambas as teses são complementares, uma vez que demonstram, respectivamente, o papel da legitimidade na deliberação legislativa ou judicial, bem como visualizam empiricamente essa realidade.

A interação entre esses organismos é uma realidade tangível. É inconcebível, portanto, ignorar que o Parlamento e o Judiciário estão num constante diálogo na formulação da decisão normativa, superando o entendimento que os poderes atuam de maneira estritamente independente e apartada, conforme supostos critérios definidos na legislação constitucional.

Com base nessa análise, segue-se um caminho próximo no objeto de estudo deste trabalho, mas que busca resultados distintos. Para isso, in-

verteu-se a lógica do debate sobre o diálogo institucional, com o objetivo de analisar a conduta prévia do Congresso Nacional anteriores as decisões ativistas do STF, para demonstrar como decide o legislativo numa matéria política judicializada.

5. COMO DECIDE O CONGRESSO NACIONAL SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

5.1 O DEBATE SOBRE A EXTENSÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: OS POSICIONAMENTOS DO STF NAS AÇÕES PENAIAS 313 E 937

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 53, § 1º, estabeleceu que “os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”. Esse foro no órgão de cúpula do Judiciário brasileiro é previsto também para o Presidente da República e seu vice, seus próprios Ministros, ao Procurador-Geral da República, Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, membros de Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e aos chefes de missão diplomática em caráter permanente (art. 102, I, b e c, CRFB/88).

O entendimento originário do STF era que a extensão do foro seria absoluta. Dessa forma, quando o cidadão fosse investido a um cargo que lhe proporcionasse ser julgado pela Corte, mesmo após a sua desvinculação, permaneceria a competência do Tribunal para analisar os processos nos quais figurava como réu. A matéria foi, inclusive, objeto de súmula que expressava essa previsão:

Súmula 394 – Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

Essa interpretação perdurou até 2001, quando no julgamento da Ação Penal (AP) 313, de relatoria do ministro Moreira Alves, o tema foi judiciale-

lizado e entendeu a Corte que a sua competência para o julgamento das autoridades apenas perduraria enquanto persistisse o mandato. No entendimento formulado pelo STF, o foro se restringia ao mandato e não ao seu detentor, razão pela qual cancelou a referida sumula⁸.

Naquele momento, houve a primeira restrição do STF ao foro por prerrogativa de função, inobstante o Parlamento não tivesse atuado legislativamente para a fixação àquele novo entendimento. Pelo contrário, à época o Congresso Nacional reagiu a decisão e aprovou a Lei 10.628/02, que estendia novamente a competência da Corte para os julgamentos das autoridades em termos similares ao disposto na Sumula 394.

Todavia, a Lei Ordinária foi declarada inconstitucional por afrontar o entendimento sobre de dispositivo constitucional feito pela Corte. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, o STF decidiu pela inconstitucionalidade formal da norma, vez que tratava de Lei Ordinária em vistas a consubstanciar a interpretação de dispositivo constitucional. Dessa forma, prevaleceu o entendimento fixado na AP 313, que o foro estava restrito ao cargo e não ao seu titular.

Da mesma maneira, o entendimento estabelecido anteriormente foi novamente superado. Em 2018, no julgamento da Ação Penal 937, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, o STF novamente judicializou a matéria e impôs restrições a sua competência para o julgamento de autoridades. A competência ora definida é que o julgamento será na Corte apenas se o suposto crime atribuído ao detentor do foro for praticado no exercício do mandato e lhe estiver diretamente relacionado⁹.

Percebe-se, portanto, que houve, em ambos os casos, uma postura atípicada do Supremo Tribunal Federal na definição do âmbito de incidência do foro por prerrogativa de função. Verifica-se no texto constitucional disposições expressas que estabelecem a competência da Corte para julgar os

8 “Ação Penal. Questão de ordem sobre a competência desta Corte para prosseguir no processamento dela. Cancelamento da súmula 394. - Depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição”. [AP 313 QO-QO, rel. min. Moreira Alves, P, j. 25-8-1999, DJ de 9-11-2001].

9 “(I) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (II) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. [AP 937 QO, rel. min. Roberto Barroso, P, j. 3-5-2018, DJE 265 de 11-12-2018].

crimes comuns cometidos por determinadas autoridades, sem a previsão de qualquer exceção a essa regra, como as estabelecidas em sua jurisprudência. Não obstante, o foro foi limitado para graus mais restritos.

Retomando a teoria dos diálogos institucionais desenvolvida por Conrado Mendes, a Corte produziu uma resposta a interpretação das normas a partir da sua legitimidade de atuação. Todavia, como o próprio autor apresentou em suas considerações, mesmo que haja uma decisão de um jurisdicional ou parlamentar sobre determinado tema, esta sempre poderá ser superada pelo outro órgão. Questiona-se, então, se seria possível correlacionar a tomada de decisão judicial a atuação legislativa.

Para isso, surge a questão de: “antes de o Supremo Tribunal Federal restringir o foro privilegiado em ambas oportunidades, verificou-se uma incapacidade de atuação do Parlamento sobre o tema?”. Para responder esse questionamento, impende analisar como o Congresso Nacional tem analisado e decidido o “foro privilegiado”, especialmente em vista às decisões restritivas proferidas pelo STF.

À primeira vista, seria possível que o leitor concluísse que houve uma inércia legislativa na atuação parlamentar, uma vez que não se apresentam alterações no texto constitucional sobre a matéria. Entretanto, a análise que se seguirá propõe a um maior aprofundamento. Para verificar a atuação do Parlamento na matéria, o levantamento a seguir consignará características e resultados mais aprofundados sobre a atuação legislativa, e não apenas a aprovação ou não de propostas legislativas sobre a matéria.

5.2 A ATUAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL

A atuação do Legislativo em relação ao foro por prerrogativa de função demanda uma análise complexa, com enfoque desde o momento da apresentação das Propostas de Emenda à Constituição na Casa Iniciadora a sua possível aprovação na Casa Revisora e a conseqüente promulgação pelo Congresso Nacional. Por critérios didáticos, será realizada separadamente a análise da atuação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Num panorama geral, verificou-se que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tramitam/tramitaram 20 (vinte) PECs que possuíam como temática o foro por prerrogativa de função.

Todas as propostas tinham como escopo a sua restrição, e nenhuma delas foi promulgada pelo Congresso Nacional, até o momento de fechamento deste trabalho.

5.2.1 A ATUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A Câmara dos Deputados é onde mais tramitam propostas. Das 20 levantadas, 13 foram dos deputados federais – a PEC 333/2017 é a única que tramita na Casa, e teve origem no Senado Federal. O partido com mais autores foi o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) com 5 propostas, seguido do Partidos dos Trabalhadores (PT) com duas e Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido Trabalhista Nacional (PTN), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Verde (PV), Partido da República (PR) e Partido Popular Socialista (PPS), uma cada.

QUADRO I – AS PROPOSTAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROPOSIÇÃO	AUTORIA	PROPOSTURA	SITUAÇÃO
PEC 247/2016	Celso Maldaner (PMDB-SC)	21/06/2016	Apensada (PEC 470/05 e 333/17)
PEC 333/2017	Senado Federal	06/06/2017	Pronta para a pauta do plenário
PEC 206/2016	Cristiane Brasil (PTB-RJ)	07/04/2016	Apensada (PEC 142/12 e 333/17)
PEC 261/2016	Bacelar (PTN-BA)	22/08/2016	Apensada (PEC 312/13 e 333/17)
PEC 312/2013	Marco Rogério (PDT-RO)	12/09/2013	Apensada (PEC 333/17)
PEC 168/2015	José Fernando (PV-MG)	09/10/2007	Apensada (PEC 130/07)
PEC 23/2005	Laerte Bessa (PR-DF)	23/04/2015	Apensada (PEC 23/15 e 333/17)
PEC 470/2005	Anselmo De Jesus (PT-RO)	19/10/2015	Apensada (PEC 333/17)
PEC 130/2007	Marcelo Itagiba (PMDB-RJ)	07/08/2007	Pronta para a pauta do plenário
PEC 427/2014	Camilo Cola (PMDB-ES)	03/09/2014	Arquivada
PEC 429/2014	Camilo Cola (PMDB-ES)	29/10/2017	Arquivada
PEC 78/2007	Paulo Rubem (PT-PE)	04/06/2007	Apensada 333/17
PEC 364/2013	Leonardo Picciani (PMDB-RJ)	04/12/2013	Apensada (PEC 142/2012 e 333/17)
PEC 142/2012	Rubens Bueno (PPS-PR)	07/03/2012	Apensada (PEC 470/05 e 333/17)

Fonte: Portal da Câmara dos Deputados

Num primeiro momento, é possível inferir uma forte atividade legis-

lativa entre os deputados federais em relação ao tema. A apresentação de treze Propostas de Emendas à Constituição aparenta um número expressivo, especialmente tendo em vista que o rito de apresentação da PEC é mais rigoroso que a de PLs ou PLPs, diante a necessidade da assinatura por 1/3 da Casa Iniciadora (art. 60, I, CRFB/88). Significaria afirmar que, em média, aproximadamente a cada 1,5 ano uma nova proposta foi apresentada desde 1988.

Ao analisar os dados, especialmente, em face à decisão em sede da Ação Penal 313 do Supremo Tribunal Federal que restringiu o foro privilegiado, há uma mudança de perspectiva. Isto ocorre devido a demonstração que a atividade legislativa não foi atuante por aproximadamente 17 anos. Além disso, não é possível sequer inferir uma atuação da Câmara dos Deputados com relação a decisão do Supremo Tribunal Federal.

No texto originário da Constituição Federal de 1988, previu-se a competência da Corte Suprema para o julgamento de diversas autoridades, especialmente as detentoras de mandato eletivo como os deputados federais e senadores¹⁰. Com a decisão da Corte na AP 313 de restringir o foro por prerrogativa de função apenas enquanto persistisse o mandato da respectiva autoridade em 2001, houve a primeira alteração substancial no tema.

Entretanto, a primeira proposição apresentada na Câmara dos Deputados, de autoria do deputado federal Anselmo de Jesus (PT-RO), que visou discutir o mérito do foro privilegiado foi datada em 2005. Não houve entre o interregno da promulgação da Constituição e da primeira decisão da Corte a apresentação de qualquer PEC que visasse restringir o foro ou, posteriormente, reverter a decisão proferida no STF.

Pode-se afirmar, portanto, que a primeira decisão pela restrição do foro privilegiado foi acompanhada por uma expressiva letargia do Parlamento, que, além de não reverter a decisão do judiciário, sequer apresentou propostas que atuariam na reversão ou ratificação do entendimento formulado pelo Supremo Tribunal Federal. Pelos critérios adotados neste trabalho, é possível a afirmação que foi constatado um vácuo legislativo no que tange a decisão da AP 313.

10 O texto originário da Constituição Federal não previa a competência do STF para o julgamento dos comandantes das Forças Armadas. Esse acréscimo na competência foi realizado pela Emenda à Constituição 23/1999.

Essa verificação se torna latente ao observar que a primeira PEC que foi apreciada nas comissões e pôde ser deliberada pelo plenário foi PEC 130, de autoria do deputado federal Marcelo Itagiba (PMDB-RJ), apresentada em 07 de agosto de 2007 – a proposta teve apensada a PEC 168/2007 do deputado José Fernando (PV-MG). A proposta teve seu substitutivo, apresentado pela Comissão Especial, rejeitado em 18 de novembro de 2009 pelo plenário. A proposta originária está pendente de votação e pronta para deliberação do plenário.

Logo, é possível afirmar que a primeira decisão da Câmara dos Deputados na matéria, ocorreu 21 anos após a promulgação da Constituição Federal e apenas após oito anos a primeira restrição ao foro privilegiado imposta pelo Supremo Tribunal Federal. Isto é, não houve qualquer atuação da casa legislativa nos momentos antecedentes e subsequentes para reverter ou ratificar o entendimento formulado pela Corte.

Com relação as demais propostas em tramitação, nove tramitam em conjunto a PEC 333/2017, proveniente do Senado Federal, as exceções são as PECs 168/2007 citada anteriormente, bem como as PECs 427/2014 e 429/2014 que foram arquivadas. Esta PEC foi recebida pela Câmara dos Deputados em 06 de junho de 2017, desde então, teve seus pareceres aprovados na Comissão de Constituição e Justiça e na Comissão Especial que a analisou.

A PEC 333/ 2017 é a proposta mais avançada no Congresso Nacional sobre o tema, pois foi apresentada no âmbito do Senado Federal, onde foi aprovada em dois turnos e seguiu para a Câmara onde está pronta para a deliberação do plenário. A última deliberação da Casa foi em 11 de dezembro de 2018 com a aprovação do parecer da Comissão Especial.

Ao comparar a tramitação da PEC 333/2017, no âmbito da Câmara dos Deputados, com a decisão do STF na Ação Penal 937 que, em julgamento definitivo em 03 de maio de 2018, restringiu o foro por prerrogativa de função aos crimes cometidos no curso do mandato e que lhe fossem correlacionados, o entendimento sobre a proatividade ou a inércia dos deputados federais assumem condições distintas.

Isso decorre que a decisão do STF foi acompanhada de uma concisa atuação parlamentar, nos momentos antecedentes e consecutivos em face a AP 937. Como apontado, a segunda restrição ao foro por prerrogativa de função do STF ocorreu em maio de 2018. Por

consequente, o recebimento da PEC 333/2017 pela Câmara dos Deputados foi em junho do ano anterior. No interregno entre o recebimento da matéria do Senado Federal e a decisão do STF, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou o parecer pela admissibilidade da matéria.

Em seguida – já após a decisão da Suprema Corte – em dezembro de 2018, foi aprovado o parecer da Comissão Especial da Câmara destinada analisar o mérito da PEC 333/17. O que demonstrou uma aparente proatividade dos deputados federais em reagir a decisão do Supremo Tribunal Federal. No entanto, à época da aprovação que permitiria a deliberação do plenário, o Brasil estava em estado intervenção federal em dois estados (Rio de Janeiro¹¹ e Roraima¹²), o que impedia que o plenário da Câmara dos Deputados votasse a matéria (art. 60, § 1º, CRFB/88).

Com efeito, entende-se ser inviável no momento de fechamento deste trabalho, a afirmação de que houve uma inércia da Câmara dos Deputados ao tema quando confrontada a segunda decisão do STF. Ao revés, a atuação dos deputados federais demonstrou uma forte tendência no sentido da deliberação da PEC 333/2017, bem como da possível superação pelo Parlamento da decisão ativista do Supremo Tribunal Federal.

5.2.2 A ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL

No âmbito do Senado Federal, sete Propostas de Emenda à Constituição visaram discutir o foro por prerrogativa de função. Dentre os partidos, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), com três propostas, foi o partido com mais senadores atuantes, seguido pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), ambos com submeteram duas propostas.

11 Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018.

12 Decreto nº 9.602, de 08 de dezembro de 2018.

QUADRO II – AS PROPOSTAS DO SENADO FEDERAL

PROPOSIÇÃO	AUTORIA	PROPOSTURA	SITUAÇÃO
PEC 10/2013	Álvaro Dias (PSDB-PR)	12/03/2013	Aprovada
PEC 10/2012	Cássio Cunha Lima (PSDB-PB)	07/03/2012	Arquivada sem deliberação
PEC 81/2007	Gerson Camata (PMDB-ES)	22/08/2007	Arquivada sem deliberação
PEC 109/2011	Wilson Santiago (PMDB-PB)	08/11/2011	Arquivada sem deliberação
PEC 11/2016	Lasier Martins (PDT-RS)	22/03/2016	Em tramitação na CCJC, sem deliberação
PEC 62/2013	Pedro Taques (PDT-MT)	12/11/2013	Arquivada sem deliberação.
PEC 18/2014	Acir Gurgacz (PDT-RO)	28/05/2014	Arquivada, com deliberação da CCJC

Fonte: Portal do Senado Federal

Em números expressos, a atuação do Senado Federal em relação ao foro privilegiado demonstra uma fraca em comparação à Câmara dos Deputados. Das propostas apresentadas no Congresso Nacional, aproximadamente 1/3 se originaram da atuação dos senadores, todavia esses dados são insuficientes à análise deste trabalho. A completude do processo legislativo e a atuação de uma Casa Legislativa não pode ser demonstrada – neste caso – apenas em números de propostas submetidas, uma vez que ainda que houvesse apenas uma proposta, esta poderia ser aprovada, sem a necessidade da existência de projetos semelhantes.

Num primeiro momento, denota-se uma atuação similar do Senado Federal ao da Câmara baixa. Conforme os dados levantados, a primeira PEC apresentada foi originada em 2007, proposta pelo senador Gerson Camata (PMDB-ES). Significa afirmar que, igualmente ao que foi visto na atuação dos deputados federais, os senadores assistiram inertes a restrição imposta pelo Supremo Tribunal Federal ao foro por prerrogativa de função no âmbito da Ação Penal 313. Logo, a não deliberação foi de todo o Parlamento.

No entanto, há outra perspectiva ao visualizarmos a atuação da Casa no que tange a segunda restrição, proveniente do julgamento da AP 937 em dezembro de 2018. À época, já havia tramitado no Senado Federal a PEC 10/2013, de autoria do senador Álvaro Dias (PSDB-PR). A proposta foi aprovada em momento anterior a decisão da Suprema Corte.

Conforme foi visualizado, em novembro de 2016 a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou o parecer do relator da proposta. Em seguida, a PEC estava pronta para a deliberação do plenário da Casa. Com isso, houve sua aprovação em 1º turno em abril de 2017 e em segundo turno no dia 31 de maio daquele mesmo ano. Com essas deliberações, a proposta seguiu para a Câmara dos Deputados, onde aguarda sua deliberação plenária, como apontado anteriormente.

É possível afirmar que houve uma efetiva atuação do Senado Federal no que tange a discussão do foro por prerrogativa de função. Como demonstrado, a decisão dos senadores ocorreu em um longo período anterior a segunda decisão do STF, não sendo vislumbrada qualquer possível inércia da Casa Legislativa.

5.2.3 A ATUAÇÃO PARLAMENTAR

Observada a atuação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal sobre o foro por prerrogativa de função, confrontando-as com as decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Penais, é possível observar dois modos de atuação distintos do Parlamento em relação a matéria.

No que tange a restrição imposta na Ação Penal 313 em 2001, houve uma completa letargia do Congresso Nacional na tomada de decisão. Em ambas as Casas Legislativas, não houve sequer a apresentação de Propostas de Emenda à Constituição que alterassem ou ratificassem o entendimento formulado pelo STF, que o foro por prerrogativa de função permaneceria apenas enquanto persistisse o mandato político do seu detentor, seja nos momentos anteriores ou posteriores.

Distintamente, no âmbito da Ação Penal 937 decidida em 2018, houve uma atuação inversamente proporcional. Esse fato decorreu em razão que foi demonstrado que, de maneira antecedente a decisão da Suprema Corte, já havia uma efetiva atuação dos parlamentares para a

mudança de paradigma sobre a matéria, a qual prosseguiu mesmo após a decisão judicial.

Como apontado, a PEC 10/2013 originada no Senado Federal foi aprovada e remetida para a Câmara dos Deputados em 2017. Com isso, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou o parecer pela admissibilidade da proposta em 2018, ao que foi designada uma Comissão Especial para analisar a matéria. Nesse interregno, houve a segunda decisão do STF de restrição do foro privilegiado. Em seguida, foi aprovado o parecer da referida Comissão, ao que permanece pronta para deliberação do plenário da Casa.

Isto é, a judicialização da matéria e o ativismo judicial observado na atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal neste caso ocorreu à revelia do Legislativo que atuava em sentido análogo àquele que seria objeto da decisão da Corte. Nesse sentido, é inviável afirmar que houve uma inércia do Congresso Nacional na tomada de decisão.

A ausência da decisão final do plenário da Câmara dos Deputados não pode ser indicada como um fator que distinguisse essa conclusão. Pelo contrário, percebe-se ao analisar que a atuação do Senado Federal que a decisão final dos senadores ocorreu após aproximadamente quatro anos da apresentação da PEC. Na Câmara, por sua vez, com apenas um ano e seis meses a matéria já estava com seus pareceres encaminhados e pronta para a apreciação plenária.

CONCLUSÃO

Este trabalho visou discutir os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, a partir da perspectiva parlamentar no caso concreto da restrição do foro privilegiado, decidido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das Ações Penais 313 e 937. A ideia em desenvolver este artigo surgiu em deslocar, na medida das suas dimensões, o debate sobre o crescimento dos órgãos judiciais para o Parlamento, em vistas a escassa abordagem do Legislativo neste tema.

O trabalho, portanto, buscou correlacionar os aspectos legislativos aos contornos jurídicos destes debates. Para isso, traçou-se, paralelamente, duas linhas de discussões. Apresentou-se uma teoria que abordou a separação de poderes na perspectiva da atuação legislativa

e judicial, segundo a qual, a deliberação em matéria constitucional seria fundada numa ótica da legitimidade, ao que o Parlamento e a Corte Constitucional teriam capacidade decisória sobre a interpretação normativa.

A teoria dialogou com a visão abordada em Ran Hirschl sobre a judicialização da política, para quem o Estado juristocrata é originado de uma atuação estratégica do Parlamento. Isso possibilitou demonstrar que há neste debate uma importante correlação com a atuação dos órgãos político-representativos, ao revés dos *espaços comuns* das teorias jurídicas do tema que o restringe em perspectivas puramente judiciais.

Desse modo, optou-se por uma análise empírica sobre uma questão específica: a influência do processo legislativo na tomada de decisão do STF a partir do caso concreto do foro por prerrogativa de função. O objetivo foi demonstrar como o Congresso Nacional atuou em relação ao tema e, por conseguinte, como o processo legislativo influenciou a tomada de decisão judicial.

Observou-se que, em ambas as decisões da Corte, não houve, nos momentos antecedentes, uma resposta do Parlamento às decisões judiciais, com a aprovação definitiva de propostas sobre a matéria. Tanto na decisão da AP 313 em 2001, como na AP 937 em 2018, não houve uma decisão final dos legisladores em alterar as normas correlatas ao tema ou sequer deliberações que afirmassem a manutenção do texto constitucional.

No caso da Ação Penal 313, verificou-se a inércia do Congresso Nacional, antes e após a judicialização da questão no Supremo Tribunal Federal. Sequer houve a apresentação de Propostas de Emenda à Constituição que alterassem a norma constitucional ou ratificasse o entendimento da Suprema Corte.

Distintamente, no caso da AP 937. Visualizou-se uma efetiva atuação parlamentar no caso. Em razão que antes do ativismo judicial do STF, o Senado Federal aprovou a PEC 10/2013 (transformada na PEC 333/2017 na Câmara dos Deputados). No momento da decisão jurisdicional, a proposta legislativa estava com sua admissibilidade aprovada pelos deputados e pronta para ser deliberada na Comissão Especial – o que possibilitaria a decisão do Plenário.

Apesar desse panorama no processo legislativo de intensa atuação dos legisladores, concluiu-se que não houve qualquer influência sobre o caso concreto. Ao revés, ainda assim a Corte Suprema não apenas deliberou sobre a matéria, bem como impôs restrições ao foro por prerrogativa de função não previstas na Constituição Federal de 1988. O que demonstrou que, neste estudo de caso, a atuação parlamentar não mitigou a tomada de decisão do STF.

Compreende o autor que a abrangência da análise em um caso concreto não permite afirmar se essa forma de interação dialógica entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, trata-se de uma conduta habitual em casos de matérias judicializadas. Essa afirmação dependeria de uma análise mais ampla, com um maior número de casos concretos no objeto da pesquisa.

Abre-se, todavia, a perspectiva para uma nova fronteira na análise da judicialização da política e do ativismo judicial pelo STF, correlacionando-se a perspectiva parlamentar na tomada de decisão judicial. O que pretende realizar em pesquisas futuras de maior amplitude teórica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, L. R.. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2018.
- BENVINDO, J.. *A 'última palavra', o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. Revista de informação legislativa, Brasília, p. 71-95, 2014.
- CAPPELLETTI, M.. *Juízes Legisladores?*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993.
- COSTA, L.. *A revisitação do princípio da separação de poderes: dialógicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- FERREIRA FILHO, M. *Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, 1994.
- HIRSCHL, R.. *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. 75 Fordham L. Rev. 721, 2006a.
- _____. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. Annual Review of Political Science, 2008b
- _____. *Towards Juristocracy – The origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, Cambridge, 2007c.
- MENDES, C.. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- NEVES, M.. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, M.. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015.

RAMOS, E.. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. Editora Saraiva, São Paulo, 2015.

TAYLOR, M. M.; DA ROS, L.. *Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política*. Dados, Rio de Janeiro, 2008.

URBANO, M. B.. “*Criação judicial*” e “*ativismo judicial*”: as duas faces de uma mesma função?. In: 35.º Aniversário da Constituição de 1976. Coimbra Editora, 2012.

VICTOR, S. A.. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VIANNA, L.. et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Editora Revan, Rio de Janeiro, 2014.

VIEIRA, O.. *Supremocracia*. Revista Direito GV, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008.

WALDRON, J.. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 2001a.

_____. *The core of the case against the judicial review*. 115 Yale L.J. 2006b.

FUNCIONALIZAÇÃO DA CLÁUSULA DE NON COMPETE EM CONTRATOS EMPRESARIAIS E O POSSÍVEL RETROCESSO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

FUNCTIONALITY OF NON-COMPETE CLAUSE IN BUSINESS CONTRACTS
AND THE POSSIBLE SETBACK OF THE ECONOMIC FREEDOM ACT

Gabriel Felipe Nami Inácio¹

Resumo: O presente trabalho buscou investigar e demonstrar a função exercida pelas cláusulas de *non compete* nos contratos empresariais, o que inevitavelmente culminou na exploração de critérios de interpretação a serem utilizados em contratos com cláusulas dessa natureza. Para tanto, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica nacional e internacional, bem como a pesquisa jurisprudencial que contribuiu para a compreensão moderna da cláusula de não concorrência. Assim, a partir dos fundamentos do direito concorrencial e de uma breve explicação do contexto histórico de surgimento das restrições concorrenciais, foi possível compreender os fundamentos, funções, limites e eficácia das cláusulas de não concorrência. Ao final, observou-se que as cláusulas de *non compete* implicam em renúncia a direito constitucional, exercendo funções como a de evitar a concorrência desleal, proteger a clientela e o fundo de comércio e satisfazer necessidades econômicas das partes. Isso resultou também em breve análise da ampla margem de discricionariedade concedida pela Lei da Liberdade Econômica, que pode travestir de legalidade operações com efeitos anticoncorrenciais.

Palavras-chave: cláusula de não concorrência; concorrência; critérios de interpretação; contratos empresariais; lei da liberdade econômica.

¹ Estagiário em Gustavo Tepedino Advogados. Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília (FAJs/UniCEUB). É egresso e foi pesquisador bolsista de Projeto de Iniciação Científica da Universidade Federal de Lavras (UFLA).

ABSTRACT: The present paper sought to investigate and demonstrate the role exercised by the *non compete* clauses in business contracts, which inevitably culminated in the exploration of interpretation criteria to be used in contracts with clauses of such nature. For that, the national and international bibliographic research was used as a methodological resource, as well as the jurisprudential research that contributed to the modern understanding of the non-competition clause. Thus, based on the foundations of competition law and a brief explanation of the historical context in which competition restrictions arose, it was possible to understand the fundamentals, functions, limits and effectiveness of non-competition clauses. In the end, it was observed that the *non compete* clauses imply a waiver of constitutional law, exercising functions such as avoiding unfair competition, protecting the clientele and the goodwill and satisfying the economic needs of the parties. This also resulted in a brief analysis of the wide margin of discretion granted by the Law of Economic Freedom, which can legally disrupt transactions with anti-competitive effects.

Keywords: non-compete clause; competition; interpretation criteria; business contracts; law of economic freedom.

INTRODUÇÃO

Os contratos empresariais são pouco teorizados atualmente no Brasil, de maneira que seus fundamentos e contornos esbarram com a teorização do Direito Civil, sendo que pouco ou nada tem de semelhantes. Além disso, o mercado atual tem se revelado cada vez mais dinâmico, com operações das mais diversas, de modo que é evidente a necessidade de compreender os contornos dos contratos que regem essas operações, sobretudo contratos que aparentemente restringem a concorrência e limitam a autonomia privada.

Nesse contexto, a cláusula de não concorrência estabelece clara renúncia, ainda que temporária, conforme se verá, a direito constitucional. Urge, então, a necessidade de verificar se as funções e fundamentos que justificam cláusula de tal natureza são suficientes para explicar e permitir a restrição a direito constitucional e se contribuem para o alcance dos objetivos e finalidades das normas de proteção concorrencial.

Esse estudo é especialmente relevante em razão das alterações trazidas pela Lei n.º 13.874/19, que instituiu a chamada Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e concedeu ampla autonomia contratual às empresas. Essa autonomia abrange, inclusive, a possibilidade de as partes definirem critérios de interpretação diversos dos definidos legalmente, daí podendo surgir critérios, por exemplo, que limitem a interpretação de contratos empresariais à eficácia das operações econômicas e dos próprios contratos. Isso representa certo retrocesso ao direito concorrencial, tendo em vista a sua multiplicidade de funções, conforme se verá.

Assim, o presente artigo não tem o fito – nem de longe – de esgotar o tema, mas demonstrar os fundamentos, funções e critérios que mais se adequam à proteção da concorrência em contratos empresariais que instituem uma obrigação de não competir. O estudo dessa cláusula esbarrou inevitavelmente na exploração, ainda que breve, dos critérios de interpretação trazidos pela Lei da Liberdade Econômica e sobretudo da problemática que envolve a ampla autonomia contratual frente ao direito concorrencial.

² “A concorrência mata a concorrência” (tradução livre).

LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA: DICOTOMIA OU COMPLEMENTARIEDADE?

Seria descabido tratar das cláusulas de não concorrência sem esclarecer a visão abordada no presente trabalho sobre o conteúdo do princípio constitucional da livre iniciativa, estabelecido no art. 170 da Constituição Federal.³ É uma discussão que tangencia inevitavelmente o conceito de livre concorrência, ora concebido como antagônico à livre iniciativa, ora tido como complementar.

O princípio da liberdade de iniciativa tem origem no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776, incorporado no Decreto d'Allarde, editado na França em março de 1791. O art. 7º desse decreto estabelecia o fim das corporações de ofício e concedia às pessoas a liberdade de realizar qualquer empreendimento que desejassem, ou exercer qualquer profissão, arte ou ofício, desde que possuíssem uma patente, pagassem as taxas exigíveis e se submetessem aos regulamentos da polícia (GRAU, 2010).

A livre-iniciativa é um conceito com alto grau de amplitude e que pode assumir várias facetas ou vertentes, muito embora seja possível delimitar seu conteúdo a partir de uma compreensão integrativa da própria constituição e dos incisos que sucedem o *caput* do art. 170 da Constituição (SALOMÃO FILHO, 2013). De acordo com Eros Grau (2010), a livre iniciativa decorre eminentemente da liberdade humana, a qual pode ser compreendida sob dois aspectos, um substancial e outro jurídico. Sob a ótica substancial, a liberdade humana é sensibilidade e acessibilidade: sensibilidade por viabilizar a reivindicação de alternativas de conduta e resultado, acessibilidade por permitir o acesso a essas alternativas.

Com efeito, dentre as teorias que buscam incorporar e dar sentido ao referido princípio, surge a concepção liberal clássica, segundo a qual a livre iniciativa impõe ao Estado um dever negativo de não intervenção econômica. Assim, o princípio traduziria um mero dever de abstenção do Estado na economia ou, ainda, representaria o direito à criação de uma empresa ou liberdade para empreender (DELVOLVÉ, 1998).

3 Constituição Federal, Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

Entretanto, esse entendimento poderia sugerir não só uma visão demasiadamente reducionista e simplista, como também que o princípio da livre iniciativa seria absoluto, o que é inverídico diante do contexto contemporâneo e até mesmo histórico. Nesse sentido, é necessário analisar o princípio à luz dos próprios objetivos constitucionais, de sorte que a livre iniciativa representaria a possibilidade de desenvolvimento da empresa no mercado de acordo com as limitações e parâmetros impostos pelo Estado. A livre iniciativa é, portanto, a possibilidade não só de exercer uma atividade econômica e gozar das facilidades do mercado para aumentar suas próprias eficiências, mas também a obrigação de se submeter à regulação econômica (SILVA, 1999).

Esse conceito é melhor sistematizado por Eros Grau (2010), que vislumbra duas vertentes do princípio da livre iniciativa, sendo elas a liberdade de comércio e a própria liberdade de concorrência. A liberdade de comércio seria a possibilidade de explorar a atividade econômica sem se sujeitar a qualquer limitação senão as decorrentes de lei. Por sua vez, a liberdade de concorrência é a faculdade de conquistar os clientes e competir em condições igualitárias, desde que, para isso, sejam evitadas práticas como a concorrência desleal e outras que tenham o condão de reduzir a concorrência. Nesse contexto, o Estado assumiria uma posição de neutralidade diante do fenômeno da concorrência.⁴

De acordo com Bruna (1997), o princípio da livre concorrência deve ser interpretado à luz de sua função social, ou seja, como um princípio limitado a regras e exigências decorrentes da justiça social, da dignidade humana e da valorização do trabalho. Além disso, por ser um princípio que integra a livre iniciativa, torna-se também expressão fundamental da República Federativa do Brasil.⁵

4 Eros Grau (2010, p. 207) ainda distingue a liberdade pública da liberdade privada. A primeira estaria relacionada às relações passíveis de influência estatal, sendo certo que a liberdade pública seria uma expressão da “não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei”. Por sua vez, a liberdade privada compreenderia as relações diretas entre os agentes econômicos. Nesse sentido, a liberdade de concorrência enquanto possibilidade de conquistar clientes e enquanto vedação à concorrência desleal seriam expressões dessa liberdade privada. Veja-se, pois, que essas classificações estariam imbricadas entre si por tratarem dos mesmos objetos, embora sob diferentes perspectivas.

5 Constituição Federal, Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”

Portanto, o conceito de livre iniciativa, a princípio extremamente amplo, é delimitado pelos objetivos constitucionais, pela sua função social e pela própria livre concorrência, que integra a livre iniciativa e tem por finalidade restringir a faculdade de explorar a atividade econômica por meio das restrições impostas pelo Estado e que pretendem à proteção da concorrência. É de fundamental importância para a compreensão deste trabalho essa conclusão de que a livre concorrência é complementar à livre iniciativa na medida em que integra seu conteúdo, uma vez que permite uma melhor compreensão dos fundamentos e funções da cláusula de não concorrência.

FINALIDADES DO DIREITO CONCORRENCIAL

A delimitação dos objetivos do direito concorrencial ainda é objeto de vários estudos e discussões, sendo que conclusões demasiadamente genéricas acabam por esvaziar o próprio direito concorrencial. Isso porque suas finalidades devem ser analisadas à luz de determinado contexto e sofrem influência de inúmeras variáveis, dentre as quais se destacam especialmente as políticas de mercado e governo adotadas. Assim, ainda que as leis concorrenciais possam permanecer as mesmas, sua aplicação é mutável e invariavelmente dependente de outros fatores.

Entretanto, é certo que quaisquer que sejam as teorizações sobre a concorrência, todas se fundamentam no bem-estar do consumidor. As divergências se encontram, na verdade, no conteúdo e sentido dado à expressão “bem-estar do consumidor”, bem como no modo de efetivação e alcance desse bem-estar (SALOMÃO FILHO, 2013).

A Escola de Harvard analisa a concorrência a partir de uma visão estrutural, segundo a qual mercados mais concentrados tendem a promover e viabilizar condutas anticompetitivas por três razões. A primeira é que mercados concentrados facilitariam a prática de condutas como fixação de preços e divisão de mercados. Em segundo lugar, oligopolistas ou monopolistas tenderiam a criar barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado por meio de abuso de suas posições dominantes. Por fim, as empresas que atuam em mercados mais concentrados, além de possuírem maior poder de negociação com os consumidores, fornecedores e trabalhadores, podem facilmente aumentar os preços e reduzir a qualidade

do produto ou serviço ofertado e, ainda assim, manterem estáveis os seus lucros (KHAN, 2017). Dessa maneira, para a Escola de Harvard o objetivo da proteção à concorrência seria, a um só tempo, proteger o consumidor e garantir uma estrutura de mercado menos concentrada, o que teria como corolário natural menores preços, mais competição, qualidade e inovação.

Por sua vez, a Escola de Chicago assume como premissa a noção de que o mercado e seus preços são autorreguláveis, de sorte que quanto maior a demanda, menor o preço, e vice-versa. Com efeito, o bem-estar do consumidor estaria atrelado unicamente às eficiências dos mercados e das operações econômicas, de modo que as concentrações representariam, ao contrário do postulado pela Escola de Harvard, verdadeira fonte de eficiências vantajosas aos consumidores. Nesse contexto, a finalidade do direito da concorrência seria tão somente a geração de eficiências que permitissem o bem-estar do consumidor, de sorte que o direito concorrencial pouco ou nada deveria se preocupar em proteger a competição no mercado e evitar concentrações de qualquer natureza.

Lina Khan (2017) argumenta que a evolução do estruturalismo para a teoria do preço não só reduziu significativamente o impacto das denominadas “barreiras de mercado” nas análises de ilícitos concorrenciais, como também estabeleceu como métrica única de avaliação da concorrência o preço de consumo. Isso afetou diretamente o escrutínio de preços predatórios e integrações verticais, uma vez que essas práticas analisadas exclusivamente sob a ótica da Escola de Chicago dificilmente teriam o condão de reduzir o bem-estar do consumidor.⁶

Além disso, em crítica à Escola de Chicago, Frazão (2017) esclarece oportunamente que é errônea a associação entre as eficiências e o bem-estar do consumidor. Dentre as razões que a autora apresenta, destacam-se duas. A princípio, as eficiências produtiva e alocativa beneficiariam o consumidor somente se houvesse pressão competitiva ou fosse demonstrado o modo como as eficiências seriam compartilhadas com os consumidores, sendo que, do contrário, serviriam apenas à satisfação e bem-estar das empresas. Além disso, a análise concorrencial limitada à

⁶ Nesse contexto, Robert H. Bork (1978) argumenta que o preço predatório não existiria, porquanto não há garantia de que a redução de preços irá afastar uma empresa rival e fazê-la parar de competir e, ainda que o concorrente desistisse e saísse do mercado, a empresa que praticou a conduta predatória deveria sustentar um preço de monopólio por tempo suficiente para recuperar as perdas que sofreu inicialmente, decorrentes da redução significativa de preços.

teoria do preço pode negligenciar outros aspectos importantes à proteção do consumidor, como a qualidade, a inovação e a diversidade.

Essas correntes teóricas deram origem às discussões atuais acerca dos reais objetivos do direito concorrencial, sendo que a proteção ao consumidor permanece em posição de destaque dentre as finalidades atribuídas ao direito da concorrência. De qualquer modo, entre os autores não vinculados ao neoliberalismo, aos quais se estende algumas das críticas elaboradas à Escola de Chicago, o direito da concorrência assumiria, de fato, múltiplas funções, econômicas e não econômicas.

A função econômica do direito concorrencial consiste em proteger o processo competitivo de modo a ampliar o poder econômico e, por consequência, o bem-estar dos consumidores. Para tanto, far-se-ia necessário o fomento às técnicas de produção para potencializar a utilização dos recursos (escassos) empregados no processo produtivo (CUNHA, 2003).

Por sua vez, as funções não econômicas abrangem uma multiplicidade de objetivos concorrenciais que, embora não econômicas, inevitavelmente tangenciam as finalidades propriamente econômicas. Areeda e Kaplow (1997) apontam alguns desses outros valores protegidos pelas normas de defesa da concorrência: a distribuição de oportunidades, a dispersão de poder econômico, o controle da concentração do poder político e social, a lealdade nas práticas comerciais e o controle da inflação.

Nesse contexto, o Banco Mundial e a OCDE (1999) traçaram um paralelo entre posicionamentos no sentido de que o direito da concorrência serviria unicamente à maximização das eficiências com vistas a proporcionar o bem-estar ao consumidor e as correntes que defendem a multiplicidade de interesses que devem ser tutelados pelas normas concorrenciais e que variam de acordo com as políticas de mercado, de governo e com as instituições e valores de uma sociedade. Vê-se para logo que as normas concorrenciais possuem objetivos fixos e transitórios. Dentre aqueles menciona-se a proteção às pequenas empresas, a preservação da livre concorrência e a manutenção da lealdade e honestidade nas práticas comerciais, bem como a criação de obstáculos ao abuso de posição dominante. Já os objetivos transitórios consistiriam na estabilização econômica e no incentivo ao desenvolvimento econômico regional.

No que concerne especialmente ao desenvolvimento econômico, Lachmann (1999) assenta que a concorrência é um de seus pilares e sua

eficácia abrange não só questões econômicas, mas também aspectos sociais, de maneira que os fornecedores de produtos e serviços devem manter seus preços minimamente aceitáveis sob o risco de perderem espaço do mercado. O autor ainda afirma que a livre concorrência é um fator primordial de estímulo ao aperfeiçoamento para que os fornecedores garantam maior participação de mercado e, por consequência, obtenham o maior lucro possível.

De mais a mais, um dos importantes objetivos ao qual se presta o direito concorrencial seria a proteção e o estímulo à inovação. Em apertada síntese, a globalização e o avanço tecnológico alteraram de maneira significativa a dinâmica dos mercados. A atividade empresarial vem se reorganizando à medida em que surgem novos negócios, especialmente os atrelados à internet, de modo que esses negócios disruptivos podem trazer consigo soluções inovadoras capazes de potencializar o bem-estar do consumidor (FRAZÃO, 2017). Assim, não se pode olvidar que a inovação é um importante pilar do desenvolvimento socioeconômico, de modo que cabe ao direito concorrencial não só garantir um ambiente propício à inovação, como também fomentá-la.

Isso posto, importa deixar bem vincado que o escopo de aplicação das normas concorrenciais não pode se limitar à maximização das eficiências empresariais, pois como visto alhures essa perspectiva acaba por ignorar aspectos que também devem ser levados em consideração quando do escrutínio concorrencial, sob pena de se promover uma falsa proteção ao consumidor. Esses aspectos incorporam precisamente o desenvolvimento socioeconômico, que tem como instrumentos os próprios objetivos primordiais da concorrência: a inovação, a distribuição de oportunidades, a proteção aos pequenos negócios, a manutenção de um mercado pulverizado de maneira a se evitar concentrações econômico-estruturais, a promoção de um ambiente competitivo e a manutenção às práticas de boa-fé nas relações comerciais.

A aplicação das normas concorrenciais deve, portanto, conjugar em cada caso a maximização das eficiências e a promoção do desenvolvimento socioeconômico em suas diversas vertentes. Diante disso, cabe questionar se as cláusulas de não concorrência esvaziam o direito concorrencial ao afastar dele suas próprias finalidades ou se, e de que modo, elas contribuem, de fato, para o alcance e concretização desses objetivos.

O SURGIMENTO DA CLÁUSULA DE NON COMPETE COMO EXCEÇÃO À LIVRE INICIATIVA

O primeiro registro de imposição de uma cláusula de não concorrência, ou uma restrição ao comércio, foi em 1414, na Inglaterra. John Dyer havia concordado em não praticar o comércio na mesma cidade ou região de um concorrente por um período de seis meses. Entretanto, ao descumprir o contrato foi levado ao Tribunal, que entendeu pela inexistência da cláusula de não concorrência por ser contrária ao direito comum. Ressalta-se que não há registros de que essa decisão foi tomada por um apelo da Corte ao livre comércio, embora esse argumento tivesse sido suficiente para permitir a Dyer violar o contrato (MINDA, 1989).

Um dos casos que deram origem à abordagem moderna das cláusulas restritivas é o caso inglês *Mitchel vs. Reynolds*, de 1917. Em apertada síntese, trata-se da celebração de um contrato de arrendamento com uma cláusula que restringia ao comprador a prática do comércio em determinado território. O comprador descumpriu a cláusula e foi levado à Corte, tendo o juiz rejeitado o argumento do arrendatário de que a cláusula interferiria na prática de seu comércio e seria, portanto, ilegal. Ao concluir pela legalidade da cláusula restritiva, o juiz fixou alguns parâmetros de análise que serviram ao controle de legalidade de casos posteriores (MINDA, 1989).

A primeira conclusão foi a de que as cláusulas de não concorrência poderiam ser voluntárias ou involuntárias, sendo as últimas inteiramente ilegais. Em segundo, concluiu que as cláusulas poderiam ser gerais ou específicas, sendo que somente as últimas seriam legalmente válidas por estabelecerem uma delimitação geográfica e temporal da restrição, ao contrário das cláusulas gerais que restringem o comércio irrestritamente. Com o passar do tempo esse entendimento foi sofrendo adaptações, especialmente em razão de princípios como a equidade e o desenvolvimento econômico, de modo a se evitar contratos que possam acarretar poder de monopólio (MINDA, 1989).

Assim, atualmente, analisa-se as cláusulas de um contrato sob uma perspectiva instrumentalizada, segundo a qual o contrato serve à consecução de determinados fins, sobretudo em virtude dos valores constitucionais que servem de parâmetro contratual, de modo que a vontade das par-

tes não é mais a única fonte do contrato, que passa a ser analisado a partir de leis de ordem imperativa (KONDER, 2009). Isso é relevante pois institui critérios de tratamento específicos a cláusulas restritivas, que passam a ser excepcionalmente consideradas à luz da análise constitucional, sob pena de mitigação e supressão de direitos essencialmente constitucionais titularizados por quem exerce atividade econômica organizada.

FUNCIONALIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

A cláusula de *non compete*, recorrentemente utilizada em contratos empresariais de longa duração, estabelece uma obrigação a uma das partes contratantes de não fazer concorrência à outra. A obrigação de não concorrência pode decorrer de lei ou do próprio contrato. No atual Código Civil, o art. 1.147 disciplina a obrigação de não concorrência como regra nos contratos de *trepassé*, de modo que a possibilidade de uma das partes fazer concorrência à outra deve estar expressa no contrato.⁷ Nos demais contratos empresariais, a obrigação de não concorrência é exceção e, com isso, deve estar expressa no contrato. Vê-se para logo que a natureza jurídica da cláusula de *non compete* é de obrigação de não fazer, uma vez que impõe a uma das partes uma conduta omissiva.

Daí decorrem as chamadas cláusulas de raio, comuns em contratos de locação de espaços comerciais em *shoppings centers*, que estabelecem igualmente uma obrigação de não fazer, impedindo a implementação de outro estabelecimento em determinado espaço geográfico com vistas a preservar o mercado e proteger o “mix comercial” (RENTZSCH; BARATA; RAUPP, 2018). Em operações comerciais sujeitas à aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a análise da licitude dessas cláusulas perpassa as delimitações geográfica, temporal e material.

A limitação geográfica consiste na extensão do raio em que não se poderá fazer concorrência. Já a delimitação material é a escolha de mercado (s) específico (s) nos quais a concorrência será limitada. Por fim, a restrição temporal impõe a impossibilidade de concorrência por

⁷ Código Civil, art. 1.174: “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

determinado período, que, via de regra, em contratos de alienação de estabelecimento empresarial não pode exceder 5 (cinco) anos.⁸ A jurisprudência do CADE tem considerado abusivas as cláusulas que não estabelecem essas delimitações, como foi o caso do Processo Administrativo nº. 08012.002841/2001-13, no qual o Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer concluiu pela abusividade da cláusula de raio imposta pelo *shopping* “Center Norte S.A.” justamente em razão da inexistência de marco temporal e geográfico, bem como da abrangência da esfera material que envolvia o ramo de atividade.⁹

Das obrigações de não concorrência também decorrem os acordos ou contratos de exclusividade, que geralmente restringem verticalmente a concorrência ao proibirem a realização de negócios com terceiros. Os acordos de exclusividade têm o condão de limitar a concorrência tanto para quem se obriga a ser exclusivo quanto para terceiros, os quais estarão impedidos de contratar com quem se obrigou à exclusividade. Daí decorre que esses acordos constituem exceção à liberdade de contratar, que é regra na maioria dos contratos empresariais (FORGIONI, 2019).

A despeito das várias derivações da obrigação de não concorrência, existem fundamentos comuns de validade das cláusulas que estabelecem esse tipo de obrigação. O primeiro fundamento é precisamente a livre concorrência, que traz uma importante consequência à análise das cláusulas de *non compete* em contratos empresariais: é preciso avaliar se a restrição à liberdade de concorrência apresenta mais eficácias positivas do que negativas ao mercado e à preservação do ambiente concorrencial. A cláusula deve proteger o *know-how* do comerciante sem, contudo, causar danos às próprias finalidades do direito concorrencial, ou seja, a restrição à concorrência só é favorável ao mercado na medida em que não é capaz de violar frontal e permanentemente as finalidades da proteção concorrencial, dentre as quais menciona-se a distribuição de oport-

8 CADE, Súmula nº. 5: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”.

9 Nesse sentido, confira-se também o Processo Administrativo nº. 08012.006636/1997-43, de relatoria do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, no qual figurou como investigado o *shopping* Iguatemi São Paulo, que estaria limitando a instalação de lojas do mesmo ramo de atividade das lojas instaladas no *shopping* em um raio de 2,5 km. O voto relator destacou a necessidade de limitação também dos aspectos geográfico e material, no sentido de que a restrição deve atingir tão somente a marca instalada no shopping, e não o ramo de atividade.

tunidades, o fomento e incentivo à inovação e em especial a dispersão de poder econômico.

Nesse contexto, a cláusula de *non compete* encontra fundamento de validade enquanto dever anexo à boa-fé objetiva. A boa-fé objetiva é princípio que determina um padrão objetivo de conduta. O princípio exerce diversas funções, dentre as quais encontra-se a função integrativa, contemplada pelo art. 422 do CC¹⁰, também chamada de função criadora, por meio da qual nascem os deveres anexos, que são deveres

de consideração com o alter, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato, situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual (JUDITH MARTINS-COSTA, 1998).

Assim, a obrigação de não concorrência em contratos empresariais pode ser justificada precisamente pela boa-fé objetiva ao estabelecer um padrão de conduta (omissiva) aos contratantes, seja para garantir a efetividade do contrato empresarial, para proteger a concorrência e reduzir as barreiras à entrada em determinado mercado, ou impor um dever de cuidado e proteção aos interesses tutelados. Com efeito, embora a cláusula de não competição seja um dever anexo que depende da obrigação principal para se constituir, dela não depende para findar, incidindo até mesmo após a extinção da obrigação principal (RENTZSCH; BARATA; RAUPP, 2018).

Desses fundamentos decorrem as funções das cláusulas de *non compete* em contratos empresariais. A primeira delas é a de evitar a concorrência desleal, que pode ser compreendida como qualquer competição ou estratégia competitiva considerada injusta. Para Pontes de Miranda (1983) a cláusula de não concorrência não existe para coibir a concorrência desleal, uma vez que veda, de fato, a concorrência de modo geral, qualquer que seja. Com efeito, os princípios que regem a obrigação de não concorrência derivam do contrato e dos deveres que estabelece, não

10 Código Civil, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

propriamente de um ato de deslealdade. Todavia, por ser um dever anexo (se contratualmente bem delimitado), o descumprimento da obrigação de *non compete* configura ato de concorrência desleal pois viola frontalmente o dever de lealdade que se espera em um contrato com cláusula de tal natureza. Assim, a concorrência pode prejudicar o próprio negócio jurídico celebrado, nascendo daí a deslealdade.

A partir da proteção a eventuais concorrências prejudiciais ao próprio negócio celebrado, surge a segunda função das cláusulas de *non compete*: a de proteger direta ou indiretamente a clientela e o fundo de comércio. Essa função encontra azo na proteção dos clientes que integram o mercado do qual faz parte o negócio jurídico que foi objeto do compartilhamento ou transferência de *know-how* ou do fornecimento de produtos (RENTZSCH; BARATA; RAUPP, 2018). Essa função protetiva faz sentido em cenários nos quais o exercício do objeto do contrato por quem fornece, transfere ou cede o *know-how* é capaz de minar e impossibilitar o exercício de atividade lucrativa pelo adquirente, o que pode ocorrer justamente em razão da clientela de determinado negócio.

Nesse contexto, a cláusula de *non compete* exerce função lucrativa, uma vez que os contratos empresariais são celebrados necessariamente com objetivos lucrativos. As empresas atuam no mercado e celebram contratos entre si visando a obtenção de vantagens econômicas. É por isso que a cláusula de não competição, para ser considerada válida, deve estar alinhada à obtenção de lucros por ambas as partes. A arquitetura contratual e o desenho negocial são motivados pela economicidade do comportamento de ambos os contratantes, de tal modo que a cláusula de não concorrência deve “viabilizar a transferência para o novo proprietário da efetiva capacidade de gerar lucros da organização” (FORGIONI, 2019, p. 288).

Por fim, a cláusula de *non compete* deve estar alinhada à própria função econômica do negócio, que consiste nos interesses e necessidades econômicas específicas dos contratantes, que contratam não pelo “mero prazer de trocar declarações de vontade” (CHIOVENDA, 1933, p. 188), mas para a consecução de um propósito. Isso leva, pois, à dimensão objetiva do contrato, que compreende a circulação de bens e serviços e demanda uma justificativa objetiva para que seja celebrado. Assim, se o contrato empresarial deve possuir imprescindivelmente finalidade lucrativa, a função econômica representa a necessidade econômica específica da parte contratan-

te que se busca satisfazer com a celebração do contrato (FORGIONI, 2019).

Portanto, a cláusula de não competição deve possuir delimitações de objeto, território e mercado bem específicas, sob pena de violação da livre iniciativa e também desvirtuação das próprias finalidades concorrenciais e dos valores que a regulação econômica busca proteger. Assim, a obrigação de não estabelecer concorrência em contratos empresariais deve encontrar fundamento de validade na própria Constituição, da qual se extrai a livre-iniciativa compreendida à luz da livre concorrência, e também em fundamentos infraconstitucionais, por ser um dever anexo decorrente da boa-fé objetiva. Desses fundamentos nascem as finalidades da cláusula de não concorrência, como a de proteger a justa concorrência, a clientela e o fundo de comércio e as funções lucrativa e econômica.

A AMPLA AUTONOMIA CONCEDIDA PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

A chamada constitucionalização do direito privado tem inúmeros desdobramentos e consequências práticas, de sorte que os princípios constitucionais exercem papel fundamental nos contratos empresariais. Nesse contexto, o princípio da livre iniciativa se transmuta em liberdade e autonomia, funcionando como critério de interpretação dos contratos. Essa autonomia, por sua vez, orientou e fundamenta amplamente a Lei nº. 13.874/19, a Lei da Liberdade Econômica, que alterou aspectos do Código Civil fundamentais à interpretação e compreensão dos contratos empresariais.

A liberdade de contratar é a regra nos contratos empresariais, sendo que qualquer espécie de restrição a essa liberdade e autonomia significa uma renúncia ao exercício de uma norma constitucional, ou seja, uma renúncia ao exercício da livre concorrência. Por essa razão, qualquer restrição deve estar não só expressa no contrato ou decorrer de dispositivo legal, como deve ser interpretada de maneira restritiva, por força do art. 114 do CC¹¹, que estabelece que negócios jurídicos que impliquem a renúncia devem ser interpretados restritivamente (FORGIONI, 2019).

Daí se verifica, por exemplo, que nos contratos empresariais de alienação de controle não é possível presumir a obrigação de *non compete*, o que

11 Código Civil, art. 114: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

implicaria em violação da autonomia privada e interferiria na alocação de riscos e no preço do objeto contratual. O mesmo ocorre nos contratos de trespasse, que possuem finalidade semelhante à dos contratos de alienação de controle, mas a obrigação de não concorrer decorre lei, de modo que a exceção que deve estar contida nos contratos é a própria possibilidade de concorrer, ao contrário do que ocorre com as demais espécies de contratos empresariais (FORGIONI, 2019).

A Lei nº. 13.874/19, que institui a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, além de estabelecer ampla autonomia das partes como regra de interpretação, trouxe uma série de novos parâmetros ao escrutínio dos contratos. Os arts. 113 e 421 do CC¹², alterados pela aludida lei, fornecem diversos critérios de interpretação aos contratos empresariais, tais como a boa-fé, a função social (que limita a liberdade de contratar), os usos e costumes do mercado, o comportamento das partes posterior à celebração do negócio e a racionalidade econômica do negócio.

Embora os parâmetros legais de interpretação correspondam adequadamente aos fundamentos e finalidades da cláusula de *non compete*, é particularmente problemática a autonomia exacerbada que a lei concedeu para alterar esses critérios de interpretação e estabelecer novos critérios. Essa ampla margem de autonomia, disposta no §2º do art. 113¹³, pode causar dois problemas à forma de interpretar um contrato empresarial.

É fato que em contratos empresariais o escopo do lucro exerce um papel fundamental, sem o qual dificilmente é possível caracterizar o contrato como empresarial. Nesse contexto, é possível que as partes, objetivando o lucro, estabeleçam critérios de interpretação a um contrato que contenha uma cláusula de *non compete* potencialmente prejudicial à concorrência. É,

12 Código Civil, art. 113: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável;

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração”.

Código Civil, art. 421: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

13 Código Civil, art. 113, §2º: “As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”.

pois, perfeitamente possível a celebração de um contrato no qual uma das partes se obriga a não competir durante determinado tempo, em determinado mercado e território. Nesse mesmo contrato, pode haver compatibilidade dessa cláusula com a boa-fé objetiva enquanto fundamento e critério de interpretação, assim como é possível que haja racionalidade econômica na imposição da obrigação.

Entretanto, a ampla margem de discricionariedade interpretativa dada pela lei pode esbarrar nas finalidades do direito da concorrência e prejudicar o ambiente competitivo. É possível que os critérios de interpretação sejam, a um só tempo, condizentes com questões relacionadas exclusivamente às partes contratantes e ao negócio e incoerentes com as finalidades da cláusula de *non compete* atreladas às finalidades do direito concorrencial. Assim, sob uma perspectiva do contrato em si, o negócio pode parecer válido, sendo que uma análise mais robusta do negócio a partir de uma visão de mercado pode demonstrar o contrário.

Nesse sentido, por mais que a autonomia seja regra em contratos empresariais, a Lei da Liberdade Econômica concedeu margem e justificativa às operações empresariais que possam eventualmente prejudicar a concorrência. Operações essas que podem estar travestidas de legalidade e racionalidade econômica e, contudo, violarem a concorrência. Isso se revela particularmente prejudicial em contratos empresariais celebrados entre agentes econômicos com poderes de mercado muito discrepantes entre si que não possam ser caracterizados como contratos de adesão e causam um impacto concorrencial significativo.

Desse modo, essa alteração trazida pela aludida lei representaria um retrocesso em termos de escolas do pensamento e teorização econômica. Regride-se à Escola de Chicago, em certo sentido, quando se preocupa demasiadamente com as eficiências das operações econômicas que afetem o consumidor e se concede demasiada autonomia às partes contratantes, pois essa autonomia pode até mesmo gerar operações aparentemente benéficas, mas intrinsecamente prejudiciais ao ambiente concorrencial. Por certo que os contratos empresariais exigem dinamismo e critérios adequados à realidade dos mercados específicos, porém tamanha discricionariedade concedida à interpretação de contratos que tem por fundamento e finalidade o lucro pode ser prejudicial e exige cautela e compatibilidade com as normas constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adequada compreensão das cláusulas de não concorrência em contratos empresariais requer a compreensão e a reflexão acerca das finalidades tanto da própria cláusula e do contrato, bem como do direito concorrencial, pois essas cláusulas têm reflexo direto no ambiente concorrencial e no mercado. Com isso, é imprescindível que a validade das cláusulas de não concorrência seja avaliada a partir das premissas e fundamentos tanto do direito concorrencial quanto do próprio negócio jurídico, o que, por sua vez, exige a compreensão do mercado, de sua arquitetura e de aspectos particulares da própria operação econômica.

A partir da investigação dos fundamentos e funções que uma cláusula de não concorrência exerce em contratos empresariais, ou deve exercer para ser considerada válida, foi inevitável não esbarrar e trazer à tona as alterações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, que tem como fundamento primordial a autonomia das partes contratantes. Isso porque essa autonomia decorre diretamente da norma constitucional que garante a livre iniciativa e a livre concorrência, de sorte que as reflexões aqui esboçadas revelam que a concessão de ampla autonomia às partes envolvidas em contratos empresariais pode causar prejuízos concorrenciais travestidos de legalidade.

Esse cenário exige uma avaliação mais criteriosa de cláusulas como a abordada neste trabalho, uma vez que restringem a concorrência e implicam renúncia a normas constitucionais, que supostamente deveriam incidir sobre as relações privadas. É preciso, a despeito dos possíveis prejuízos trazidos pela aludida lei, interpretar e analisar os contratos empresariais que estabelecem obrigações de não competir à luz da boa-fé objetiva e de funções como a de garantir a concorrência justa e leal, proteger a clientela e o fundo de comércio, obter o lucro e satisfazer uma necessidade econômica. Os fundamentos e funções da cláusula de não concorrência e do próprio direito da concorrência talvez sejam uma alternativa, ainda que acanhada, de mitigar os possíveis prejuízos que a Lei da Liberdade Econômica pode trazer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AREEDA, Phillip, KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis: problems, text, cases*. 5 ed. Boston: Aspen Law & Business, 1997. 1067 p.

BANCO MUNDIAL, OECD. *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Washington-Paris, 1999. 150 p

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1978.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43. Relator Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Data de julgamento: 4 set. 2007. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdR-nnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcNTAn-1H9eCcMIQ1yx-f9UE6mfuE2qvPz1A8Crc0RK4aEr>. Acesso em 27 mar. 2020

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.002841/2001-13. Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Data de julgamento: 15 dez. 2004. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9Fc-FMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP-9dxRfPBcZC3zCj7BpnbJWP5QKqelu8twfIXneBy0NS3knL3tsoS>. Acesso em 28 mar. 2020

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Súmula n.º 5. Data de publicação: 9 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade/sumula-no-5-publicada-no-d-o-u-de-09-12-2009/view>> Acesso em 15 mar. 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 mar. 2020.

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 mar. 2020.

Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 mar. 2020.

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1933.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Européia*. Barueri: Manole, 2003. p. 24

DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.

FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 4 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

JUDITH MARTINS-COSTA. O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.

Revista de Informação Legislativa, n. 193, p. 5–22, 1998.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 2017. Disponível em: <<http://www.internetretailer.com/2016/ol/28/amazon-sales-climb-22>>.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 237p. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2009.

LACHMANN, W. *The development dimension of competition law and policy*. UNCATD Series on issues in competition law and policy. UN, New York and Geneva, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 767-768.

SILVA, Michael César. Direito à informação qualificada na relação médico-paciente: Estudo das implicações da diferença entre Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu* e Título de Especialista em Dermatologia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 189, p.253, 2011. Trimestral.

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

PROUDHON, Pierre-joseph. *Système des contradictions économiques ou Philosophie de la misère*. Miami: Hardpress, 2017.

RENTZSCH, Rodrigo; BARATA, Sarmiento; RAUPP, Daniel Marques. As cláusula de não competição nos contratos empresariais de longa duração. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v. 4, n. 2, p. 20–38, 2018.

MATERNIDADE ENCLAUSURADA: A PRISÃO DOMICILIAR COMO ALTERNATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO TJDF

MATERNITY IN PRISON: HOUSE ARREST AS AN ALTERNATIVE TO MOTHERS SERVING TIME IN THE CAPITAL OF BRAZIL

Graziely Rodrigues Guimarães¹

João Victor Barbosa Ferreira²

Resumo: Em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem em *Habeas Corpus* Coletivo para converter em prisão domiciliar a prisão preventiva aplicada a todas as mulheres gestantes, lactantes, puérperas e com filhos de até 12 (doze) anos de idade. O presente trabalho inicia com uma reflexão sobre as nuances das especificidades do cumprimento de pena em razão do gênero, perpassando sobre análises do “lugar social” das mulheres no “mundo do crime” e suas responsabilidades. Posteriormente, pelo método indutivo, é feita a coleta e análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar em quais medidas estão sendo garantidos os direitos das mulheres presas na Capital do País.

Palavras-Chave: Prisão domiciliar; prisioneiras; encarceramento feminino; política prisional; maternidade.

1 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. E-mail: grazielyguimaraes@gmail.com.

2 Mestrando em Ciência Política, Bacharel em Direito e Graduando em Antropologia pela Universidade de Brasília – UnB. E-mail: joao.bf.victor@gmail.com.

Abstract: In February 2018, the Supreme Court granted an order in *Habeas Corpus* to convert into house arrest the protective custody applied to all pregnant women, nursing mothers, women who have recently given birth and women with children up to 12 (twelve) years of age. This work begins with a reflection on the nuances of the specificities of the imprisonment due to gender inequality, going through analyses of the “social place” of women in the “world of crime” and their responsibilities. Later, by the inductive method, it is made the collection and analysis of the jurisprudence of the Court of Justice of the Federal District to evaluate in which measures the rights of the imprisoned women in the Capital of the Country are being guaranteed.

Keywords: Home detention; women prisoners; female imprisonment; prison policy; maternity care.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo faz um levantamento do entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) sobre a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar de mulheres presas gestantes, lactantes, puérperas ou com filhos de até 12 (doze) anos de idade.

Como o presente trabalho pretende contribuir com o campo da criminologia crítica feminista, algumas notas introdutórias merecem espaço. Aqui não se ignora a fragmentação no campo doutrinário sobre o tema. Pesquisadoras ao redor do globo dedicam vidas e agendas de pesquisa para trazer ao campo reflexões críticas ao direito penal pelo ponto de vista feminista. Ou seja, não se trata de apenas um campo ou vertente que tenha ideias congruentes e leis universalmente harmônicas.

As diversas formas de viver o mundo e os corpos também originam contribuições científicas a partir dos diferentes pontos de vista e das especificidades da vida. Por exemplo, observa-se no Brasil e no Mundo (ALLARD, 1991) o crescimento de vertentes da criminologia feminista que pretendem enxergar o campo a partir do movimento negro (FRANKLIN, 2017) e pela perspectiva *queer* (CARVALHO, 2014), todas fundadas com base na militância de suas respectivas agendas prioritárias de tutela de direitos básicos da população.

Logo, quando se fala em ‘teoria feminista’ ou ‘criminologia feminista’ evidentemente não se está falando de ‘uma’ teoria feminista ou ‘uma’ criminologia feminista, até porque o que existem são diversas perspectivas que pretendem enxergar os problemas do Direito Penal pelas diversas óticas da leitura crítica (CAMPOS, 2013). O que há de universal entre as raízes da criminologia crítica feminista é o objetivo em comum de realizar leituras dinâmicas do direito penal e do poder punitivo exercido pelo Estado, entendendo as especificidades que permeiam essas relações de poder nos diversos corpos que coabitam o mesmo espaço.

Quanto ao marco temporal escolhido para operacionalizar o levantamento dos dados analisados, consideramos como marco inicial a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641, de 20 de fevereiro de 2018.

Em que pese a decisão do STF ter sido proferida após quase 2 (dois)

anos da promulgação da Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016, conhecida como “Marco Legal da Primeira Infância”, que já garantia a conversão da prisão preventiva em domiciliar para as mulheres gestantes e com filhos de até 12 (doze) anos (art. 41), é preciso revisitar a aplicação das garantias na ótica dos entendimentos do TJDFT.

A pesquisa de natureza indutiva intenta analisar a jurisprudência do Tribunal para contribuir com o marco crítico das diversas epistemologias criminológicas feminista e avaliar em quais medidas a Corte de Justiça da Capital do País vem respeitando o entendimento do STF para dar efetividade aos direitos das mulheres presas no Distrito Federal e de seus filhos. O estudo utiliza a própria ferramenta de pesquisa de jurisprudência do site do TJDFT a partir da inserção de palavras-chave.

Independentemente do resultado que será apresentado, o presente artigo não se escusa de trazer reflexões sobre o cenário nacional e local do encarceramento feminino, bem como sobre os marcos sociais de precarização da vida que levam ao aprisionamento de mulheres-mães. É preciso reinventar a forma que enxergamos o problema e militar por uma execução penal feminista.

2. PRISÃO, MULHERES E MATERNIDADE: INTRODUÇÃO AO CAMPO

O fenômeno conhecido como “feminização” dos presídios no País tem origem recente no começo do novo milênio. A diferença de magnitude entre homens e mulheres encarcerados fez com que, em um primeiro momento, os estudos criminológicos fossem voltados para refletir o processo de criminalização e de sobrevivência nos presídios pela vertente da população masculina, sem o devido recorte de gênero (DINIZ; PAIVA, 2013).

Ao longo do tempo, a criminologia ignorou a interconexão do gênero feminino com a criminalidade e com o sistema punitivo, tornando a retórica um estudo feito por homens e para homens, mas aplicável à universalidade da população carcerária – incluindo-se as mulheres (DE SOUZA; NAZARÉ, 2019).

Por isso, o sujeito típico controlado pelas políticas de punição passou a ser conhecido como o homem, jovem, negro, pouco escolarizado

e trabalhador informal; ao passo que as mulheres eram – e ainda são – parte invisibilizada no processo de compreensão do encarceramento no Brasil, seja pela insignificância geográfica de serem a elas reservadas apenas alas e celas em presídios masculinos, seja pela absoluta ausência de políticas públicas voltadas à promoção de direitos básicos e fundamentais ligados ao gênero (DINIZ; PAIVA, 2013).

O início da conversa sobre as especificidades dos modos de se viver os corpos, inclusive na restrição de liberdade, é recente e tem início com o crescente aumento do aprisionamento de mulheres no Brasil a partir dos anos 2000. Nos núcleos familiares que experimentam os diversos níveis de precarização da vida, o encarceramento feminino passou a ser realidade no núcleo familiar, de modo que as celas e alas reservadas nos presídios masculinos já não eram suficientes para realizar o controle dos corpos das mulheres tidas como transgressoras da lei penal.

Foi só então que a academia começou a se preocupar em alertar a urgência de um regime especial de execução da pena direcionado às mulheres, como no estudo de Ela Castilho (2007) e na produção de documentos que demonstraram a especial gravidade da restrição de liberdade no sentido do binômio “mulheres e família”, em razão dos evidentes problemas acentuados pelo afastamento das mulheres de seus lares, fato que, de forma contraposta, não é observado na mesma intensidade quando os homens são presos (ESPINOZA, 2002).

O “paradoxo do encarceramento das mulheres”, formulado pela socióloga Candace Kruttschnitt (2010), resume a ambiguidade do fenômeno aqui colocado. Significa dizer que a pena imposta às mulheres transpassa o corpo da acusada e pune todo o seu núcleo familiar de convívio, mas em especial as outras mulheres que passam a ser as responsáveis pelas redes de cuidado.

A desigualdade dos papéis compartilhados entre os gêneros não implica na mesma contraposição quando um homem é encarcerado: quando são eles, as mulheres são as responsáveis pela rede de afeto e cuidado do lar e dos filhos; quando elas são presas, outras mulheres prestam o suporte e o apoio: são as mães, as irmãs e as tias.

A pergunta que imediatamente começou a importar foi: “quais são as consequências para o núcleo familiar, sobretudo para os filhos, quando uma mulher é presa no Brasil?”. Não há dúvida dos efeitos

negativos provenientes do encarceramento materno para as crianças que serão adotadas, transitarão entre os lares e abrigos ou ficarão com as avós. Mas existem também violações dos direitos fundamentais dessas mulheres que experimentaram diversos níveis de precarização da vida antes de chegarem aos presídios na vida adulta (DINIZ; PAIVA, 2013).

Preocupado com o rompimento do vínculo afetivo familiar em razão do encarceramento das mulheres-mães, o legislador editou a Lei n. 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância) com o pretexto de tentar preservar os direitos fundamentais das crianças, em especial as que estão na idade da chamada “primeira infância” (0 a 6 anos). Ou seja, o objeto da legislação não é trazer reparações ou tentar reconhecer as diversas desigualdades de gênero provocadas pela aplicação dos mesmos princípios na execução da pena de homens e de mulheres, como pode parecer à primeira vista.

O foco principal da legislação é tentar garantir os direitos básicos das crianças. Não houve a preocupação de sequer cogitar tentar trazer ao debate público as necessidades específicas dos gêneros na restrição de liberdade ou de avaliar em quais medidas os níveis de precarização da vida contribuem para a violação de direitos fundamentais das mulheres encarceradas.

Na mesma linha, e principalmente para o que importa para nossa reflexão, a preocupação principal dos Ministros do STF no julgamento do *Habeas Corpus* n. 143.641 foi interpretar conforme a constituição os direitos das crianças de terem suas genitoras no seio do lar durante a infância. A pretensão jamais foi reconhecer as injustiças do sistema penal com as mulheres e as impossibilidades de vivências humanitárias saudáveis dentro de um presídio. Mas antes de analisar sobre o que estamos falando, é preciso antes conhecer sobre quem estamos falando.

3. MULHERES, MÃES, FILHAS E AVÓS: QUEM SÃO ELAS?

A população carcerária feminina cresceu e se tornou expressiva. As mulheres passaram cada vez mais a desempenhar papéis no dito

mundo do crime e serem punidas pelos atos infracionais. Segundo dados do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (2018)”, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento feminino aumentou em 656% no Brasil, ao passo que, no mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%.

A superlotação atingiu a marca de 156,7%, o que significa dizer que em um espaço destinado a 10 (dez), 16 (dezesesseis) mulheres o ocupam. A sobrevivência nos muros é condicionada ao compartilhamento de parte da vida com estranhas, amigas e desafetas entre as trancas, sem que exista o fornecimento de cuidados básicos pelo Estado em um sistema tido como um “estado de coisas inconstitucional” pela própria Suprema Corte³.

Os volumosos números insistem em mascarar os níveis de precariedade da vida suportados pelas mulheres em momento anterior ao encarceramento. As histórias de vida apenas fazem coro às estatísticas do sistema prisional feminino e os pouquíssimos dados divulgados pelo poder público, já desatualizados, auxiliam na compreensão sobre quem estamos falando: elas são pretas (62%), jovens entre 18 e 29 anos (50%), com pouca ou nenhuma instrução (50% possui apenas o ensino fundamental incompleto), solteiras (62%) e com filhos (74%⁴).

Levantar os tipos penais pelos quais as mulheres são encarceradas é parte fundamental para compreender a seletividade penal e narrar o fenômeno criminológico e social que ocasionou a considerável expansão da “criminalidade feminina” nas últimas décadas no Brasil. De acordo com o INFOPEN Mulheres (2018), elas foram presas acusadas de tráfico de drogas (62%), seguidas de roubo (11%), furto (9%) e homicídio (6%).

Os crimes contra a vida representam a menor parte – quase insignificante – dos delitos cometidos pelas mulheres presas e os crimes contra o patrimônio também não representam parte expressiva das transgressões à lei penal. O tráfico de drogas é o delito que leva 6 (seis) em cada 10 (dez) prisioneiras a cumprir pena no Brasil. O distanciamento dos deveres dos gêneros também é importante para compreender o fenômeno social que prescinde a premissa, de

3 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 347, reconheceu o sistema prisional brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional” por violar basilaramente diversos direitos fundamentais dos presos e presas.

4 O relatório do INFOPEN Mulheres informa que: 18% têm 1 filho; 20% têm 2 filhos; 17% têm 3 filhos; 8% têm 4 filhos; 5% têm 5 filhos; e 7% têm 6 filhos ou mais.

modo que a pergunta justa é: existe conexão entre a desigualdade de gênero e o crescente envolvimento de mulheres no comércio de entorpecentes no Brasil?

Evidentemente que a resposta não é simples, tampouco é nossa pretensão exaurir definitivamente a dúvida. A provocação que se faz é que para entender de forma correta o problema, é preciso antes analisar o lugar social da mulher brasileira, pois essas nuances também são refletidas no “mundo da criminalidade”.

Como observou Rebecca Igreja (2017), o lugar social da mulher perpassa várias hierarquias globais que coexistem no espaço-tempo. A observação remonta às origens coloniais, momento em que uma hierarquia étnico-racial privilegiou os povos europeus em detrimento aos não-europeus, em consonância com uma hierarquia global que atribui privilégios aos homens em detrimento das mulheres.

Na análise do lugar social das mulheres no “mundo do crime”, notadamente no tráfico de drogas, é preciso primeiro identificar o sistema de hierarquização social (colonial) que perpassa a construção da divisão dos papéis atribuídos aos gêneros na condução dos crimes no Brasil (IGREJA, 2017).

E é dentro desse cenário que devemos observar que as mulheres inseridas na criminalidade do tráfico de drogas participam não só da etapa de consumo dos entorpecentes – enquanto destinatárias finais do produto –, mas também da sua produção, distribuição e comercialização local. Contudo, a repartição dos afazeres propriamente ditos remonta ao contexto de exclusão social, de pobreza e violência de gênero em que essas mulheres estão inseridas. A existência desse plano de fundo anterior inibe a autonomia das mulheres – e de forma mais acentuada das mulheres em contextos periféricos – de decidirem o que farão com as suas próprias vidas, por força de uma hierarquização cultural que exerce o controle dos corpos antes mesmo que as escolhas pessoais possam ser definidas.

São mulheres controladas pelo grande poder econômico que promete reparar as fragilidades da vida. São as mães, esposas, filhas e irmãs que “caem” no mundo do crime para servir ao privilégio patriarcal como força de trabalho para escoar a ponta de produção

e distribuir os entorpecentes pelas vizinhanças das cidades e bairros (IGREJA, 2017).

No Brasil, o mundo do crime patriarcal utiliza a mão de obra feminina em posições majoritariamente subalternas na locomotiva do tráfico de drogas, destinando a elas postos menos prestigiados social e financeiramente. As mulheres são essencialmente responsáveis pelo transporte de pequenas quantidades de entorpecentes entre territórios fronteiriços, pela negociação com pequenos traficantes de regiões vizinhas ou servem como bode expiatório para garantir a consecução de outros crimes considerados mais importantes (BARCINSKI, 2008). Como forma mais brutal da reverberação do controle patriarcal, as cavidades e orifícios do corpo feminino são muito utilizados para o transporte de drogas para o exterior e para dentro dos presídios masculinos – a pedido de outros homens –, ocasiões em que a violência de gênero se acentua (SOUZA, 2013).

O controle patriarcal dos corpos femininos é nitidamente observado pelo crescente índice do encarceramento feminino e do envolvimento das mulheres nas atividades criminosas. Em alguns casos, os níveis de precariedade da vida confundem o ilícito com a forma de se fazer economia doméstica; e a produção e difusão de entorpecentes vira “negócio de família”.

Estudos sociais realizados na primeira década identificaram no discurso das mulheres entrevistadas a centralidade das relações de afeto – sobretudo com companheiros, filhos e mães – como justificativa para engajamento no cometimento de crimes (BARCINSKI, 2008). Nesses estudos, a categoria “vitimização” foi a escolhida para representar a violência de gênero suportada pelas mulheres ao longo da vida, de modo que contextos como de abuso, negligência e extrema pobreza eram características da vida comumente relatadas pelas mulheres inseridas no sistema prisional (SOARES, 2002).

Por outro lado, encontramos na literatura mais recente um movimento da criminologia crítica feminista que começa a indicar a necessidade de se compreender o gênero como conceito relacional (BARCINSKI, 2016). Nessa perspectiva, a recente literatura passa a problematizar o papel exclusivo das “mulheres criminosas” enquanto vítimas, indicando uma relação de causalidade entre as catego-

rias “vitimização” e “protagonismo” nos atuais papéis desempenhados pelas mulheres no “mundo do crime”.

Nesse cenário, o engajamento das mulheres no tráfico de drogas seria fruto da atuação conjunta da “vitimização” e do “protagonismo” na história de vida das mulheres que transgridem a lei penal no Brasil. Elas são ora vítimas de uma estrutura social que nitidamente limita as escolhas e perspectivas de vida e que as “empurra” para a criminalidade; e ora protagonistas da própria história ao expressarem libertação e satisfação de fazerem parte de uma estrutura social ilícita ocupada e controlada tradicionalmente por homens (BARCINSKI, 2016). E esse protagonismo – que vincula libertação e satisfação – é parte fruto do reconhecimento dado às mulheres por outras mulheres; e parte graças à sensação de superioridade sentida pelas mulheres-criminosas em relação às demais mulheres ao seu redor (BARCINSKI, 2016)

Mas ainda hoje, a literatura observa, com pequenas alterações pontuais, que o lugar social da mulher no mundo do tráfico de drogas no Brasil não costuma ser de chefia ou de liderança. Em verdade, ainda hoje elas são as responsáveis pelas atividades miúdas e com maior nível de precarização, geralmente ocupando esses postos por pressão de relacionamentos afetivos ou pela dinâmica social da comunidade em que estão inseridas (MAGALHÃES, 2008).

Portanto, há uma contundente conexão entre o aumento significativo da fabricação de entorpecentes na América Latina e o crescimento exponencial das taxas de encarceramento no Brasil, conquanto o aumento da atividade acionou a necessidade de recrutamento de mão-de-obra precarizada para a garantia da locomoção do mercado do narcotráfico. Esses trabalhadores são aqueles que vivem em um contexto de fragilidade social e econômica à margem da sociedade e sem proteção efetiva do Estado. As desigualdades de gênero provocam a inserção das mulheres em um contexto de desproteção em nível ainda mais acentuado, fazendo com que elas recorram aos meios alternativos de sobrevivência para buscar integração no cotidiano da comunidade: são elas a parte frágil da estrutura que está mais suscetível às consequências do Estado Penal.

O estudo de Debora Diniz (2014), realizado especificamente no Presídio Feminino do Distrito Federal, mapeou os níveis de fragilida-

de da vida experimentados pelas mulheres que cumprem restrição de liberdade em regime fechado no único Presídio Feminino no Distrito Federal. A pesquisa permite apresentar o perfil das mulheres que são os sujeitos da conversa.

De acordo com os levantamentos da pesquisa, as mulheres que cumprem pena na Capital do País são jovens (51% têm menos de 30 anos), pretas e pardas (67%), pouco escolarizadas (71% com ensino fundamental incompleto ou menos que o fundamental), trabalhadoras domésticas e informais (70%) ou desempregadas (18%), com pelo menos um filho (80%) e com companheiros presos (52%), e envolvidas com infrações relacionadas ao tráfico de drogas (69%) (DINIZ, 2014).

O estudo também apresentou o dado de que 1 (uma) em cada 4 (quatro) das mulheres sentenciadas em regime fechado no Distrito Federal cumpriu medidas socioeducativas de internação na adolescência. Segundo o estudo, tal premissa representa um “itinerário carcerário” na vida das mulheres que cumprem pena na Capital do País. Esse itinerário é o que insiste na submissão de um mesmo perfil de mulheres aos processos de controle penal em razão das especificidades e das precariedades suportadas ao longo da vida (DINIZ, 2014).

O itinerário mostra que o Presídio é local conhecido das mulheres presas no Distrito Federal, seja enquanto adolescentes ou já na vida adulta, em um movimento que transita entre idas e vindas de periódicas estadias sistêmicas. Para entender parte significativa da complexidade do problema, é preciso refletir sobre as condições estruturais dos presídios femininos do País.

Segundo dados do INFOPEN Mulheres (2018), em relação à destinação dos estabelecimentos por gênero, a maior parte das prisões no Brasil foi projetada para o público masculino (74% das unidades prisionais destinam-se aos homens), 7% ao público feminino e outros 16% são classificados como mistos. É certo que a ausência de ambientes próprios para a execução penal feminina, por si só, é um fato que corrobora com a recorrente violação de direitos fundamentais básicos das mulheres.

O Presídio Feminino da Capital do País – popularmente conhecido como Colméia – se localiza em uma área rural, cuja pista de acesso se assemelha a uma parábola de concavidade para baixo na região

administrativa do Gama, a 35 quilômetros do centro de Brasília. O local antes era utilizado para abrigar os adolescentes em conflito com a lei – posteriormente transferidos para o extinto CAJE e que atualmente cumprem as medidas em Unidades Socioeducativas espalhadas por diversas regiões do Distrito Federal (LEMOS, 2017). Não há transporte público direito ao Presídio Feminino e o ponto de ônibus mais próximo fica a cerca de 1,5 km de íngreme subida.

Importante também refletir sobre os regimes de encarceramento das mulheres no Brasil. Ainda de acordo com o INFOPEN Mulheres (2018), 45% das mulheres presas no País estão enquadradas na categoria “sem condenação”, ou seja, são presas provisórias que sequer foram julgadas pelo Estado Penal e são cautelarmente encarceradas com base em princípios vagos⁵.

Cerca de 32% estão sentenciadas em regime fechado, seguidas de 16% em regime semiaberto e 7% em regime aberto. Contudo, pela falta de clareza dos dados públicos disponíveis, não conseguimos quantificar o universo que já ostenta sentença penal condenatória transitada em julgado. Essa ressalva é importante para a compreensão da tese, pois até que advenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória todos os réus presos devem ser considerados provisórios à luz do princípio insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Especificamente no Distrito Federal, de acordo com o INFOPEN Mulheres (2018), 30% das mulheres cumpre pena provisoriamente e sem condenação, seguidas de 38% sentenciadas em regime fechado e de 32% em regime semiaberto⁶. Assim como nos dados nacionais, não existe publicidade quanto ao universo das mulheres que já possuem sentenças transitaram em julgado. São mulheres-mães que são afastadas do seio do lar para aguardar julgamento do Estado Penal no presídio.

Então, como visto, há uma compatibilidade de premissas no perfil das mulheres presas no Brasil: elas são mães (74%) e, ao mesmo

5 O Código de Processo Penal autoriza o Juiz Penal a decretar a segregação cautelar - ou provisória - desde que comprovado o risco à ordem pública ou econômica, ou à instrução processual.

6 De acordo com o relatório, nenhuma mulher cumpria sentença em regime aberto no DF, mas 1% estava submetida às chamadas “Medidas de segurança de Internação”.

tempo, presas provisórias sem condenação (45%). Diante desse cenário, a provocação que surge é: as autoridades judiciárias, e aqui sobretudo o TJDF, estão observando a legislação (marco da primeira infância) e a ordem do STF em *habeas corpus* coletivo para garantir a custódia domiciliar às gestantes, lactantes e mães de crianças com até 12 (doze) anos?

4. O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO FORMA DE RESGUARDAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PRIMEIRA INFÂNCIA – MULHERES NA SUBALTERNIDADE E A OBSERVÂNCIA DO PRECEDENTE PELO TJDF

Em julgamento histórico realizado em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem em *Habeas Corpus* Coletivo para garantir a prisão domiciliar para as mulheres grávidas, gestantes e lactantes ou com filhos de até 12 (doze) anos de idade. O remédio foi impetrado pela Defensoria Pública da União e relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

A ordem foi estendida para as adolescentes que cumprem medida socioeducativa em regime fechado e que se enquadram nas supracitadas condições, além de ter sido retirado o limite objetivo de 12 (doze) anos de idade para aquelas mulheres que são mães de filhos com deficiência.

A Corte impôs duas restrições à regra: (i) a primeira de que o crime não pode ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça contra o próprio filho; (ii) a segunda de que, em casos excepcionais, pode o juiz penal negar o benefício, hipótese que deverá fundamentar e comprovar os fatos que justificam a não aplicação do precedente.

O caso é paradigmático não só por conceder uma ordem de extensão coletiva – aplicável a todas as mulheres nessas condições –, mas também por provocar a Suprema Corte a analisar uma matéria constitucional tão cara para a pauta de Direitos Humanos e que envolve fundamentos científicos de desigualdades impostas pelo gênero e suas nuances no cumprimento da restrição de liberdade por mulheres.

No julgamento, a Suprema Corte fez questão de transparecer que o bem jurídico tutelado, seguindo a linha da legislação da primeira infância,

era o bem-estar das crianças que sofriam com a separação de suas mães ou que aguardavam o nascimento dentro do presídio. A ordem vem primeiro para tentar acautelar os malefícios provocados nas crianças com a restrição de liberdade das genitoras e não para tentar contrabalancear as desigualdades da execução penal e do cumprimento de pena em razão das especificidades do gênero.

Nesse argumento foi utilizado o “princípio da intranscendência da pena”, segundo o qual a punição não pode ultrapassar a pessoa do acusado. Nesse sentido, em uma reflexão importante, o STF considerou existirem malefícios: primeiro com o distanciamento das mulheres-mães do dever de cuidado dos filhos; segundo com a insalubridade de se manter uma gestação ou amamentação dentro do presídio; e terceiro com a saúde e com o bem-estar das mulheres nesse contexto de marginalização extrema.

Ou seja, a razão de ser da legislação e da decisão do STF é tentar garantir a preservação do núcleo familiar e dos direitos e garantias das crianças na primeira infância, mantendo as mães aprisionadas dentro de casa para que sejam aptas, em um contexto patriarcal, ao exercício de seus “deveres maternos”⁷.

E nessa perspectiva é preciso pontuar que, à luz do sistema de execução penal brasileiro, “prisão domiciliar” é uma forma distinta de punição que obriga a mulher a permanecer no ambiente da casa e sempre vigiada pelo Estado Penal. Dessa forma, não pode ser confundida com as medidas cautelares⁸ diversas da prisão que acabam por atribuir condicionantes mais brandas e permitem que as mulheres exerçam normalmente suas atividades corriqueiras da vida, como trabalhar.

No sistema processual penal vigente, os Juízes e Desembargadores são as primeiras autoridades competentes para efetivamente aplicar a prisão domiciliar aos casos que se amoldam ao paradigma.

Na capital do País, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos

7 Para uma análise crítica do julgamento do *habeas corpus* n. 143.641, conferir ALMEIDA (2019). Nesse texto, a jurisprudência do STF é vista à luz dos direitos reprodutivos das mulheres em uma análise pela tangente feminista.

8 O art. 319 do Código de Processo Penal dispõe 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, sendo elas: (i) comparecimento periódico em juízo; (ii) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; (iii) proibição de manter contato com determinadas pessoas; (iv) proibição de ausentar-se da comarca; (v) recolhimento domiciliar no período noturno; (vi) suspensão do exercício de determinadas funções; (vii) internação provisória em determinadas hipóteses; (viii) fiança quando admitida; e (ix) monitoração eletrônica.

Territórios é a Corte competente para analisar a legalidade das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau por meio dos *habeas corpus*. Não existe sistema informatizado ou método de publicidade das decisões adotadas pelos juízes singulares em primeiro grau, de modo que a presente pesquisa concentra esforços para levantar o sentido das decisões adotadas pelo Tribunal, ou seja, já em segundo grau de jurisdição.

Há uma razão de ser: o itinerário do processo penal exige que ao serem presas em flagrante delito as mulheres sejam, na maior brevidade possível, apresentadas perante um juízo singular que avaliará a legalidade do decreto prisional. A essa apresentação dá-se o nome de “audiência de custódia”, na qual o juiz custodiante poderá determinar: (i) o relaxamento da prisão por ser manifestamente ilegal; (ii) a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; ou (iii) a conversão em prisão preventiva, com base em categorias da lei chamadas de “riscos à ordem econômica”, “à ordem pública”, ou à “instrução processual”.

O sistema de justiça do Distrito Federal não organiza ou concentra as informações e resultados provenientes das diversas audiências de custódias realizadas diariamente, de modo que a construção de pesquisas para análise dos dados primários depende de abordagens metodológicas diversas.

Sendo assim, a presente pesquisa se concentra no poder revisional de segundo grau, sobretudo na análise dos *habeas corpus* impetrados perante o TJDFT que requerem a aplicação do precedente do STF. Nesse caso, para que o Tribunal de Justiça possa analisar os casos, é preciso que o juiz singular de primeiro grau tenha anteriormente negado o direito dessas mulheres-mães. A pergunta justa é: o TJDFT, a despeito de reformar as decisões de primeiro grau e aplicar o entendimento do STF, vêm observando o direito das mulheres-mães e garantindo o cumprimento da prisão domiciliar?

4.1 Desenho metodológico

Os dados foram colhidos na ferramenta de pesquisa jurisprudencial disponibilizada pelo próprio TJDFT⁹, organizados em instrumento de pesquisa e analisados de forma individual. O marco temporal adotado com-

⁹ Ferramenta de pesquisa disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>>

preende de fevereiro de 2018 – julgamento do STF – até setembro de 2019, quando a presente pesquisa foi encerrada.

Pela lógica do processo penal brasileiro e pela inexistência de um instrumento público de divulgação e transparência das audiências de custódia realizadas no Distrito Federal, os dados coletados são todos provenientes de *habeas corpus*, remédio constitucional disposto no art. 5º, LXVIII, da Constituição. Significa dizer que todos os dados coletados estão concentrados no segundo grau de jurisdição do Distrito Federal (TJDFT) e que, conseqüentemente, um juiz singular apreciou a legalidade da ordem de prisão antes que a matéria fosse provocada para análise do Tribunal pela via do *habeas corpus*.

Conseqüentemente, a pesquisa não se escusa de fazer a ressalva de que os números a seguir apresentados não correspondem fielmente ao universo de mulheres-mães presas no Distrito Federal durante o recorte temporal. Isso porque nem todas as mulheres-mães possuem assistência jurídica para devolver a revisão do decreto prisional ao TJDFT e, em razão de toda a problemática que permeia o acesso à justiça no Brasil, muitas delas são obrigadas a aguardarem presas o julgamento de suas ações penais sem que os seus respectivos decretos prisionais sejam revisitados pelo segundo grau de jurisdição.

Outra ponderação é importante para compreender fielmente a pesquisa. À luz do Direito Penal garantista, consideram-se presas provisórias todas aquelas mulheres que cumprem pena de prisão sem possuir sentença penal condenatória transitada em julgado. Ou seja, mulheres já sentenciadas pelos juízos singulares que aguardam julgamento dos recursos nos Tribunais de segunda instância ou nos Tribunais Superiores devem ser consideradas, para todos os efeitos, como presas provisórias e, portanto, destinatárias em potencial da ordem de *habeas corpus* coletivo do STF e da legislação vigente (marco da primeira infância).

Aqui, entretanto, todos os dados colhidos representam *habeas corpus* de mulheres que estavam presas provisoriamente, mas que ainda não foram sequer sentenciadas pelo juízo singular. A esse universo utilizamos a categoria de “presas sem condenação”, embora não representem a totalidade da categoria de “presas provisórias”, como acima pontuado.

Contudo, há um jogo de palavras nas formas de falar do Presídio. Por lá, “provisórias” são somente as “sem condenação”: no Bloco 6 do Presí-

dio Feminino estão as “presas provisórias” – também conhecidas como recém-chegadas. Essas aguardam ansiosamente a sentença do juiz para conhecer o seu destino. Quando a estadia é alongada pela ordem da justiça que impõe o início do cumprimento de pena no regime fechado, é iniciado o ritual de passagem chamado de “travessia” que nada mais é do que a transferência da interna para algum dos outros blocos destinados a abrigar as “presas sentenciadas”.

No Presídio Feminino da Capital do País destina-se às mulheres grávidas e lactantes¹⁰ uma ala do Bloco 3 para tentar fazer uma separação miúda do mundo da desumanização a qual estão inseridas e garantir um pouco mais de dignidade a quem nessa condição se encontra. De fato, a existência, por si só, de mulheres gestantes e lactantes no presídio feminino não significa inobservância do precedente pelos juízos singulares ou pelo TJDF, haja vista a existência das já mencionadas exceções à regra. Mas a simples destinação de uma ala especial para mulheres nessas condições já é de causar estranhamento àqueles que se dedicam a entender o tema.

Na ferramenta de pesquisa do TJDF, foram inseridas as palavras-chave “HC n. 143.641” e “prisão domiciliar” para manipular o algoritmo de pesquisa a apresentar o resultado mais fidedigno possível. Foram identificados, coletados e analisados 55 (cinquenta e cinco) *habeas corpus* julgados pelo TJDF, entre 01º de março de 2018 e 03 de setembro de 2019, na temática objeto do artigo.

4.2 Resultados e Discussão

Mais da metade dos *habeas corpus* impetrados perante o TJDF com a pretensão de converter a prisão preventiva de mulheres-mães em prisão domiciliar, com fundamento no precedente do STF, são denegados. Dos 55 (cinquenta e cinco) julgados analisados, 28 (vinte e oito - 50,9%) ordens foram denegadas, 25 (vinte e cinco - 45%) foram concedidas e 2 (duas - 3,65%) foram parcialmente concedidas¹¹.

Após a categorização e análise dos dados, foram identificados 5 (cinco)

10 A legislação brasileira permite que os bebês nascidos em Presídios fiquem com suas mães até completarem 6 (seis) meses de idade. Após esse período, ou alguém da família se responsabiliza pela custódia de fato da criança, ou ela será destinada a um abrigo para menores. Debora Diniz narra com precisão a dor da separação em seu livro ‘Cadeia, relatos sobre mulheres’ (2014b).

11 Por “ordem parcialmente concedida” compreende-se a aplicação de medidas cautelares di-

grandes núcleos de argumentação corriqueiramente utilizados para fundamentar as negativas. 9 (nove) *habeas corpus* foram julgados improcedentes em razão do “emprego de violência ou grave ameaça no cometimento dos crimes”; 10 (dez) consideraram a “reincidência” da mulher para negar o benefício; em 9 (nove) casos argumentou-se que a presença da mulher era “dispensável ao núcleo familiar”; em 7 (sete) destacou-se que as mulheres “utilizavam a casa da família como ponto de tráfico de drogas”; e em 2 (dois) casos denegou-se a ordem pelo simples fato das mulheres serem “usuárias de drogas”. Importante destacar que, em alguns casos, mais de um dos fundamentos foram identificados para denegar a ordem.

Portanto, as categorias argumentativas identificadas para negar a conversão da prisão preventiva em domiciliar são: (i) emprego de violência ou grave ameaça; (ii) reincidência; (iii) presença da mãe dispensável; (iv) tráfico de drogas na própria residência; e (v) usuária de drogas.

Para melhor compreensão dos resultados apresentados, cumpre destrinchar com exemplos cada uma das categorias a seguir apresentadas.

Nos casos em que a Turma julgadora fundamentou a negativa na categoria “emprego de violência ou grave ameaça”, dois apontamentos são necessários. O primeiro é que nos 9 (nove) casos analisados os crimes em tese cometidos eram contra o patrimônio (roubo com emprego de arma branca); o segundo é que em nenhum dos casos o crime foi cometido contra o próprio filho – como exige o entendimento do STF para justificar a negativa da prisão domiciliar.

Nos 10 (dez) casos que consideraram a reincidência para negar a custódia domiciliar, a argumentação denegatória pretendia basicamente resguardar a ordem pública a partir de uma dedução de que a mulher acusada teria como itinerário da vida cometer crimes, de modo que a única forma de garantir a incolumidade pública seria a prisão em regime fechado. No grupo dessa categoria, em 8 (oito) processos as mulheres respondiam por tráfico de drogas e eram reincidentes em crimes de menor potencial ofensivo, como furtos.

Em um dos casos – o mais sensível por nós analisado¹² – a mulher teria sido cooptada pelo companheiro a inserir drogas em seus orifícios e

versas de monitoramento (tornozeleira eletrônica).

12 Optamos, por coerência ética, não referenciar diretamente os julgados analisados e a não reproduzir trechos diretos da fundamentação dos Desembargadores. Apresentamos no lugar uma ideia geral da argumentação dispendida para compreensão da pesquisa.

cavidades para adentrar com drogas no Presídio masculino. Entretanto, na lógica do TJDFT a reincidência da mulher seria justificativa plausível para enquadrá-la na hipótese vaga da exceção criada pelo STF, denominada de “raríssimas exceções”, e afastá-la de sua filha de 3 (três) anos de idade. O crime anterior por ela praticado tinha sido “falsificação de documento público”.

Já na categoria “presença da mãe dispensável”, algumas inquietações surgiram durante a análise. Foram 9 (nove) julgados nesse sentido, todos munidos de elementos que demonstram as concepções e as opiniões pessoais dos magistrados. Nesses casos, o patriarcado assumiu a forma de decisão judicial e realizou o julgamento de quais mulheres seriam indispensáveis para o seio familiar e para o correto desenvolvimento das crianças durante a primeira infância.

Em grande parte desses casos, uma única frase serviu como justificativa para denegar a ordem: “a avó pode exercer os deveres de cuidado das crianças”. Aqui, há não só uma violação dos direitos fundamentais das mulheres e das crianças, mas também a imputação ilegítima dos deveres e responsabilidades para outras mulheres do ciclo afetivo. É o patriarcado que pretende ditar até a ordem familiar do dever de cuidado.

As categorias “tráfico de drogas na própria residência” e “usuária de drogas” por vezes se confundiam. Afinal, há uma correlação lógica entre as categorias, na medida em que as mulheres dependentes químicas costumam guardar em suas residências certas quantidades de substâncias para o uso pessoal. Esse fato não necessariamente caracteriza tráfico de drogas, porquanto não há a premeditação com fins para difusão ilícita dos entorpecentes, assim como exige o tipo penal para qualificar o crime de tráfico de drogas.

Mas aqui, assim como em todas as outras categorias, verifica-se que os Desembargadores utilizam suposições, combinadas com termos vagos e imprecisos em sua argumentação. O instrumento de *habeas corpus* é ditado pelo rito de julgamento baseado em uma cognição sumária, ou seja, sem audiência e sem produção de provas posteriores. Como o remédio visa corrigir constrições ilegais à liberdade, o Tribunal tem acesso apenas aos fundamentos defensivos, ao parecer do Ministério Público e às informações prestadas pelo Juízo singular natural. Isso faz com que argumentações baseadas em retóricas vazias, em termos vagos, em su-

posições e em pré-julgamentos sejam parte do cotidiano de quem lida com o processo penal.

As análises de mérito costumam destacar os estigmas das “mulheres bandidas”. No imaginário dos Juízes e Desembargadores elas desempenham papel de destaque no mundo do crime, compõem e articulam organizações criminosas de alta periculosidade e a simples presença física da figura materna no ambiente familiar representa, por si só, um risco à integridade e ao bem-estar dos filhos. Elas são as viciadas que manipulam, utilizam e comercializam os entorpecentes na frente das crianças; e que apelam para a rede de afeto – avós, tias, primas e parentes – para o cuidado das crianças.

As conclusões vexatórias trazem em suas linhas o ar de legalidade e a soberania da caneta dos Desembargadores. Embora as conclusões sejam adotadas em análises rasas dos fatos, haja vista a impossibilidade de se narrar o cotidiano da vida em uma peça jurídica, o patriarcado insiste em desafiar a lógica humanitária da vida e manter o enclausuramento preventivo com o objetivo de preservar as confusas categorias da “ordem pública” ou “econômica”.

O patriarcado é corporificado em ordem judicial. Uma ordem que inevitavelmente é emanada por homens, pois a composição atual das Turmas Criminais do TJDFR é 100% de Desembargadores homens¹³. Esses corpos masculinos utilizam de seus privilégios sociais, de raça e gênero para manter o ciclo de injustiças no itinerário do cárcere daquelas que experimentam os níveis de precariedade da vida.

Em todos os casos, as mulheres eram acusadas de comercializar pequenas quantidades de entorpecentes ou de praticar pequenos furtos ou roubos. Na distância da esteira da desigualdade social, para o poder judicial-patriarcal as atitudes representam riscos à sociedade; em contraposição, para as “mulheres criminosas” talvez seja a única forma de sobrevivência.

No caso dessas mulheres, a negação à proteção social e à dignidade humana ultrapassa as precariedades da vida e as falhas e omissões do Estado Social. Mas ainda mais grave: o próprio Estado penal utiliza-se das consequências de sua negligência, inércia e falha como fundamento jurídico

13 A composição das 3 (três) Turmas Criminais do TJDFR pode ser consultada aqui <<https://www.tjdfr.jus.br/institucional/composicao/2a-instancia/turmas-criminais>>.

para justificar o aprisionamento de corpos femininos, notadamente pretos, pobres, sem escolaridade e com filhos.

O direito penal vem sendo utilizado enquanto artifício destorcido para isolar os indesejáveis dos demais. A função da justiça deveria ser restaurar os direitos violados das mulheres-mães presas e garantir o aperfeiçoamento de seus direitos fundamentais básicos e de seus filhos. Na Capital do País, entretanto, mais da metade dos *habeas corpus* impetrados em favor de mulheres gestantes, lactantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos são denegados.

A retórica violadora dos direitos das mulheres atinge o ápice da não razoabilidade quando o patriarcado justifica a denegação da ordem com base na existência, em tese “de outras pessoas capazes de cuidar da criança” que não a mãe.

A mera existência de outras pessoas na rede de afeto não é justificativa para negar a presença física das mulheres no acompanhamento da infância de seus filhos. De forma ainda mais complexa, um juiz penal não deveria utilizar de sua função jurisdicional para indicar quem deve ou não efetivamente cuidar e participar do processo de criação da criança, sobretudo considerando os contextos de fragilidade da vida.

A provocação pertinente é sobre aquilo que advém do pensamento patriarcal e colonial que insiste em construir requisitos para o impedimento à concessão da prisão domiciliar às mulheres. São instrumentos de controle que transpassam o processo e controlam os corpos como forma de exercício de uma política penal ultrajante que abocanha seletivamente as que estão submersas em diversas camadas de desigualdade.

A importância – e a urgência – de revisitar a jurisprudência da Corte de Justiça da Capital do País é forma de provocar a criminologia a repensar aquilo que importa, de modo que nem mesmo as ordens da Suprema Corte são suficientes para garantir os direitos humanos básicos da população feminina em contexto prisional.

Em pelo menos metade dos casos falhamos enquanto sociedade para preservar e garantir os direitos básicos das mães e das crianças de compartilharem o afeto no seio do lar. Ousamos dizer que, enquanto uma pessoa for presa no Brasil, não teremos uma democracia plena.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mulheres presas no Brasil apresentam características comuns, como se o sistema penal fosse uma rede seletiva. Elas são pretas ou pardas, com pouca escolaridade, jovens, mães de ao menos um filho e presas provisórias acusadas de transgredirem a lei de drogas. Esse perfil de mulheres costuma compartilhar duas características no itinerário da vida: o cárcere e a maternidade.

O cárcere é até mesmo anterior à ida ao presídio de mulher adulta, onde 1 em cada 4 cumpriram medida socioeducativa de internação em unidade socioeducativa de internação (DINIZ, 2014). A maternidade também é parte da similitude da vida, seja enquanto filhas, mães ou avós na rede familiar de cuidado.

O Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2018, concedeu ordem em *habeas corpus* coletivo a pretexto de garantir a integridade do núcleo familiar às mulheres presas gestantes, lactantes ou com filhos de até 12 (doze) anos. A jurisprudência reafirma a legislação que está vigente (marco da primeira infância), de modo que a pretensão do presente artigo é avaliar o nível de garantia dos direitos das mulheres presas na Capital do País pelo Poder Judiciário local.

O TJDFT denega mais da metade dos *habeas corpus* impetrados em favor das mulheres-mães presas no Distrito Federal. Os cinco campos de argumentação ultrapassam a lógica do precedente do STF e criam barreiras inexistentes para seletivamente violar os direitos das mulheres-mães presas e de seus filhos.

A provocação que o presente artigo pretende instaurar é forma de dizer aos demais pesquisadores do campo que existem lacunas ainda não observadas pela ciência brasileira. É preciso agir concomitantemente na militância para garantir não só o direito das crianças de terem suas mães em seus lares, mas também para que seja reconhecidos os distanciamentos das peculiaridades da forma de se viver a restrição de liberdade em razão do gênero.

É preciso urgentemente que sejam delineados aspectos basilares para a construção de uma execução penal feminista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLARD, Sharon Angella. Rethinking battered woman syndrome: a Black feminist perspective. *UCLA Women's Law Journal*, 1, 191-207, 1991.

ALMEIDA, Marina; PEREIRA, Larissa. O julgamento do habeas corpus n. 143.641 a partir de uma perspectiva de Direitos Reprodutivos. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 20, n.1, p. 263-282, mar./jun., 2019.

BARCINSKI, Mariana. *Women in drug trafficking: the identity construction of Brazilian reformed criminals*. Saarbrücken: VDM, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Mulheres no tráfico de drogas: relatos da vitimização e do protagonismo feminino. Dossiê Mulheres e Violência, *Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 1, p. 59-70, jan/mar. 2016.

CAMPOS, Carmem. *Teoria crítica feminista e à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil*. 2013, pg. 288. Tese, Doutorado em Direito do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: MEDEIROS, Fernanda; SCHWARTZ, Germano. *O Direito da Sociedade*. Canoas/RS: Editora UnilaSalle, pg. 257-281, 2014.

CASTILHO, E. W. V. de. Execução de Pena Privativa de Liberdade para Mulheres: a Urgência de Regime Especial. *Revista Justitia*. São Paulo, v. 197, p. 37-45, jul/dez. 2007.

DA SILVA, M. B.; IGREJA, R. L. O lugar social da mulher na criminalidade: um olhar panorâmico sobre a América Latina. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*. Brasília, v. 3, n. 1, p. 79-97, jan/jun. 2017.

DE SOUZA, L. T.; DE NAZARÉ, Analise Trindade. Prisão Domiciliar para Mães e Gestantes Encarceradas na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará in *Mulheres e sistema penal na Amazônia*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2019.

DINIZ, D.; PAIVA, J. Mulheres e prisão no Distrito Federal: itinerário carcerário e precariedade da vida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 111, p. 313- 329, nov/dez. 2014.

DINIZ, D. *Cadeia: relatos sobre mulheres*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2014.

ESPINOZA, O. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. vol. 1. n. 1. p. 35-59, 2002.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. O controle social e as mulheres negras: possibilidades e releituras para a criminologia feminista. *Revista brasileira de ciências criminais*. N. 135, p. 487-518, 2017.

GERMANO, I. M. P.; MONTEIRO, R. A. F. G; LIBERATO, M. T. C. *Criminologia Crítica*,

Feminismo, Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino.

Psicologia: Ciência e Profissão. Brasília, v. 38, n. 2, p. 27-43. 2018.

KRUTTSCHNITT, Candace. *The paradox of women's imprisonment*. *Daedalus*. vol. 139. n. 3. p. 3242. 2010.

LEMOS, Carolina Barreto. *Puxando Pena: sentidos nativos da pena de prisão em cadeias do Distrito Federal*. 2017. (221 f.). Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira. Criminalidade feminina: um estudo sobre as particularidades do crime praticado por mulheres. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, n. 11, p. 117-143, jul./dez., 2008.

SILVA, Miquelly Barbosa; IGREJA, Rebecca Lemos. O Lugar Social da Mulher na Criminalidade: Um olhar panorâmico sobre a América

Latina. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 3, p. 79-97, 2017.

SOARES, Barbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOUZA, Luísa Luz. *As consequências do discurso punitivo contra as mulheres “mulas” do tráfico internacional de drogas: ideias para a reformulação da política de enfrentamento às drogas no Brasil*. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2013.

EMPRESA, COMÉRCIO E TEMPOS DE CRISE: A APLICAÇÃO DO CRAM DOWN NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPANY, COMMERCE AND CRISIS: THE APPLICATION OF CRAM DOWN IN BRAZILLIAN BANKRUPTCY LAW WITH PRECEDENTS FROM THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Hugo Nunes Nakashoji Nascimento¹

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo o estudo do mecanismo do Cram Down, importado do direito norte-americano, adotado no ordenamento jurídico brasileiro enquanto solução para os casos em que o plano de recuperação é rejeitado quando levado a voto pela assembleia geral de credores. Assim, o artigo examina as características e dissemelhanças entre o instituto original e aquele incorporado no direito brasileiro, dentre esses aspectos estão: o teste de viabilidade, quesito de importância fundamental em um processo de recuperação judicial. Sob essa perspectiva, percebe-se que o modelo introduzido no Brasil se particulariza por ter um arcabouço legislativo mais rígido e que confere menos poderes aos juízes para retificarem a decisão denegatória de recuperação proferida pelos credores. Diante dessas amarras, o Judiciário buscou, por meio da evolução jurisprudencial, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, construir um caminho alternativo que superasse os entraves da legislação no que toca à concessão da recuperação judicial mediante aplicação do Cram Down.

Palavras-chave: Recuperação Judicial; Cram Down; Crise empresarial.

1 Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Membro do Grupo de Estudos em Direito Tributário (G-Tax FD/UnB)

Abstract: The purpose of this paper is to study the mechanism of Cram Down, imported from US law and introduced in the Brazilian legal system as a solution to cases in which the recovery plan is rejected when taken to a vote by the general meeting of creditors. Therefore, the article analyses the characteristics and dissimilarities between the original institute and the one incorporated in Brazilian law. Among these aspects, the feasibility test is an issue of fundamental importance in a judicial reorganization process. From this perspective, it is clear that the model introduced in Brazil is characterized by having a more rigid legislative framework and that gives less power to the judges to rectify the recovery denial decision made by creditors. Faced with these constraints, the Judiciary sought, through jurisprudential evolution, especially in the Superior Court of Justice, to build an alternative path that would overcome the obstacles of the legislation regarding the concession of judicial recovery through the application of Cram Down.

Keywords: Cram Down; Bankruptcy; Economic crisis.

INTRODUÇÃO

Momentos de crises econômicas têm sido cada vez mais frequentes, especialmente no atual estágio do processo de globalização crescente em que vivemos. Não é forçoso lembrar da crise econômica de 2008 que assolou não apenas os Estados Unidos da América, o epicentro do colapso, mas também atingiu países em escala global.

Na seara empresarial, não é diferente. Isso porque, nas palavras de Gladston Mamede:

A atividade empresarial carrega, de forma indissociável, um fator de risco, estando exposta a situações que podem levar a uma crise econômico-financeira do empreendimento, sendo estas, muitas vezes, alheias à vontade do empresário, mas cuja consequência pode fulminar a continuidade do negócio. (MAMEDE, 2009, p. 54)

Certamente, a instabilidade do cenário econômico, quer seja em escala nacional, quer seja em escala internacional, para além dos fatores relativos à gestão institucional, corrobora para o colapso do empresariado. Diante destes e dos demais fatores, a atividade empresarial torna-se ainda mais desafiadora.

Atento a esses aspectos, o Direito Falimentar, no âmbito da recuperação judicial, tomou providências para resguardar as empresas que, por razões contábil-econômicas ou até mesmo institucionais, se encontram em conjuntura de instabilidade.

Sob essa perspectiva, chama a atenção o instituto importado da experiência jurídica norte americana e introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei nº 11.101/2005, também conhecida por Lei de Recuperações e Falências, no art. 58, §1º: o Cram Down, instituto este que pode ser aplicado pelo juízo falimentar para sobrepor a decisão assemblear que rejeitou o plano de recuperação da empresa, desde que preenchidos determinados requisitos legais, quando o plano de recuperação judicial é reprovado pela decisão assemblear.

Nesse sentido, o contexto da crise empresarial, seja sob uma visão do macrossistema, seja na percepção do microssistema, implicam em situações complexas que exigem melhor análise. Há de ser reconhecer que,

em certas ocasiões, a determinação da falência pelo juízo não é o fim adequado para o devedor, principalmente quando há indícios de viabilidade e exequibilidade do processo de soerguimento.

Ao se deparar com casos similares, salienta Gerson Luiz Carlos Branco que

O aplicador do direito falimentar deve buscar a efetivação de uma solução justa em que se coadunem aspectos legais e reais do sistema socioeconômico, ressaltando que “é preciso perceber que a técnica legislativa que tem sido adotada torna indispensável uma reflexão contínua sobre a interpretação e os poderes do juiz no Direito Empresarial. (BRANCO, 2013, p. 69)

Dessa forma, este trabalho tem por objetivo a análise, por meio de pesquisa bibliográfica; do exame da legislação aplicável à recuperação judicial; e de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativa ao tema, das vias eleitas pelo ordenamento jurídico pátrio no caso de reprovação do plano de recuperação.

Para além, se empenha sob explicações e análises do instituto no direito norte-americano e sua aplicação no direito brasileiro. No que se refere aos provimentos jurisdicionais, qual é a função desempenhada pelo Poder Judiciário no processo de recuperação judicial? Seria atividade meramente formal ou seria possível uma atuação diferente da homologatória? Qual é o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em relação ao instituto? Houve algum tipo de inovação na concepção do tribunal?

Ao fim e ao cabo, o presente artigo espera responder tais questões.

ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO DO CRAM DOWN

Com origem na tradição jurídica norte-americana, o Cram Down consiste em um instrumento jurídico que permite ao magistrado conceder a recuperação judicial ao devedor, ainda que o plano de recuperação por ele apresentado tenha sido reprovado quando levado a voto na assembleia geral de credores.

No sistema estadunidense, o procedimento, bem como os preceitos que regem o Cram Down são um tanto quanto diferentes quando comparados ao modelo brasileiro. Dentre as dissemelhanças, está no fato de que, naquele sistema jurídico, independentemente do resultado na votação dos credores, o plano passa pelo crivo do juiz, que o examinará.

Ademais, para a superação de veto dos credores, na sistemática norte-americana, o plano deve sustentar-se em características elementares, devendo ser apresentado mediante à proposta justa, equitativa, viável e que não imponha discriminação ente os credores.

Em melhores esclarecimentos, a imprescindibilidade da proposta justa e equitativa, ou “*best interest of credits test*”, decorre, conforme explica Juliano Capello de Souza,

[...] das relações verticais entre as classes de credores de forma a preservar o equilíbrio entre todos os envolvidos na reorganização, o plano deve, portanto, prever necessariamente uma condição mais vantajosa, ou no mínimo igual, àquela que teria o credor na hipótese de liquidação da empresa sob pena de um único credor arruinar um plano caso demonstre que sua condição na reorganização será pior que o caso de liquidação. (DE SOUZA, 2012, p. 12)

De mais a mais, o pressuposto da viabilidade, ou “*feasibility test*”, dialoga com a ideia do exame material do plano, melhor desenvolvida no tópico “Função desempenhada pelo Poder Judiciário na Recuperação Judicial”. Análise esta em que magistrado deve assegurar que o requerente não recairá em falência, se a ele for concedida a recuperação judicial, ou que não necessitará um novo processo reorganizacional, o que tornaria o processo da recuperação judicial ainda mais custoso ou até mesmo sem efeitos.

Sob a ótica do *feasibility test*, afirma a doutrina norte-americana (TABB, 2014) que, embora todos os demais requisitos do § 1.129 do Bankruptcy Code² tenham sido cumpridos, o magistrado detém o poder final, independentemente de veto assemblear ao plano de recuperação judicial. Isto é, a homologação jurisdicional não está condicionada à pre-

2 O Chapter 11 do Bankruptcy Code, é o capítulo da legislação estadunidense que dispõe acerca das diretrizes gerais do processo de reorganização empresarial.

sença dos pressupostos legais elencados nos dispositivos do Bankruptcy Code, sendo, portanto, uma faculdade do juízo. Por essas razões, o *feasibility test* configura-se como um dos mais importantes requisitos no sistema concursal norte estadunidense.

Por último, mas não menos importante, a proposta do plano não deve provocar a injusta discriminação entre os credores, ou, conforme abordado pelos juristas norte-americanos, “*does not discriminate unfairly*” (POLIVY, 1998). Cabe, aqui, a ressalva de que este pressuposto foi moldado pelo constructo jurisprudencial estadunidense, haja vista a ausência de previsão legal no Chapter 11 do Bankruptcy Code, legislação especial sobre o direito concursal nos Estados Unidos.

Sobre a vedação de discriminação injusta, Glauco Alves Martins, anota que

Normalmente, a proibição da discriminação injusta diz respeito a relações horizontais ou à apreciação horizontal do plano, ou seja, implica análise da situação de credores com a mesma preferência. Trata-se de uma exigência normalmente associada com o pagamento de credores ao mesmo tempo e na mesma proporção. (MARTINS, 2016, p. 165)

Entretanto, o impedimento aplica-se tão somente à classe em que houver a divergência, de modo que o juiz deve voltar sua análise para as condições que plano de reorganização destinou para a classe.

CONTEXTUALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO MODELO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, o mecanismo está previsto no art. 58 da Lei nº 11.101/2005, que possibilita a aprovação da proposta do plano mediante a quórum alternativo, e não de forma alternativa de aprovação.

Significativa a ressalva, pois, o próprio dispositivo legal elenca quatro elementos que fazem alusão a termos intrínsecos ao procedimento de votação para que o juízo falimentar aplique o Cram Down brasileiro, veja-se:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Desse modo, o plano ainda deve, necessariamente, passar pelo crivo da assembleia, de sorte que só então passará pela análise do magistrado, o qual não pode agir de forma arbitrária na tentativa aprová-lo, o que reforça a tese que o Cram Down se configura como mecanismo de flexibilização do quórum para aprovação da proposta, tornando-o mais brando, e não de método alternativo de aprovação do plano de recuperação.

Importante destacar que, para sobrepor o veto imposto pela assembleia de credores por meio de um quórum abrandado, é imprescindível que o plano apresente medidas consistentes e lastreadas no pressuposto da viabilidade.

As medidas consistentes e pressuposto de validade são requisitos indispensáveis, pois o sistema concursal, independentemente do sistema jurídico o qual esteja inserido, é formado a partir da conjunção dos interesses entre credores e devedores. Isto é, se por um lado, os credores almejam a satisfação de seus créditos, por outro, os devedores buscam superar o momento crise e, assim, dar continuidade à vida empresarial.

Nesse sentido, enfatiza-se que a proposta não deve ter como parâmetro apenas os fatores contábil-econômicos, mas também deve-se levar em consideração sua exequibilidade. É dizer, irrelevante seria, por exemplo, um plano que previsse deságio de trinta por cento dos créditos quirografários, mas que estipulasse um prazo de quinze anos para a quitação do débito. Ora, para dar efeitos concretos ao processo de soerguimento, há de ser conciliar os interesses contrapostos das partes discutidos no bojo demanda recuperacional.

Entretanto, a experiência jurídica brasileira tem se mostrado limitada quanto a análise material da viabilidade, na contramão ao modelo estadunidense. Sob essa perspectiva, destaca Glauco Alves Martins que

Chama a atenção ainda o fato de o modelo brasileiro, não levar em conta a efetiva possibilidade de recuperação da empresa para que ocorra a confirmação do plano de recuperação por meio do *cram down*. (MARTINS, 2016, p. 158)

Assim, ao limitar a apreciação material da viabilidade financeiro-econômica do plano de recuperação, o sistema pátrio apresenta seu afastamento da sistemática concursal norte-americana. Isso pois, nem toda empresa faz jus à utilização do instituto para superar a crise que enfrenta, de sorte que, por vezes, a convolação do pedido de recuperação judicial em falência é inevitável.

A doutrina remete ao termo “fazer jus ao instituto” instituto pelo fato de que a reorganização empresarial é um processo custoso e que se prolonga no tempo. Nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho

Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da

recuperação das empresas. Veja que não estou considerando, aqui, os custos do processo de recuperação judicial, como os honorários do administrador judicial, dos profissionais contratados para assessorá-los, peritos custas e outras despesas. Quanto a esses, não há dúvidas de que cabe à própria sociedade devedora em recuperação o seu pagamento. Falo dos custos da recuperação da empresa que são socializados por um encadeamento complexo de relações econômicas e sociais. (COELHO, 2018, p. 356-357)

Portanto, o juiz, para conceder a recuperação judicial mediante o Cram Down, deve proferir decisão fundada no exame da viabilidade da empresa e do plano, até mesmo para prestigiar as sociedades empresárias que de fato apresentam eminentes chance de superação do momento de crise.

FUNÇÃO DESEMPENHADA PELO JUDICIÁRIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Dentre as alterações trazidas pela Lei nº 11.101/2005, é significativo destacar a questão do deslocamento do centro da tomada de decisão acerca da aprovação do plano de recuperação judicial. Anteriormente, quando ainda vigia o Decreto-Lei nº 7.661/45, incumbia ao juiz proferir o veredito, no entanto, este paradigma foi alterado com entrada em vigor da Lei Falimentar, e, na sistemática atual, o poder da decisão é conferido aos credores.

A partir da transferência do poder de decisão, surge a tese de que o juiz seria agente meramente homologador da vontade dos credores, não sendo possível melhor apreciação da materialidade do plano. Sob essa ótica, o prevalectimento dessa interpretação reforçaria o argumento de que a atuação do Poder Judiciário estaria vinculada tão somente à letra da lei.

No entanto, neste trabalho defende-se a ideia de que o referido raciocínio não deve prosperar, porquanto a sistemática da recuperação judicial deve sobrelevar a exegese da legislação, isto é, de um direito fundado na literalidade da lei; e observar o real objetivo do sistema falimentar: a superação do momento de crise empresarial, isso em consonância com os aspectos legais e o suporte fático da recuperação judicial.

Assim, acertada é a exposição de Eduardo Secchi Munhoz ao afirmar que

É hora de superar o dualismo soberania do juiz vs. soberania dos credores, que se tornou anacrônico no direito falimentar contemporâneo, em vista do consenso em torno da ideia de que o sistema deve procurar conciliar o papel do juiz, do devedor e dos credores na produção de soluções que atendam a função pública do direito do direito da empresa em crise. (MUNHOZ, 2007, p. 199)

Importante destacar que a linha mestra aqui sustentada se consolida no sentido de que a atividade judicante, no bojo do processo de recuperação judicial, deve se ater aos objetivos da Lei nº 11.101/2005, especialmente os dispostos no art. 47, sem, contudo, lançar mão dos demais parâmetros legais. Em sentido similar, dispõe Arthur Miranda Cavalcanti que

[...] a recuperação judicial encontra o objetivo quando consegue atender aos interesses do devedor em se manter no mercado, dos empregados em recuperarem ou garantirem seus empregos e dos credores em terem seus créditos satisfeitos em proporção melhor do que alcançariam na falência. (CAVALCANTI, 2018, p. 191)

É dizer, o juízo, enquanto agente jurídico-hermenêutico da norma recuperacional, deve interpretá-la de forma teleológica, para que, dessa forma, alcance o fim a que a norma se dirige.

Desse modo, a atuação do magistrado falimentar jamais deve ser pautada no exercício da arbitrariedade, entretanto, deve dispor de certa margem de discricionariedade para atingir o objetivo da recuperação judicial. Dito isso, é oportuno destacar que são institutos que não se confundem, isso por que, por um lado, ao agir de modo arbitrário, o Estado-juiz profere sua decisão a seu modo, por outro, quando dispõe de aspectos discricionários, o juiz não se exime do dever de observar o ordenamento jurídico, de modo que busca conciliar as diretrizes e princípios da norma com as particularidades do caso concreto.

No que se refere ao objetivo do processo de recuperação judicial, é preciso que o magistrado, para alcançá-lo, exerça sua atividade e

profira seus atos decisórios com fundamento em dois tipos de exames, a serem executados de forma cumulativa, sendo eles: controle formal e controle material.

Assim, a execução do controle formal deve seguir o exame de legalidade, isso com o objetivo de evitar disparidades entre credores que resultem em eventuais abusos do direito de voto quando o plano for levado à apreciação na assembleia geral de credores. Para além, considera-se, de igual modo em relação ao controle formal, a atividade homologatória que ratifica o veredito dos credores.

Por outro lado, no que se refere ao controle material, por também fazer parte do objeto de estudo deste trabalho, torna-se importante ter melhores explicações. Conforme salientado, a participação do Judiciário necessita ultrapassar as balizas estritamente literais da Lei de Recuperações e Falências e, assim, realizar o exame material não apenas do plano³, mas também das objeções dos credores ao documento, assim como do resultado imposto pela assembleia.

Sendo assim, é preciso conferir, ao juízo, maior grau discricionariedade para concessão da recuperação, isso porque o que se discute não se restringe a mero conflito de interesses entre credor e devedor. Desse modo, como bem destaca Eduardo Secchi Munhoz:

[...] é preciso avaliar os instrumentos adequados de que o magistrado deveria poder servir-se para interferir na vontade do devedor e dos credores, no processo de negociação fortemente regulada pela lei falimentar. (MUNHOZ, 2007, p. 192)

Portanto, as decisões judiciais não devem, aprioristicamente, ser vinculadas à decisão assemblear denegatória da recuperação, de modo que o juízo falimentar também deve analisar a viabilidade e exequibilidade do plano.

Ressalta-se a essencialidade, no momento do proferimento da decisão, da busca pelo equilíbrio de interesses entre credores e devedor. Isso pois, o juiz deve primar não somente pelo resultado útil do processo, mas também empenhar-se para alcançar o objetivo primeiro da recuperação judicial.

3 O controle da materialidade deve ser se debruçar sobre os aspectos da viabilidade e exequibilidade do Plano

Entendendo, portanto, que o devedor, na hipótese de concessão da recuperação judicial, possui chances notórias de soerguimento; e que, por outro lado, há garantia de recebimento de crédito, o juiz pode aplicar o Cram Down e, com isso, sobrepor o veto assemblear.

É importante salientar, ademais, que a tese esposada neste capítulo, é no sentido de que a concessão da recuperação judicial por meio do instituto do Cram Down é uma prerrogativa do magistrado⁴. Prerrogativa, pois, conforme mencionado, nem toda empresa deve ser seu processo de soerguimento ratificada pelo juízo falimentar, sendo casuística sua aplicação, sob uma análise minuciosa do Judiciário.

A EVOLUÇÃO DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À APLICAÇÃO DO CRAM DOWN

Desde sua introdução no ordenamento jurídico, os juízes e tribunais restringiram a aplicação do instituto, proferindo suas decisões com a objetivo de resguardar os elementos fundamentais e as diretrizes elementares do processo recuperacional, dispostos no art. 58, §2º da Lei de Falências, especialmente no que se refere à discriminação entre credores; e proteção do plano de recuperação em face ao abuso de direito de voto.⁵

Em verdade, a conduta jurisdicional de proteção contra o abuso de direito de voto é substancial para no sistema concursal. Esta importância decorre de do fato de que, por vezes, as posições individualistas dos credores dificultam, ou até mesmo inviabilizam, o curso da reorganização empresarial.

Este entendimento prevaleceu nas cortes de justiças estaduais e até mesmo no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, no entan-

4 Trata-se de entendimento não unânime no âmbito acadêmico, de sorte que há publicações no sentido de ser dever do juiz aplicar o Cram Down quando preenchidos os requisitos legais. A propósito, MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. SOUSA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 289-291.

5 AgInt no Resp 1674289/SP. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Quarta Turma. DJ-e 12/11/2019

to, adotara a posição mais rígida sobre a matéria, de modo que a aplicação do Cram Down se restringia aos casos em que reuniam cumulativamente os quatro requisitos autorizativos previstos na legislação⁶.

Entretanto, a partir de 2014, a jurisprudência da Corte Superior deu os primeiros passos para seguir uma nova orientação, diferente daquela que se limitava ao controle de legalidade. Sob esta nova orientação, foi analisada a possibilidade da concessão da recuperação judicial, quando não alcançado o quórum qualificado previsto na Lei nº 11.101/2005. Na ocasião, a Terceira Turma⁷ fixou, por unanimidade, o seguinte entendimento

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO DEVOLVIDA NO AGRAVO QUE SE LIMITA À COMPETÊNCIA E HIGIDEZ DA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

1. A questão relativa à competência para o processo e julgamento da recuperação judicial (art. 3º da Lei 11.101/05), não dispensaria a análise de contratos sociais e das circunstâncias fático probatórias ligada à configuração de determinado estabelecimento como principal para fins de fixação da competência. Atração do enunciado 7/STJ.

2. A existência de alegada fraude na assunção de créditos relativos a sociedades credoras das quais participariam sócios da sociedade em recuperação deverá, consoante reconheceu o acórdão recorrido, ser analisada quando do julgamento das impugnações. Incidência do art. 39 da LRE. A declaração de inexistência do crédito não altera as decisões assembleares.

3. Possibilidade de aprovação do plano de recuperação mesmo quando, por pouco, não se alcance o quórum qualificado exigido na lei. Princípio da preservação da empresa.

4. Necessidade de prévio reconhecimento na origem da alegada fraude para, então, partir-se para a análise dos requisitos para aplicação do “cram down”.

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

6 REsp 1.388.051/GO. Terceira Turma, Relatora: Ministra Min. Nancy Andrighi. DJ-e 23/09/2013
7 AgRg no REsp 1.310.075/AL. Relator: Ministro. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. 3ª Turma. DJ-e 09/10/2014

Em que pese a o órgão colegiado do Tribunal Superior tenha inaugurado esta nova orientação, tratava-se de entendimento particular da Terceira Turma que, até então, não havia sido adotado pela Quarta Turma, órgão julgador que também integra a Segunda Seção da Corte Superior.

Ocorre que, em 2018, o Quarto órgão colegiado do STJ, teve a oportunidade de julgar caso semelhante, que a questão principal tocava ao aspecto da sobreposição do veto assemblear ao plano por meio de decisão judicial

A questão examinada se referia ao caso em que o juízo falimentar, com fundamento nos laudos do administrador judicial e do parecer do Ministério Público pela concretude das chances de soerguimento da empresa, mitigou o requisito do art. 58, §1º, III da Lei de Falências e aprovou o plano de reorganização, fazendo análise qualitativa da totalidade dos créditos.

Análise qualitativa esta, que se desdobra sobre o nível de concentração dos créditos em cada credor. Isto é, seria viável a decretação da falência de uma empresa na hipótese de que uma pequena parcela de credores, detentores de percentual ínfimo dos créditos em concurso, rejeitasse o plano que apresentasse sólidas evidências de soerguimento empresarial?

Em outras palavras, se assim não procedesse, seria decretada a falência de uma empresa em virtude do posicionamento individualista de uma mínima parcela de credores.

Ademais, observando a decisão sob o prisma do que foi anteriormente salientado, é possível inferir que o Judiciário deu início ao processo de modificação do entendimento, até então imperioso, e, assim, paulatinamente foi conferindo maior relevância ao exame material do plano, não se limitando tão somente às regras legais.

A controvérsia chegou à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.337.989/SP⁸. No julgamento, a Quarta Turma proferiu o seguinte entendimento:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM

8 REsp 1.337.989/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. DJ-e 04/06/2019. RT vol. 995. p. 720

DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o “abuso da minoria” ou de “posições individualistas” sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear.

2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58.

3. O microsistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF.

4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois “presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfaz a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes” (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige “mais” de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento.

5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela

sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.

6. Recurso especial não provido.

Veja-se, no primeiro tópico, que o STJ não abandonou a concepção quanto à vedação ao abuso do direito de voto (abuso de minoria) ou posições individualistas no processo de recuperação, isso para não permitir que conflitos unilaterais entre credores sobressaíssem não apenas ao objeto do processo de recuperação, mas também ao objetivo maior da reorganização empresarial.

Note-se, também, que o entendimento assentado no acórdão se alinha ao sistema concursal norte-americano no que se refere ao *does not discriminate unfairly*, ou seja, o impedimento quanto ao tratamento diferenciado entre os credores. Cabe ressaltar, nesse ponto, que a o STJ já tinha entendimento consolidado nesse sentido⁹, inclusive por se tratar de comando previsto no art. 58, §2º da Lei de Recuperações e Falências.

A nova orientação jurisprudencial quanto Cram Down, na perspectiva do julgado da Quarta Turma, ultrapassa aquela aplicada pela Terceira Turma, isso em razão de que, no REsp 1.337.989/SP, foram estabelecidos os parâmetros que foram mitigados, no caso inciso III do art. 58, §1º¹⁰.

Contudo, uma importante questão se forma em relação à mitigação dos incisos do art. 58, §1º: A flexibilização do quórum já abrandado, quando comparado ao qualificado, possibilitaria que qualquer devedor lograsse êxito na concessão da recuperação judicial por meio do Cram Down?

Ao que parece, o posicionamento do STJ, ainda que assuma disposição que se distancie do conservadorismo exegético, não tem por objetivo tornar sem efeito o instituto da recuperação judicial. Isso porque, no caso em exame, o requisito do voto favorável de mais de um terço da classe que rejeitou a proposta do plano foi mitigado mediante evidente abuso do direito de voto por parte dos credores.

Assim, a consideração a ser feita é que há possibilidade de desconside-
ração de um dos requisitos do art. 58, §1º para que a recuperação judicial

9 REsp 1634844/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. DJ-e 15/03/2019, REsp 1700487/MT, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Terceira Turma. DJ-e 26/04/2019.

10 “Na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei”

seja concedida por meio do Cram Down. Infere-se, ademais, que a decisão autorizativa do Cram Down, para além da mitigação da exigência legal, deve ter, enquanto fundamento, a aplicação do princípio da preservação da empresa.

CONCLUSÃO

O instituto do Cram Down, ao ser introduzido no sistema jurídico brasileiro, teve enquanto parâmetro o modelo original aplicado na experiência jurídica estadunidense. Contudo, assim como a forma como é aplicado na jurisdição nacional o afasta do mecanismo norte americano, principalmente sob aspectos atinentes às características da legislação pátria.

Na sistemática empregada no direito concursal brasileiro, a legislação falimentar, além de conferir maior grau de rigidez aos dispositivos estabelecidos para sobrepor o veto da assembleia; concede menos poderes aos magistrados no ato de retificação da decisão dos credores que rejeitou do plano de recuperação. Por conseguinte, o ordenamento jurídico, em última análise, acaba por engessar a aplicação do mecanismo.

Não obstante, a forma como está previsto na legislação falimentar em vigência, faz com que o Cram Down brasileiro receba diversas críticas no âmbito doutrinário, principalmente no que se refere à ideia de que o instituto representa método alternativo de aprovação do plano, o que, em verdade, não o é.

Para além, no bojo do processo de recuperação judicial, é imprescindível que o juiz esteja atento às situações reais de cada caso que seja remetido à sua jurisdição. Por isso, merece destaque o aspecto dos limites da atuação do Judiciário, de modo que se torna fundamental que estas balizas atenuadas

Contudo, a amenização dos ditames legais deve ser alinhada no sentido de conferir maior grau de discricionariedade à atividade jurisdicional, de sorte que observe os princípios balizadores da recuperação judicial, assim como o exame da viabilidade e exequibilidade do plano de reorganização empresarial.

Assim, o que se defende neste trabalho não é, nem de longe, a aplicação irrestrita do instituto, mas sua adoção a partir uma avaliação do

cenário econômico, contábil e financeiro que a empresa se encontra, isso de acordo com a observância das diretrizes principiológicas da Lei de Recuperação e Falências.

Isto é, na hipótese de a empresa apresentar chances concretas de soerguimento, de indicar solidez na continuidade de sua atividade, sem que necessite de outro processo falimentar, não subsiste razão em não aplicar o Cram Down.

Portanto, é preciso analisar o binômio de interesses no processo recuperacional de forma casuística, sob a perspectiva do macrosistema. Afinal, o que está a se decidir não é mera relação entre credor e devedor, que envolve expectativa de satisfação da obrigação, mas, sim a possibilidade ou não de soerguimento das empresas, personalidade jurídica que desenvolve relevante papel no contexto econômico, como também exerce sua função social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O poder dos credores e o poder do juiz na falência e recuperação judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 936, out. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. *Regula recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresaria*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm>. Acesso em 01 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.310.075/AL. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. DJ-e 09/10/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.674.289/SP. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Quarta Turma. DJ-e 12/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.337.989/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. DJ-e 04/06/2019. RT vol. 995. p. 720

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.388.051/GO. Relatora: Ministra Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJ-e 23/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.634.844/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. DJ-e 15/03/2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.700.487/MT, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Terceira Turma. DJ-e 26/04/2019

CAVALCANTI, Arthur Miranda. Atuação do Poder Judiciário e a efetividade da superação da crise da empresa. In: *Revista de Direito Privado*. vol. 93/2018. set. 2018. p.191

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito empresarial, volume 3: direito da empresa: contratos, falência e recuperação de empresas* – 18. ed. rev. atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DE SOUZA, Juliano Capello; “Cram Down”: Uma comparação entre o US Code e a Lei 11.101/05. *Revista Fonte Universitária*, Juatauba – MG, v.3, n. 4, jan./jul. 2012.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. II

MARTINS, Glauco Alves. O Cram down brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Empresarial*. Vol. 20/2016.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*: RDB, v.10, n. 36, abr. - jun. 2007

POLIVY, D. R.. *Unfair Discrimination in Chapter 11*: a comprehensive compilation of current case law. *American Bankruptcy Law Journal* 72. 1988

TABB, Charles J. *The Law of Bankruptcy*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2014.

FORMA JURÍDICA E DEPENDÊNCIA: APONTAMENTOS PARA UMA CRÍTICA MARXISTA AO DIREITO NA PERIFERIA DO CAPITALISMO

LEGAL FORM AND DEPENDENCE: APPOINTMENTS FOR A MARXIST
CRITICISM TO THE LAW IN THE PERIPHERY OF CAPITALISM

João Victor Venâncio Vasconcelos do Nascimento¹

Resumo: O surgimento da teoria geral do direito não pode ser efetivamente compreendido fora do movimento real ao qual foi coetâneo, isto é, a emergência do sistema capitalista. Assim, o processo histórico de elaboração da forma jurídica como um complexo de abstrações que materializam o ocultamento da especificidade burguesa que preenche as determinações jurídicas de sentido material será analisado com vistas à identificação das particularidades que a forma jurídica apresenta no contexto do capitalismo dependente latino-americano. O caráter abstrato das categorias basilares do direito concede-as uma aplicabilidade universal, articulada à reprodução ampliada do capital, na medida em que tais categorias, em verdade, expressam elementos objetivos da sociabilidade capitalista. Nesse sentido, busca-se verificar o que há de universal bem como o que há de particular na expressão da forma jurídica na realidade dependente latino-americana a partir do processo histórico de inserção do Brasil, enquanto país periférico formalmente independente, na totalidade capitalista. Nessa perspectiva, identifica-se que às determinantes específicas do capitalismo dependente corresponde uma forma jurídica que também apresenta suas particularidades.

Palavras-chave: Direito; Capitalismo; Dependência; Marxismo; Anticolonialismo.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: jvictorvenancio@gmail.com

Abstract: The emergence of the general theory of law cannot be effectively understood outside the real movement to which it was contemporaneous, that is, the emergence of the capitalist system. Thus, the historical process of elaboration of the legal form as a complex of abstractions that materialize the concealment of bourgeois specificity that fills the legal determinations of material meaning will be analyzed to identify the particularities that the legal form express on the context of Latin American dependent capitalism. The abstract character of the basic categories of law gives them universal applicability, associated with the expanded reproduction of capital, whereas these categories, in fact, express objective elements of capitalist sociability. In this sense, we seek to verify what is universal as well as what is particular in the expression of legal form in Latin American dependent reality from the historical process of insertion of Brazil, as a formally independent peripheral country, in the capitalist totality. In this view, it is identified that the specific determinants of dependent capitalism correspond to a legal form that also presents its particularities.

Keywords: Law; Capitalism; Dependence; Marxism; Anticolonialism.

INTRODUÇÃO

As revoluções burguesas europeias puseram em centralidade a preocupação com a construção de uma ciência do direito. A partir da segunda metade do século XIX, a assim chamada teoria geral do direito chegou ao ápice do seu desenvolvimento até então, incumbindo-se de sistematizar as premissas e categorias fundamentais do direito, tais como sujeito de direito e norma jurídica.

Para além de uma mera abstração teórica, esse movimento surge como consequência direta de um novo momento histórico atravessado pela ruptura da burguesia com a estrutura absolutista que vigorava nos Estados europeus. A base material desse cenário consiste, portanto, no desenvolvimento histórico do sistema capitalista.

O caminho à expansão e reprodução ampliada do capitalismo foi recheado pela existência do direito enquanto ciência autônoma, alicerçada em uma forma jurídica que, discretamente, faz-se adequada aos limites delimitados pela sociabilidade e reprodução da vida capitalista.

Debruçando-se sobre esse processo, Evguiéni Pachukanis (2017) enuncia que a forma jurídica, mediante suas abstrações e categorias fundamentais, em verdade, expressa relações sociais específicas e extremamente complexas que possuem uma nítida especificidade burguesa.

Um dos objetivos do presente trabalho é, pois, demarcar o processo histórico de criação da teoria geral do direito enquanto esforço de legitimação de relações sociais tipicamente capitalistas. Identifica-se, assim, no caráter abstrato da forma jurídica, um mecanismo essencial à sua aplicabilidade universal, capaz de fazer com que o direito cumpra um papel essencial de mistificação do domínio capitalista, tanto no centro quanto na periferia², ainda que aqui, na periferia, o direito se encontre sob uma estrutura peculiar e dependente.

Para isso, adota-se a leitura de Pachukanis (2017) como fundamento metodológico da compreensão do desenvolvimento histórico do direito no sistema capitalista e da especificidade burguesa da sua forma jurídica – que passa a ser, por excelência, uma forma histórica –, contrapondo a obra desse autor ao principal expoente do Normativismo – no sentido de

2 Referência utilizada de forma geral, no presente trabalho, aos países não-europeus que passaram por processos históricos de dominação colonial, seguidos de uma inserção dependente na lógica global do sistema capitalista.

ter levado ao limite as premissas metodológicas de redução do direito ao fenômeno impessoal da norma –, Hans Kelsen (1998).

A compreensão da forma *sui generis* de desenvolvimento do capitalismo na periferia, com enfoque na experiência brasileira, será permeada pelas contribuições do teórico marxista Ruy Mauro Marini (2008), a partir das categorias centrais da superexploração do trabalho e da troca desigual. Ainda, tais especificidades do desenvolvimento capitalista periférico comportam também particularidades mediante as quais a forma jurídica se apresenta, ou seja, configura-se uma forma jurídica dependente (PAZELLO, 2013).

Partindo desses marcos teóricos, buscou-se “escovar à contrapelo”³ o processo de formação bacharel nas primeiras faculdades de direito do país, bem como a gênese de um ordenamento normativo especificamente brasileiro, contemporâneo à independência política do Brasil no século XIX.

Em suma, esse esforço investigativo busca identificar as conformações particulares da forma jurídica nos países da periferia do capitalismo, tomando como objeto principal a inserção do Brasil, enquanto nação formalmente independente, à ordem capitalista, em uma situação de flagrante dependência.

A NATUREZA DA UNIVERSALIDADE DA FORMA JURÍDICA

Muito embora a ordem – enquanto imperativo de poder ou mesmo enquanto produto social de um senso comum de justiça – possa ser observada nas mais diversas sociedades, não houve momento anterior ao germinar da sociabilidade capitalista em que tenha sido concebida uma definição específica do direito como sistema universal e independente de regulamentação das relações sociais, estruturado a partir de premissas lógicas e categorias essenciais.

Esse deslocamento de amplitude, sutil e aparentemente inocente, em verdade expõe que o novo fenômeno jurídico serve também a novas

3 Categoria cunhada pelo filósofo Walter Benjamin (1987) para ilustrar sua concepção dialética da cultura a partir do método do materialismo histórico. Entendendo que a história do mundo é a história da luta de classes, escová-la à contrapelo é extrair da história oficial e, portanto, dos vencedores, novas possibilidades de concebê-la a partir do ponto de vista dos vencidos.

demandas. Para Pachukanis (2017, p. 75), “só a sociedade burguesa capitalista cria todas as condições necessárias para que o momento jurídico alcance plena determinação nas relações sociais.”

O caminho para testar essa assertiva e, por conseguinte, compreender o fenômeno jurídico a partir desse marco enquanto um fenômeno social, perpassa uma análise histórica do seu processo de construção, necessariamente entrelaçada ao estudo do desenvolvimento objetivo do modo de produção capitalista.

A base inicial para isso recai, inevitavelmente, na experiência europeia, de onde se iniciou – não por acaso – a formação sistemática do fenômeno jurídico. Mais especificamente, deve-se analisar o período histórico que envolve as passagens do sistema feudal para o antigo regime absolutista, seguido das revoluções iluministas.

O primeiro momento tomado para análise, marca a centralização do poder sobre os territórios feudais, outrora fragmentados na conformação política entre senhores de terra e monarcas de pouca representatividade. Longe de um processo isolado, a emergência de uma nova estrutura política obedece ao momento histórico corrente, qual seja, o nascimento da modernidade, na qual a Europa constitui-se como centro do mundo (DUSSEL, 1993).

Dado o desenvolvimento das técnicas de navegação, dentre outros diversos fatores relacionados às especificidades históricas de algumas cidades medievais e estados em formação, a possibilidade de alcançar novas terras muito além do continente europeu foi um elemento propulsor do surgimento do capitalismo mercantilista.

Ora, a expansão das rotas trouxe consigo a garantia de intensas trocas comerciais, as quais implicaram no fortalecimento de uma nova classe de comerciantes com progressiva influência econômica, bem como na reprodução dessas trocas no continente europeu. Tal cenário culminou na formação de um embrionário mercado interno, o qual não era em nada favorecido pela fragmentação dos territórios em unidades feudais.

Desse modo, a centralização do poder surge como uma saída mediada entre os interesses da realeza e de uma burguesia ainda incipiente. Isso porque tanto restavam assegurados os privilégios e o domínio político dos monarcas, quanto a centralidade institucional do Estado moderno permitia que, através deste ente e dos instrumentos contratuais

por ele reconhecidos, as relações mercantis estivessem protegidas, principalmente aquelas operadas dentro dos limites territoriais do Estado, mantendo pulsante a circulação de mercadorias.

Ainda assim, o imperativo da ordem seguia vinculado ao poder régio, justificado e encoberto no véu da divindade, o que demonstra contradições. Isto é, a despeito de superar certas limitações que o sistema feudal impunha à circulação mercantil, as monarquias absolutistas figuravam como óbice crucial ao pleno e livre desenvolvimento das relações burguesas.

Tais contradições, ilustradas em uma disputa não só do poder abstrato do Estado, mas do próprio sentido objetivo das relações sociais, estavam obviamente expressas no pensamento filosófico moderno, o qual, grosso modo, pode ser expresso em três grandes movimentos: Renascimento, Absolutismo e Iluminismo.

O Renascimento que, resgatando a tradição filosófica greco-romana, propunha um “deslocamento do eixo dos fundamentos teóricos, de Deus para o Homem” (MASCARO, 2016, p. 120) e, com isso, fixava uma ruptura fundamental com a estrutura feudal. O Absolutismo que surgiu como reação, manifestando-se como defesa teórica da legitimidade divina do poder régio. E, por último, o Iluminismo que encampou a proposta revolucionária da burguesia e, justamente por isso, a escola do direito natural, a ele associada, expõe da forma mais cristalina a natureza da filosofia burguesa do direito. Bem por isso, Pachukanis afirma que:

(...) a doutrina do direito natural, consciente ou inconscientemente, está na base das teorias burguesas do direito. A escola do direito natural é não apenas a mais viva expressão da ideologia burguesa, em uma época em que a burguesia surgia como classe revolucionária, formulando de maneira mais aberta e clara suas demandas, mas também é a escola que oferece a mais profunda e nítida compreensão da forma jurídica. (PACHUKANIS, 2017, p. 83).

Aqui se chega ao segundo momento histórico tomado como objeto: a irrupção de revoluções liberais, alicerçadas nos ideais iluministas. Trabalhava-se de um momento chave para a ruptura definitiva com as bases absolutistas, abrindo caminho para a defesa das liberdades individuais, as quais são, por excelência, premissas do sistema capitalista.

É nesse momento que a base filosófica da luta contra o absolutismo é sintetizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, responsável por definir os direitos individuais e coletivos fundamentais e de aplicabilidade supostamente universal. Como diz o professor Alysson Mascaro,

Quando o Estado passasse a respeitar direitos iguais a todos, ele não mais privilegiaria os nobres e, a partir daí, tratando igualmente a todos, estaria na prática privilegiando a burguesia, porque todos estariam igualmente obrigados a respeitar os contratos e um horizonte econômico, cultural e político de uma classe agora dominante. (MASCARO, 2013, p. 22).

A filosofia iluminista põe em centralidade o indivíduo e suas liberdades, o que se expressa no tratamento dado pelo direito natural à subjetividade jurídica. Tratando, pois, da categoria de sujeito de direito – unidade fundamental da forma jurídica enquanto legítima portadora de direitos e deveres –, o jurista brasileiro Tércio Sampaio deixa nítida qual a sua base concreta ao afirmar que:

(...) trata-se de afirmar o sujeito como o titular da propriedade privada enquanto instituição que cabe ao direito objetivo proteger e garantir. A noção de propriedade privada é identificada com a de riqueza e a possibilidade de produzir bens. Ora, como o homem tem em seu próprio corpo a primeira das propriedades, pois seu corpo é fonte de trabalho, o indivíduo humano é por excelência o sujeito jurídico (...). (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 125).

O referido trecho serve ainda como ilustrativo da tendência liberal, absorvida pelo autor, de tratar um conceito – trabalho – que é fundamentalmente histórico, a partir de uma acepção abstrata com tendências universalizantes. Assim, a luminescência do trabalho abstrato capitalista, ofusca a possibilidade de se enxergar outras formas históricas de trabalho humano.

Ora, como bem definiu Marx, o trabalho, enquanto relação do homem com a natureza, capaz de gerar objetos que contenham um dado valor de uso, é encontrado em todos os estágios do desenvolvimento humano. Entretanto, não há como negar a especificidade que o trabalho

assume dentro do sistema capitalista, restando ser essencialmente vinculado à forma-valor e, portanto, à propriedade privada. (MARX, 2008)

Pensando nesse exemplo, Pachukanis assevera que:

A esse desenvolvimento do conceito corresponde o desenvolvimento real das relações econômicas, que coloca em segundo plano distintos tipos de desenvolvimento do trabalho humano e reclama para eles o lugar de trabalho em geral. (PACHUKANIS, 2017, p. 83).

Sendo assim, não é correto, a partir de uma leitura rigorosamente dotada de historicidade, reivindicar o indivíduo humano como sujeito de direito por excelência, tendo em vista que essa categoria só se reveste de sentido dentro do sistema capitalista. Nesse sistema, as relações sociais são necessariamente atomizadas e orientadas pela troca de equivalentes, de modo que cada indivíduo possa ser uma unidade a serviço do processo de produção e circulação de mercadorias.

Tratando disso, Pachukanis enuncia ainda que “o homem se transforma em sujeito de direito por força daquela mesma necessidade em virtude da qual o produto natural se transforma em mercadoria dotada da enigmática qualidade do valor.” (PACHUKANIS, 2017, p. 83).

A tomada definitiva do poder pela burguesia faz com que a questão se desloque da fundamentação do direito para a fundamentação da ordem, ou seja, da garantia do cumprimento dos preceitos gerais da sociabilidade burguesa. Isso faz com que os Estados europeus progressivamente passem a ter nas suas leis o elemento central do direito. É, portanto, no início do século XIX que começam a surgir as primeiras grandes legislações, tais como o Código Civil Francês de 1804.

A era inaugurada pelo positivismo jurídico, fundamentalmente centrada nas experiências de codificação, marca, portanto, “a primeira verdade jurídica contemporânea, mas a mais limitada e mascarada dessas verdades.” (MASCARO, 2016, p. 30).

Tanto a escola positivista quanto a normativista ocuparam-se de radicalizar a produção do direito enquanto ciência normativa. Para isso, utilizaram-se ao limite das categorias essenciais da forma jurídica, para que, dado os seus cunhos abstratos, essas pudessem ser aplicadas a qual-

quer ramo da prática jurídica, independentemente do seu conteúdo concreto (PACHUKANIS, 2017).

Assim sendo, os institutos, como sujeito de direito e relação jurídica, seriam conceitos logicamente anteriores à própria experiência jurídica. Essas categorias, supostamente vazias de conteúdo ideológico, teriam um caráter puramente técnico, com vistas a orientar, universalmente, a operação do direito em seus diferentes ramos, ou seja, a dogmática jurídica.

Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 24).

Forma-se um aparente paradoxo. Uma teoria do direito baseada em construções ideais, que não se preocupava em estabelecer aproximações com a realidade concreta, mas, em verdade, apartava-se definitivamente desta, pairava hegemônica em um momento de extrema valorização do discurso científico. Como pôde alcançar tamanha influência, uma matriz de pensamento supostamente científica, que, ao constituir e analisar seu objeto, se esgota em premissas formais e abstratas tomadas como inatas?

Segundo um dos principais filósofos do normativismo, “o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.” (KELSEN, 1998, p. 21).

O que se enuncia com isso é que a ciência jurídica seria, por excelência, uma disciplina normativa, cuja validade é aferida por uma norma geral e, por consequência, não se verifica nem no caráter histórico do seu desenvolvimento, nem na concretude das relações que disciplina.

A partir de então opera-se, intencionalmente ou não, uma crucial separação do direito tanto do processo histórico que justifica a sua formação quanto das suas implicações materiais, enquanto fenômeno social cujas determinações implicam objetivamente a realidade concreta.

O método crucial para esse exercício baseia-se na separação entre as categorias do ser e do dever ser e, por conseguinte, da separação entre as ciências causais e normativas, como se observa dos seguintes trechos da obra de Kelsen:

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é - ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático - se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser - com o qual descrevemos uma norma - e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja. (KELSEN, 1998, p. 5).

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência (...) Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. (KELSEN, 1998, p. 50).

Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais. (KELSEN, 1998, p. 53).

Escovar a história à contrapelo – como propôs Walter Benjamin e intenta-se fazer nessa humilde investigação – requer uma busca incessante pelo não dito, pelo que o discurso hegemônico do vencedor oculta em seu afã de dominação. Quando Kelsen busca empreender a sua teoria a partir de um esforço na busca pela pureza do direito, excluindo deste conhecimento tudo que não pertence formalmente ao seu objeto, mantém oculto o fato de que esse direito não tem vida própria fora das relações sociais que regula.

Esclarecendo: ser um sujeito de direito não é condição para a existência concreta de um ser humano, mas, no limite, será uma condicionante determinada pelo ordenamento jurídico para que uma pessoa possa contrair relações sociais juridicamente determináveis, isto é, para que

esteja devidamente integrada ao sistema capitalista que é regulado pelo direito, mas não engendrado por esse.

Ocorre que as determinações jurídicas emanam do poder oficial do estado, tomado como um ente inerte, cujo caráter (burguês ou proletário) está em disputa na luta de classes. É justamente nessa aparente possibilidade de se acessar o estado – a partir das regras da institucionalidade burguesa – e, a partir de então, modificar a sua estrutura, que o positivismo jurídico consegue se sustentar, com seus fundamentos inabaláveis, em face da maioria dos seus críticos, cumpre dizer, em geral bem intencionados.

Isto porque encerrar a crítica ao positivismo jurídico na denúncia do caráter instrumental do direito, ou seja, enquanto mecanismo de poder e coerção estatal, é manter-se na aparência do processo, o que implica em formulações equivocadas. Na eventualidade de se levar as premissas dessa crítica ao extremo, poderíamos pensar que a superação das relações de opressão e dominação capitalista, uma vez legitimadas pelo ordenamento jurídico estatal, seriam alcançadas com a simples substituição da composição política do Estado.

Ora, disputar-se-ia a fonte produtora e operativa dos conteúdos concretos das determinações jurídicas, mantendo-se, contudo, intocável, a forma a partir da qual esses conteúdos são expressos. Trata-se de um flagrante equívoco, que reforça a filosofia do direito burguesa, na medida em que se concebe que a historicidade do direito só se manifesta no tocante ao seu conteúdo, como se a forma jurídica fosse de fato eterna e inabalável.

Esse raciocínio não dá conta de compreender a complexa relação da forma jurídica e do direito com a sociabilidade capitalista. Falta uma leitura da regulamentação jurídica e das categorias fundamentais postuladas pelos filósofos do direito burguês, a partir dos seus processos históricos, enraizados no próprio desenvolvimento do sistema capitalista.

(...) o desenvolvimento dialético dos conceitos jurídicos fundamentais não apenas nos oferece a forma do direito em seu aspecto mais exposto e dissecado, mas, ainda, reflete o processo de desenvolvimento histórico real, que não é outra coisa senão o processo de desenvolvimento da sociedade burguesa. (PACHUKANIS, 2017, p. 76).

Circunscrever o fenômeno jurídico aos limites técnico-normativos estatais, como propõe Kelsen (MASCARO, 2016), faz desse fenômeno um componente fundamental e que cumpre uma função íntima aos interesses das classes dominantes. Além disso, permite a absurda interpretação de que onde houver estado regulado por uma norma fundamental, há direito.

Desse modo, pouco importaria o caráter do estado, sua origem, seu processo histórico de desenvolvimento, uma vez que “para o dever-ser jurídico, ou seja, tradicionalmente heterônomo, até mesmo o fim é algo estranho e indiferente.” (PACHUKANIS, 2017, p. 70).

O local e o momento de surgimento dessa forma jurídica não podem ser ignorados. Trata-se de um estágio do desenvolvimento capitalista marcado pela regularidade da troca, radicalização do colonialismo e consolidação do Estado burguês, comprometido com a agenda de desenvolvimento mercantil e colonial.

Assim, o direito emerge como mecanismo fundamental de reconhecimento – que se pretende científico – de uma série de relações sociais complexas inerentes ao modo de produção capitalista. Amparado no núcleo imanente da mercadoria, o capitalismo não se sustenta sem o estabelecimento de uma cadeia de relações sociais atomizadas, baseadas na subjetividade jurídica.

Mas não incumbe ao direito criar tais relações. Seu papel, em verdade, é o de inscrever as categorias essenciais da exploração capitalista – escrevendo-as sob outros signos – em uma estrutura normativa que protege as suas bases desiguais.

Tomando como exemplo, novamente, a categoria do sujeito de direito, tem-se uma ficção jurídica que atribui a todas as pessoas autonomia para contratar, sob uma aparente igualdade formal. Através desse instituto essencial da forma jurídica, torna-se possível a regulamentação de toda uma cadeia de relações desiguais de produção e circulação de valor, amparada no núcleo imanente da troca de equivalentes.

Por um lado, dá-se a contratação jurídica da mão de obra e, por conseguinte, a extração de mais valia pelo capitalista, detentor dos meios de produção, a partir da exploração do tempo de trabalho excedente de seu empregado. Por outro lado, a possibilidade de contratação de bens de consumo pelo empregado, através do salário adquirido com

a venda da sua força de trabalho, caracteriza o fechamento do ciclo do valor de troca capitalista com a efetiva circulação da mercadoria produzida. Em suma, fala-se aqui de uma regulamentação jurídica da desigualdade capitalista.

Cabe a máxima de Lênin: “O direito burguês, no que concerne à repartição, pressupõe, evidentemente, um Estado burguês, pois o direito não é nada sem um aparelho capaz de impor a observação de suas normas.” (LÊNIN, 2011, p. 149).

A NATUREZA DA INSERÇÃO DEPENDENTE NO CAPITALISMO

O pleno desenvolvimento da economia mercantil e a ascensão da burguesia enquanto classe hegemônica e dirigente nos países da elite do capitalismo mundial – momento determinante à gênese da teoria geral do direito – não se alcançou por uma ação isolada, mas em decorrência direta do colonialismo e dos processos de acumulação primitiva, ou seja, “uma acumulação que não é resultado do modo de produção capitalista, mas seu ponto de partida.” (MARX, 2017, p. 785).

Desde a falácia eurocêntrica que acompanha o mito da modernidade e o “encobrimento do Outro”, com a chegada à América a partir de 1492 (DUSSEL, 1993), a *Abya Yala*⁴ passa a assumir uma série de funções vitais aos interesses dos países colonialistas.

É a partir de então que se opera a destruição e exploração predatória da natureza, bem como a escravização das populações originárias e de povos de África. Todos esses processos, a despeito de territorializados nas periferias, passam a integrar a totalidade do desenvolvimento do capitalismo mercantilista, conformando um processo histórico de “domínio do centro sobre a periferia” (DUSSEL, 1993, p. 15), no qual a Europa assume para si a centralidade do desenvolvimento global.

As colônias latino-americanas funcionavam como fornecedoras compulsórias de metais preciosos e outros bens primários que, aumentando o fluxo de riquezas para o continente europeu, contribuíam com o fortalecimento das manufaturas e a formação de um amplo mercado

4 Termo que vem sendo utilizado por diversos povos originários referindo-se às Américas, como um contraponto à terminologia imposta pela matriz epistêmica do colonizador.

interno que deu as bases para o germinar de uma nova classe nos principais países da Europa absolutista, qual seja, a burguesia.

O desenvolvimento de uma burguesia bancária e comercial, a partir da exploração predatória nas Américas, abriu o caminho para o desenvolvimento da grande indústria a partir do século XVIII na Europa, com destaque para a Inglaterra. O surgimento da grande indústria inaugura, portanto, um novo momento não só do sistema capitalista, mas da relação entre os países da América Latina com as nações centrais do capitalismo mundial.

Nesse contexto, que é contemporâneo às suas lutas por independência política, os países da América Latina passam a assumir novas funções, ainda influenciadas pela estrutura colonial, mas atualizadas às demandas de novas formas sociais que se desenham no continente europeu.

Os países latino-americanos, portanto, rompem paulatinamente com a estrutura de dominação formal e política das metrópoles, sem, contudo, alcançarem autonomia concreta, dada sua inserção dependente no sistema capitalista. Ora, ao proclamarem independência, esses países foram plenamente inseridos na divisão internacional do trabalho como nações autônomas que, “por acaso”, respondem às demandas específicas dos países da elite do capitalismo por bens primários e mão de obra barata ou escrava.

Como é sabido, não há acaso nessa equação. Em verdade, aí já estão postos indícios de contradições estruturantes da filosofia liberal, as quais serão mais adiante esmiuçadas. Mantém-se, em suma, uma estrutura de subordinação que determinará o caráter do desenvolvimento experimentado nos países latino-americanos.

En otros términos, es a partir de entonces que se configura la dependencia, entendida como una relación de subordinación entre naciones formalmente independientes, en cuyo marco las relaciones de producción de las naciones subordinadas son modificadas o recreadas para asegurar la reproducción ampliada de la dependencia.

El fruto de la dependencia no puede ser por ende sino más dependencia, y su liquidación supone necesariamente la supresión de las relaciones de producción que ella involucra. (MARI- NI, 2008, p. 111).

Não há dúvidas de que a grande indústria carece de insumos e matéria-prima à sua produção regular. Da mesma forma, o imenso quantitativo de operários urbanos que vendem as suas forças de trabalho para as grandes propriedades industriais tem a sua subsistência condicionada a uma oferta de alimentos igualmente imensa.

Ocorre que a tendência inaugurada pelos cercamentos ingleses⁵ e reproduzida, com suas especificidades, nos demais países do capitalismo industrial, foi de concentrar a classe trabalhadora nacional nas malhas urbanas, em um processo de êxodo rural compulsório. Lógica essa que serviu tanto à ampla necessidade de mão de obra das fábricas, quanto à manutenção de um “exército de reserva” nas cidades, composto pelos trabalhadores desempregados. Desse modo, os salários pagos por jornadas de trabalho exaustivas são mantidos em níveis controlados, bem como se estimula a concorrência entre os trabalhadores (empregados e desempregados), a fim de minar eventuais articulações dessa classe em torno de um projeto revolucionário de emancipação e construção do poder popular proletário.

Desse modo, a especialização dos centros do capitalismo mundial na produção industrial impunha aos demais países uma estrutura pré-definida – e por isso dependente – de produção e integração ao mercado mundial. Tal estrutura resta orientada, em linhas gerais, pela garantia de uma oferta mundial de bens primários (alimentos e matéria prima). Trata-se, pois, na periferia, da produção e comercialização de bens primários, em troca da aquisição dos bens industriais produzidos no centro.

Ocorre que não há uma equivalência nessa troca, na medida em que os preços dos produtos industriais são historicamente mais elevados quando comparados aos dos bens primários, além de que tendem a manter-se estáveis, em contrapartida à tendência natural à queda dos preços dos bens primários. Tudo isso implica em uma balança comercial deficitária, a partir do estabelecimento de uma troca desigual (MARINI, 2008) que se expressa em algumas contradições.

Ao passo em que a divisão internacional do trabalho permite a especialização produtiva tanto nos países da elite quanto da periferia do capi-

5 Política desenvolvida na Inglaterra dos séculos XV e XVI que criou as bases do modo de produção capitalista pela dissolução dos séquitos feudais, com a conseqüente expulsão dos camponeses dos seus territórios e expropriação dos seus meios de subsistência, que culmina na migração forçada desses trabalhadores para os centros urbanos como “uma massa de proletários absolutamente livres” (MARX, 2017, p. 789).

talismo, é a função desempenhada pela periferia, a partir da sua posição dependente na totalidade capitalista, que permite o progressivo desenvolvimento da capacidade produtiva das indústrias no centro.

A garantia da oferta de alimentos e matéria prima em abundância, aliada ao excedente decorrente de uma balança comercial sempre favorável aos países centrais – dado o preço mais elevado dos produtos industriais em relação aos bens primários – gera um excedente que permite novos investimentos tecnológicos com vistas ao aumento da capacidade produtiva.

Desse modo, estimula-se a obtenção da mais-valia relativa no centro, isto é, “una forma de explotación del trabajo asalariado que, fundamentalmente con base en la transformación de las condiciones técnicas de producción, resulta de la desvalorización real de la fuerza de trabajo.” (MARINI, 2008, p. 115).

Assim, o excedente gerado a partir desse processo é apropriado como lucro pelos capitalistas industriais. Em contrapartida, o que fica para a burguesia dos países desfavorecidos pela troca desigual é a necessidade de compensá-la, através de processos que permitam um aumento no excedente auferido.

Tendo em vista as condições rústicas que envolviam a produção dos bens primários, o recurso encontrado para tanto foi uma maior exploração do trabalhador. Desse modo, o aumento na intensidade da exploração da força de trabalho, que implica no aumento da mais-valia absoluta, foi a estratégia encontrada pela economia dependente no âmbito interno, em um primeiro momento mantendo-se a estrutura do trabalho escravo e, posteriormente, em sistemas mistos de servidão e trabalho assalariado (MARINI, 2008).

Nesse ínterim, cabe um breve esclarecimento. Essa particularidade do processo histórico dos países dependentes, a despeito de demonstrar de forma inequívoca que a conformação capitalista por essas bandas deu-se hegemonicamente a partir de relações de trabalho distintas do trabalho livre-subordinado – paradigma da relação de trabalho capitalista, posto que baseado na equivalência entre o patrão e o trabalhador –, não podem nos levar a uma formulação equivocada e reducionista de que o que existia no Brasil e nos demais países latino-americanos era, necessariamente, um sistema feudal.

Essas análises interpretativas do continente, impregnadas por uma visão universalista e fortemente eurocêntrica, priorizavam o aspecto jurídico-político na conformação da organização da estrutura colonial, isto é, a herança de aspectos histórico-superestruturais de ordem feudal, que permaneciam nas formas administrativas das metrópoles ibéricas, o que possibilitava a elaboração de interpretações analógicas em relação à Europa, exatamente por não elevar o aspecto concreto da especificidade latino-americana, seja em suas particularidades histórico-processuais, seja referente aos elementos concreto-singulares. (MAZZEO, 2003, p. 154).

Ora, tal particularidade da relação de trabalho é uma das muitas especificidades históricas que marcam a situação dependente, condições concretas do desenvolvimento do capitalismo em sua totalidade que, por desnudarem contradições absolutas das premissas essenciais da filosofia liberal, só poderiam ser aplicadas no outro, encoberto. O que resta investigar é se tal particularidade do desenvolvimento capitalista dependente foi acompanhada por um desenvolvimento, também particular, do direito na periferia.

A NATUREZA DA ORIGEM DO FENÔMENO JURÍDICO BRASILEIRO

A independência política do Brasil em 1822 foi acompanhada pela paulatina constituição de uma cultura jurídica, destinada tanto a pensar todo o ordenamento positivo que substituiria as normas outrora impostas pela coroa portuguesa, quanto à formação de uma classe de burocratas nacionais, doravante responsáveis pela administração do Estado.

Nesse momento histórico, a filosofia liberal, acompanhando o sentido das revoluções burguesas já consolidadas e daquelas ainda em embate com a reação, estava em franca ascensão. Tamanha influência também se fazia presente na elite e na incipiente intelectualidade brasileira, as quais buscavam o rompimento definitivo com a herança colonial, muito embora o sentido do desenvolvimento brasileiro estivesse subordinado aos interesses de outras metrópoles e as relações de produção no território ainda fossem alicerçadas hegemonicamente na escravidão.

Em um aparente paradoxo, o liberalismo expressava-se no Brasil a partir de uma contradição essencial, isto é, a conciliação da doutrina da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana com à permanência intocável da escravidão.

Já para os estratos sociais que participaram diretamente do movimento em 1822, o liberalismo representava instrumento de luta visando à eliminação dos vínculos coloniais. Tais grupos, objetivando manter intactos seus interesses e as relações de dominação interna, não chegaram a ‘reformular a estrutura de produção nem a estrutura da sociedade. Por isso, escravidão seria mantida, assim como a economia de exportação’. (WOLKMER, 2002, p. 76).

Wolkmer, entretanto, trata as contradições entre o que se propõe a doutrina liberal e a prática dos Estados nela alicerçados como sendo uma questão específica da realidade brasileira, como também se depreende do seguinte trecho:

Essa faceta das origens do nosso liberalismo é por demais reconhecida, indubitavelmente, porque a falta ‘de uma revolução burguesa no Brasil restringiu a possibilidade de que se desenvolvesse a ideologia liberal nos moldes em que ocorreu em países como Inglaterra, França e Estados Unidos’. Nesses países, o liberalismo foi a doutrina política libertadora que representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo, ‘tornando-se conservadora à medida que a burguesia se instala no poder e sente-se ameaçada pelo proletariado’. (WOLKMER, 2002, p. 75).

Uma análise mais profunda evidencia que a contradição escravidão-liberdade não só esteve presente também nos países que passaram por revoluções burguesas, como representou um fator fundamental ao desenvolvimento histórico do capitalismo mundial.

Na França, mais de 20% da burguesia dependia de atividades comerciais ligadas à exploração de mão de obra escrava. Era em meio a essa transformação que escreviam os pensadores do iluminismo francês. Enquanto idealizavam populações coloniais com mitos do bom selvagem (os ‘índios’ no ‘Novo Mundo’), o

sangue vital da economia escravista não lhes importava. A despeito de existirem movimentos abolicionistas na época e associações – como a francesa Amis des Noirs [amigos dos negros] – que denunciavam os excessos da escravidão uma defesa da liberdade com base na igualdade racial era algo genuinamente raro. (BUCK-MORSS, 2017, p. 49-50).

Ao evocar as liberdades da teoria dos direitos naturais, os colonos americanos, enquanto senhores de escravos, eram levados a uma ‘monstruosa incoerência’ [...] a nova nação, concebida em liberdade, tolerava a ‘monstruosa incoerência’, inscrevendo a escravidão na Constituição dos Estados Unidos da América. (BUCK-MORSS, 2017, p. 55-56).

Diante disso, não há como se pensar o liberalismo como filosofia diametralmente oposta à ausência de liberdade. Em verdade, o liberalismo tem na escravidão do homem pelo homem uma contradição estruturante. Assim, a experiência da escravidão, por mais que estivesse aparente e desnuda, em larga medida, na periferia do capitalismo, corresponde a uma determinação específica do processo de desenvolvimento capitalista em sua totalidade.

Foi, pois, a partir da negação fundamental da realidade concreta, que a cultura jurídica brasileira se estruturou:

marcadamente formalista, retórica e ornamental [...] Foi nessa junção entre individualismo político e formalismo legalista que se moldou ideologicamente o principal perfil de nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal. (WOLKMER, 2002, p. 79-80).

A criação dos dois primeiros cursos de direito, em São Paulo e Olin-
da, 5 anos após a independência política do Brasil, ou seja, em 1827, é um símbolo crucial desse processo. Nisso ficava explícita ainda uma demanda prática do Império que se pretende nacional: formação de uma burocracia estatal cujos operadores, para além de majoritariamente vinculados às elites locais por laços consanguíneos, foram submetidos a uma formação intelectual idealista, comprometida com a reprodução do padrão de sociabilidade burguês, uma vez que, como o próprio autor reconhece, o que se tinha era uma estrutura de ensino inspirada em pres-

supostos lógico-formais alienígenas (WOLKMER, 2002), ou seja, completamente desassociados da realidade concreta da população enquadrada sob o signo de brasileira.

Infelizmente, não é raro observar no trabalho de intelectuais renomados (as) que visitam esse processo histórico, a despeito de certas constatações factuais importantes feitas em suas obras, uma busca pela compreensão desses fatos por meio de chaves interpretativas que reforçam a própria matriz epistêmica colonial, enxergando pelas lentes legadas pela dominação imperialista e a serviço desta.

Assim, antes de técnicos especializados, mestres de erudição inquestionável, o que se pretendia formar era uma elite independente e desvinculada dos laços culturais que nos prendiam à metrópole europeia. (SCHWARCZ, 1993, p. 137).

Pode-se observar no trecho acima exposto a insistência em uma leitura equivocada de que aquela formação bacharel possuía como justificativa crucial a criação de uma “elite independente”, com sua autonomia cultural. Mas como se configura essa autonomia? Com o estudo irreflexivo de juristas e filósofos do direito burguês? Ou com o distanciamento absoluto da realidade e do estudo sobre a formação social objetiva do país?

Evidentemente, ambas as perguntas reforçam o equívoco histórico e conceitual da compreensão de que a educação jurídica dos filhos da elite escravocrata brasileira refletia uma preocupação com a autonomia nacional. Em verdade, a narrativa liberal sobre a libertação colonial e construção da nação brasileira, em seu curso natural, ocultava que esse processo marcou tão somente a atualização das estruturas de dominação das mãos de uns senhores para outros: passava-se da situação de colônia para a situação dependente (MARINI, 2008).

Uma breve análise da primeira Carta Magna do Brasil aponta para o mesmo sentido. A Constituição Federal de 1824 – outorgada pelo Imperador D. Pedro I – reveste-se de um formalismo retórico que flerta com o despreendimento absoluto da realidade social do país, gerando um abismo intransponível entre o que preceituava a norma e o que se observava na concretude do dia a dia.

Como exemplo inequívoco desse fato, tem-se que o texto constitu-

cional ocultava expressamente o tratamento da escravidão, ao passo em que essa forma de trabalho permanecia sendo a base estruturante da mão de obra nacional. A proteção jurídica a esse regime estava implicitamente prevista no art. 179, XXIV, o qual previa:

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. ⁶

Não há dúvidas de que o cidadão – como aquele que é dotado de subjetividade jurídica – cuja saúde e segurança está tutelada por esse artigo não contemplava os pretos e as pretas forçosamente trazidas pelo atlântico para serem escravizadas nessas terras. Da mesma forma, não contemplava os povos indígenas explorados e espoliados de seus territórios. Em suma, identifica-se na cultura jurídica brasileira uma influência preponderante do individualismo liberal e da retórica formalista, processo esse que não se opera ao acaso, mas justamente como uma adequação da forma jurídica à realidade concreta dos países dependentes:

A formação jurídica periférica não tem o mesmo desenvolvimento da formação jurídica central, dada sua história colonial e dependente. (...) Logo, faz sentido se falar em uma forma jurídica dependente caracterizada pela atipicidade, a qual não se encontra na falta de equivalência entre sujeitos e mercadorias, o que implicaria reconhecer que estas relações sociais não são propriamente capitalistas. O que é atípico, na verdade, é o grau da desigualdade que se busca, formalmente, igualar.

Portanto, as relações jurídicas igualam sujeitos hiperdesiguais – por conta da superexploração da força de trabalho – em contexto de transferência da mais-valia dos países periféricos para os centrais. (PAZELLO, 2018, p. 36).

Ora, a forma jurídica praticada e pensada no Brasil, apresenta ressonâncias indiscutíveis com a teoria geral do direito burguesa, ao mesmo tempo em que se expressa com suas próprias características peculiares,

6 IMPÉRIO DO BRASIL [Constituição Política do Império do Brazil (1824)]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 10/06/2019.

associadas ao desenvolvimento específico da sociabilidade capitalista no país. Como não poderia deixar de ser, os interesses capitalistas que se reproduzem em uma escala mundial, com determinantes específicas, estão universalmente protegidos pela forma essencial do fenômeno jurídico, a despeito de também possuir características específicas vinculadas ao processo histórico de cada território.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ideias dominantes não são mais do que a expressão ideal [ideel] das relações materiais dominantes, as relações materiais dominantes concebidas como ideias; (...) na medida, portanto, em que dominam como classe e determinam todo o conteúdo de uma época histórica, é evidente que o fazem em toda a sua extensão e, portanto, entre outras coisas, dominam também como pensadores, como produtores de ideias, regulam a produção e a distribuição de ideias do seu tempo; que, portanto, as suas ideias são as ideias dominantes da época. (MARX; ENGELS, 2009, p. 67).

Tal excerto, retirado de um compilado de manuscritos cunhados por Marx e Engels tratando da ideologia, aponta para a necessidade de compreensão das ideias abstratas para além dos seus significados ideológicos, ou seja, em suas expressões concretas. Pachukanis, tratando de tema semelhante, sintetiza esse resguardo metodológico de forma ainda mais bem definida ao dizer que: “Se quisermos esclarecer as raízes de alguma ideologia, devemos pesquisar aquelas relações reais das quais ela é expressão.” (PACHUKANIS, 2017, p. 143).

Opta-se por iniciar as considerações finais com esses trechos tendo em vista serem extremamente adequados para sintetizar o objetivo do esforço investigativo nestas linhas exarado. Em termos gerais, pode-se resumi-lo como intentar pôr em evidência as contradições essenciais da teoria geral do direito e a importância de compreender o seu objeto, o direito, enquanto fenômeno social e histórico.

Para isso, partiu-se da identificação da fragilidade do método empregado para o seu estabelecimento positivo, o qual determina à centralidade da norma (dever-ser) como interesse fundamental do direito,

estabelecendo com isso um abismo intransponível entre o saber e o fazer jurídico e a realidade concreta (ser).

Os fins desse procedimento turvo só podem ser apreendidos mediante uma análise que parta do método do materialismo-histórico, como chave para a compreensão do processo de constituição do direito a partir de sua historicidade. Com isso, o fenômeno direito se desnuda enquanto expressão dialética do desenvolvimento do modo de produção e da sociabilidade capitalistas.

Assim sendo, a forma jurídica, não só enquanto produto ideológico, mas como fenômeno histórico objetivo, é a própria forma-mercadoria, expressa idealmente. Desse modo, as relações jurídicas nada mais são do que as relações sociais, traduzidas em categorias ideais. Resta evidente, portanto, o papel que o direito cumpre na conformação dos interesses capitalistas.

Nessa toada, a reprodução do capital em escala ampliada, seja através da dominação colonial ou na posterior estruturação do capitalismo dependente nas antigas colônias, beneficia-se do direito por duas características cruciais, que garantem a mistificação da sua especificidade burguesa.

Primeiro, pela sua aparente neutralidade, vez que resta circunscrito aos limites da técnica normativa que emana do Estado, tomado como órgão inerte e em disputa. Segundo, pelo caráter abstrato das suas categorias essenciais, o que faz da forma jurídica um todo intangível e imutável, dotado de aplicabilidade universal.

Uma das sínteses de todo o processo histórico percorrido e destrinchado no presente trabalho é a de que a forma jurídica se atualiza e reina absoluta, independentemente das modificações legislativas, dos dissídios jurisprudenciais e das divergências doutrinárias operadas no exercício regular dos operadores do direito. Há de se reconhecer o mérito absoluto da filosofia do direito burguesa em traduzir os seus interesses específicos em uma forma jurídica desenvolvida o suficiente para estruturar toda (ou a absoluta maioria) a experiência social contemporânea de ordem e regulamentação das relações humanas.

Para compreender e transformar a realidade, não basta identificar fatos históricos que se sucederam e formular, a partir deles, uma tipologia seguida de explicações retoricamente adequadas. Há de se desatar os

laços difusos que ataram essa realidade concreta, tanto para identificar a fundo as suas partes, quanto para que os elementos percebidos gestem a insurgência necessária ao lançamento de novas amarrações.

A sobrevivência das matas, das águas, do ar e dos povos urge pela subversão desta realidade complexa, com a completa destruição do sistema capitalista e de toda a superestrutura, por ele determinada.

Esse trabalho propõe-se, com muita humildade, a contribuir com a totalidade das críticas marxistas ao direito, abrindo os caminhos para a construção de novas possibilidades epistemológicas e ontológicas, que, quando urdidas, possam provocar um outro horizonte, enfim liberto da totalidade da opressão capitalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Walter. Teses sobre o conceito de história. *In: Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BUCK-MORSS, Susan. **Hegel e o Haiti**. 1ª ed. São Paulo: n-1 edições, 2017.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do “mito da modernidade”**. 1ª ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A ideologia alemã**. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

IMPÉRIO DO BRASIL [Constituição Política do Império do Brasil (1824)]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 20/03/2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÊNIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a Revolução**. 1ª ed. Campinas: FE/UNICAMP, 2011.

MARINI, Ruy Mauro. Dialéctica de la dependencia. *In: MARTINS, Carlos Eduardo (org.). América Latina, dependência y globalización*. 1ª ed. Bogotá: CLACSO y Siglo del Hombres Editores, 2008.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____. **O capital: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

MASCARO, Alysson. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZEO, Antônio Carlos. O partido comunista na raiz da via colonial do desenvolvimento do capitalismo. *In*: MAZZEO, Antônio Carlos; LAGOA, Maria Izabel (org.). **Corações vermelhos**: os comunistas brasileiros no século XX. 1ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2003.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Direito insurgente**: fundamentações marxistas desde a América Latina. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 3, p. 1555-1597, set. 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870/1930. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

PREFERENTIAL TRADE AGREEMENTS: CRISIS OR OPPORTUNITY TO THE WTO?

ACORDOS PREFERENCIAIS DE COMÉRCIO: CRISE OU
OPORTUNIDADE PARA A OMC?

*Julia Marssola*¹²

Resumo: O objetivo deste artigo, com base na análise dos principais pontos de conflito entre APC e a OMC, foi definir se a proliferação dos APC representava uma crise ou uma oportunidade para a OMC. Para responder a essa pergunta, na primeira seção, este artigo analisou os sintomas que indicam que a proliferação dos ACP é uma crise normativa e institucional da OMC. Na perspectiva normativa, a regra do consenso, a estrutura ultrapassada das disciplinas da OMC e a complexificação das regras de origem indicam uma crise da OMC. Além disso, a supervisão defeituosa do mecanismo de transparência, um Secretariado pouco atuante e conflitos de competência são questões relevantes na área institucional. Esta pesquisa nos permitiu concluir que o crescimento dos ACP é origem e consequência de uma crise na OMC. Na segunda seção, este artigo buscou propor alternativas para aproveitar o novo cenário do comércio internacional e aprimorar o sistema multilateral de comércio. Como possíveis soluções, identificamos o fortalecimento da supervisão feita pela OMC dos países com ACP, com um Secretariado com mais prerrogativas, e a multilateralização dos benefícios percebidos pelas partes a ACP, seja ela de facto ou através de uma massa crítica de Membros.

Palavras-chave: Acordos Preferenciais de Comércio; Acordos Regionais de Comércio; WTO; Sistema Multilateral de Comércio.

1 Mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris 1- Panthéon-Sorbonne. Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília. Estudou Direito Europeu na Université Sorbonne Nouvelle – Paris 3. Pesquisa e escreve sobre comércio internacional, investimentos e concorrência, com livro, capítulos de livros e artigos científicos publicados nessas áreas. É advogada atuante em concorrência e comércio internacional.
2 A autora agradece os comentários da Professora Laurence Dubin, que muito enriqueceram a primeira versão deste trabalho.

Abstract:: The aim of this article, based on the analysis of the main issues of relationship between the PTA and the WTO, was to define whether the proliferation of PTA represented a crisis or an opportunity for the WTO. To answer this question, in the first section, this article has analyzed the symptoms indicating that the proliferation of the PTA is a normative and an institutional crisis of the WTO. In the normative perspective, the consensus rule, the outdated framework of WTO disciplines and the complexification of rules of origin indicate a crisis for the WTO. Moreover, the defective supervision of the transparency mechanism, a weak Secretariat and conflicts of jurisdiction are relevant issues on the institutional area. This research allowed us to conclude that the growth of the PTA is both the source and the consequence of a WTO crisis. In the second section, this article has tried to think of reasonable alternatives to take advantage of the new scenario of international trade to improve the multilateral trading system. As possible solutions, we identify the strengthening of the supervision made by the WTO of the PTA countries, with a more powerful Secretariat, and the multilateralization of the benefits perceived by the PTA parties, whether *de facto* or via a critical mass of Members.

Keywords: Preferential Trade Agreements; Regional Trade Agreements; WTO; Multilateral Trading System.

INTRODUCTION

The proliferation of preferential trade agreements (PTA)³ and the complexification of global value chains (GVC)⁴ have significantly changed the scenario of international trade in recent decades. The creation of an increasing number of preferential tariffs for goods, as well as preferential access to services, combined with dense regulation of instruments for bilateral or regional trade, raise concerns about the power and stability of the multilateral trading system.

This deadlock between multilateralism and regionalism of which the World Trade Organization (WTO) is particularly a victim (FABRI, 2001, p. 943) is an old debate. Back in 1963, Kenneth Dam, in one of the first comments on regional agreements ever made, addressed the subject of their proliferation (DAM, 1963, p. 615). In 2004, the authors of the WTO Sutherland report warned about the risk that these PTA could become a justification for non-WTO compliant behavior, in which case preferential treatment would become a prize for governments whose goals are not aligned to those of the WTO (SUTHERLAND, 2004, p. 79).

Nowadays, the WTO is confronted - more than ever, since the PTA are responsible for 80% of global trade today - with Members who seek preferential treatment when they join the PTA, while those who are not

3 We adopt in this article the term “Preferential Trade Agreement” because it encompasses a larger range than the term “Regional Trade Agreement”. These are agreements concluded between two or more parties can, providing that they are appropriately notified to the WTO under the Article XXIV of GATT 1994, create more beneficial trade conditions (preferential), such as the relativization of the most-favored nation principle. Such agreements also provide means for Members to achieving consensus in specific agenda they are interested in that could not be achieved otherwise (via the regular WTO framework. Cf. MATSUSHITA, M. et. al., *The World Trade Organization: law, practice and policy*, 3rd ed., Oxford University Press, 2015, Chapter 17, p. 507 ss.; VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. Cambridge University Press, 2008.

4 Global value chains (GVCs) refer to international production sharing, a phenomenon where production is broken into activities and tasks carried out in different countries. In GVCs, the operations are spread across national borders (instead of being confined to the same location), with the design originated from one place, components coming from other, and assembling realized in a different country with outsourced worked force. They have become increasingly complex with globalization and represent an important challenge to international trade. and the products made are much more complex than a pin. Cf. HUMPREY, John; Schmitt, Hubert, Governance in Global Value Chains, In: *IDS Bulletin*, Volume 32, Issue 3, Wiley Library, July 2001.

part of these agreements claim that such arrangements have a negative impact. Indeed, these agreements are discriminatory by nature, since they escape most-favored-nation treatment (TNPF) from Article I of the GATT. However, providing that they fulfill certain conditions laid down by Article XXIV of the GATT and by Article V of the GATS, they can be compatible with WTO law.

This is explained by the logic of trade liberalization within the framework of the GATT 1947. This was part of the continuation of a process of increasing economic integration between the contracting parties who saw in the PTA an opportunity to expand world trade (BOLLYKY, MAVROIDIS, 2017). If the PTA are part of the logic of trade opening of the GATT 1947 and are, theoretically, in conformity with the rules of the WTO through article XXIV of the GATT, how can these agreements represent a threat to the WTO? Are they not compatible with the latter?

The difficulty does not arise exactly from plurilateral initiatives to achieve objectives that are not sufficiently addressed by the WTO. But the PTA are proliferating on such a scale that it has become a systemic problem for the WTO (CARREAU, JULLIARD, 2004). The problem arises when Members use this option to circumvent the provisions of WTO law, thereby creating significant trade distortions. The scale is the question, which actually denies the goal of non-discrimination.

There are several reasons for the growth of regionalism in trade - the creation of free trade areas and the emergence of preferential agreements - and the consequent weakening of the WTO. However, these reasons can be summed up by two main issues: a generalized crisis of the multilateral model, which has occurred in many other institutions (DUBIN, RUNAVOT, 2013); and the difficulty of the GATT and of the whole WTO system to adapt, in a normative and institutional way, to the needs of economic actors and to integrate the new fields which are gaining more and more importance in the international trade.

If this regionalist trend has been going on in the recent decades and if the current scenario indicates a much broader crisis, with the block of the Appellate Body, currently with a single judge, and mega-agreements which bring together major volumes of trade including several provisions problematic to the WTO, it is possible to conclude that the phenomenon of regionalism will remain. However, if the PTA are an in-

evitable reality, how to preserve the importance of the role of the WTO in times of spaghetti bowl⁵? Finally, do the PTA represent a crisis or an opportunity to the multilateral trading system?

This article will focus on answering this question. At first, we must identify and understand the specific issues that arise from the articulation between the PTA and the WTO which result in a crisis for the multilateral trade system, at the normative and institutional levels. Once the elements that characterize this threat have been identified, considering the major importance of preserving the WTO as a multilateral institution, we will discuss possible solutions to make the PTA explosion an opportunity to reform and modernize the WTO.

Section 1 studies the PTA-related symptoms that characterize the crisis in the multilateral trading system, in the normative (A) and institutional (B) perspectives.

Regarding the normative crisis experienced by the WTO as a result – or the cause – of the proliferation of the PTA (A), the principle of the single undertaking will be analyzed, which makes negotiations within the meaning of the WTO more difficult (A.1); the inadequacy of the disciplines covered by the GATT (A.2), which justify the recourse of Members to preferential agreements to address the areas not covered by WTO; and the difficulty presented by rules of origin as a new challenge arising from the complexification of global value chains (A.3).

As for the crisis from the institutional point of view of the WTO (B), attention is drawn to the insufficient supervision currently carried out by the WTO vis-à-vis the PTA. First, it is important to understand the limitations and inconsistencies of GATT Articles XXIV and GATS V (B.1), and then discuss the weak operation of the Transparency Mechanism (B.2) and, finally, also addressing the subject of the conflict of jurisdiction between the dispute settlement mechanisms provided by the PTAs and the Dispute Settlement Body (DSB) of the WTO (B.3).

Having understood the concerns caused by the PTA countries, the symptoms of a crisis in the WTO, section 2 will be dedicated to reflecting

5 Essentially, these different types of agreements create smaller trade regimes that link countries in different ways. Jagdish Bhagwati compares the plethora of trade relations to a bowl of spaghetti (BHAGWATI, J.; KRUEGER, A., *The Dangerous Drift to Commercial Trade Agreements*, In: *United States trade policy: craze for free trade agreements*, Washington, DC: AEI Press, 1995.

on the possible alternatives to transform this systematic crisis into an opportunity for reform of the WTO. The possibilities of strengthening the Transparency Mechanism (A) and multilateralization (B), de facto (B.1) or disbursed (B.2) will be analyzed.

SECTION 1: THE PTA AS A DOUBLE CRISIS IN THE WTO

In this first section, the problematic links between the PTA and the WTO will be analyzed, starting from the study of the symptoms which configure a crisis from the normative point of view (A) and from the institutional point of view (B).

A) Symptoms of a normative crisis

Symptoms which indicate that the proliferation of the PTA reveals a normative crisis in the WTO are (A.1) the difficulty of reaching a decision; (A.2) the insufficient disciplines covered by the WTO, and (A.3) the challenge presented by the definition of rules of origin with the increasing complexity of GVCs.

A.1) The difficulty of making a decision: the principle of the single undertaking and decision-making process by consensus

Let us imagine a Parliament which works according to two rules. The first requires that everything should be decided unanimously. The second requires that each issue should be resolved as a whole, in one agreement. This Parliament will never approve anything. According to Gary Hufbauer (HOUFBAUER, BHAGWATI, 2007), that's exactly what the WTO is right now. All Members have to agree on almost everything.

This illustration of the principle of the single undertaking and the consensus rule, set forth by Article IX: 1 of the GATT⁶, helps to understand the difficulty experienced by Members before making a decision. These two requirements aim to achieve more legitimate and effective

6 "The WTO will continue the practice of decision-making by consensus followed under the GATT 1947".

decisions, but with diverse and divergent interests among countries, negotiations are a particularly complex task (CARREAU, JULLIARD, 2004, para. 185). Difficulties in achieving universalism or multilateral relations, such as differences in power, culture and needs, are the sources of regionalism (MARCEAU, REIMAN, 2001, p. 299).

WTO Members use preferential agreements for various economic and political reasons. Regionalism therefore allows states sharing the same concerns to align. In a smaller regional forum, consensus can be more easily reached. In addition, this allows countries that are more motivated to negotiate to do so faster than through the WTO (HOEKMAN, KOSTECKI, 1995, p. 216), where it would be necessary to “convince everyone else”. Beyond the greater ease of reaching an agreement, the reasons also include research to amplify its markets and increase the level of integration, especially between neighbour countries or in the same region (COTTIER, FOLTEA, 2006, p. 45).

Recourse to regional or bilateral agreements is not only done to escape the rule of consensus, but also in order to be able to deal with subjects not covered by the WTO.

A.2) The inadequacy of the disciplines covered by the GATT

Material WTO law is based on a legacy of GATT 1947, restricted to promoting negative integration and prohibiting tariff barriers, principles which today are largely anachronistic in relation to Members’ interests and their trade objectives. In the absence of progress from the WTO, countries are turning to preferential bilateral and regional trade agreements to deepen their integration into regulatory matters already covered by the WTO, or to go beyond these topics. As argues Ruiz Fabri (2001), it is not the PTA that is causing a crisis for the WTO; the real crisis being the fact that it is a “young organization with an old-fashioned behavior”⁷.

When the PTA allow deepening integration in an area covered by the WTO, we are in front of a “WTO-plus” agreement. When the goal is to extend integration to a new segment, this is an “OMC-extra” agreement. Among the WTO-plus, some examples of subjects concerned are services, agriculture, intellectual property, state-owned enterprises,

7 Original in French : « jeune mais héritière de modes de comportements passés et dépassés ».

among others. OMC-extra, on its turn, embeds more specific disciplines, such as competition, environment, human rights, energy, labor law, corruption, etc. A study by Henrik Horn, Petros Mavroidis and André Sapir (2010, p. 1565) identified these problems as being the most frequent in trade agreements.

Still in the WTO-extra field, the traditional WTO framework does not allow to include consumer preferences and quality requirements. Businesses and consumers relied on the standards of private or non-profit organizations and third-party certifications to enforce their preferences. The resulting cacophony of private rules and standards has increased compliance costs and poses a challenge to the effectiveness of international regulatory oversight (BOLLYKY, MAVROIDIS, 2017, p. 3).

It is a political choice of not including the characteristics and stages of production of a certain product⁸. The WTO has a very orthodox perception of the similarity of the product and its competitive relationship, which is concerned only with similar or directly competitive and substitutable finished products. In this case, the WTO refuses to include production methods and procedures (PMP) in the definition of similarity as a method that allows us to consider that the products are different.

The WTO guarantees non-discriminatory market access, not a right of market access. However, as Howse et Regan (2000) stress, in order to assess the non-discrimination of Article III of the GATT, the WTO impose on Members the obligation of guaranteeing market access for foreign products. It is a mistake because what is prohibited is discrimination: if access becomes compulsory, then the State is no longer sovereign in this domain.

This problem arises when a country approves a law that restricts the commercialization of a certain product due to its production process (harmful to health or the environment for example) and is obliged by the WTO to open access to foreign products which do not comply with these rules⁹. The PTA are very often concerned about

⁸ This political choice, although described as negative in this article, was considered, by Bhupinder Chimni, as a decision which takes into account the needs of developing countries. S. SCHIMNI BS., "Third world approaches to international law: a manifesto", In: *International Community Law Review*, v. 8, 2006.

⁹ In the US-Tuna case, the Appellate Body defined that establishing limitations on PMPs falls within the definition of discriminatory quantitative restrictions in Article XI.

these PMPs and thus WTO-extra, in particular on climate and social issues. They include chapters of sustainable trade and development, in which they aim to express respect for the agreement articulating these standards with free trade.

Therefore, as explained by Sorel (2007, p. 59), the origin of the multilateral crisis is not the growing number of PTA countries, “but the structural weaknesses of the WTO which encourage countries to resort to preferential agreements, whether or not they are regional, only to aggravate in return the crisis of multilateralism”¹⁰.

To further discuss the difficulty of the WTO to reinvent itself and follow the changes that affect trade, the next subsection will analyze the consequences of the complexification of the rules of origin resulting from GVC.

A.3) The challenge posed by global value chains: the complexity of rules of origin

Alongside the proliferation of the PTA, one of the main innovations in international trade in recent decades is the emergence of global value chains, which correspond to $\frac{2}{3}$ of global trade.

GVC bring us to a very important question: how do we know where the product comes from? This is a relevant question because production has spread enormously through GVC, with the same product being able to bring together suppliers and manufacturers from various countries. To determine the course of a product, it is necessary to determine its rules of origin.

The rules of origin constitute the set of conditions that a product must satisfy in order to obtain preferential tariff treatment, as a way of avoiding that third-party products can benefit from the same treatment. They can be defined by (a) value added requirements (at least a certain percentage of the final value must be originated in the countries party to the agreement), or through (b) the change in tariff classification.

Despite almost 20 years of negotiations in the Doha Round under the aegis of the WTO, no multilateral agreement has been concluded

¹⁰ Original in French : “*mais les faiblesses structurelles de l’OMC qui encouragent les pays à recourir aux accords de préférence, qu’elles soient ou ne soient pas régionales, quittent à aggraver en retour la crise du multilatéralisme*”.

to harmonize non-preferential rules of origin (CONCONI, 2018). The WTO rules of origin only establish general rules which must guide the rules of origin defined by each country, and some guidelines for the establishment of preferential rules such as transparency, judicial review and rules of non-retroactivity.

Thus, there is a huge variety of rules of origin in PTA, with different criteria for determining the origin of each product. This suggests a debate about their legality with respect to WTO provisions, that is, if they do not cause discrimination. Research shows that rules of origin can violate Article XXIV para. 5 (b) to the extent that they significantly increase protection for PTA countries (CONCONI, 2018), which leads to the construction of real barriers to trade (THORTENSEN et. al., 2014).

To avoid these consequences, rules of origin must remain “neutral” (MATTHIES, 1992), being limited to simply identifying the products qualified for the coverage of the tariff preference. If the rules of origin become too restrictive, they risk creating real discrimination against third countries, therefore being non-compliant with WTO rules. An example of an excessively restrictive rule of origin is that of the United States-Canada and NAFTA agreements.¹¹

Despite the Agreement on Rules of Origin, the rules of PTA countries are more restrictive towards imports from third countries than those previously in force. Allowing excessively restrictive rules of origin to be adopted would amount to authorizing protectionism.

Rivas (2006, p. 152) argues that Article XXIV, in particular paragraphs 4, 5 (b) can clarify the governance of these rules. Thus, the neutrality of rules of origin, and therefore its conformity with Article XXIV support the objective of minimizing the adverse effects for third countries (BURFISHER, 2004).

Identified the symptoms for which the PTA represent a normative crisis for the WTO, the next subsection will focus on the symptoms of an institutional crisis.

11 When the United States-Canada agreement was still in force, ketchup made in the United States or Canada from tomato sauce imported from third countries, such as Chile, was considered to be the origin of the agreement and could therefore benefit from the tariff preferences. When the NAFTA rules of origin replaced those of the United States-Canada agreement, only ketchup made from tomato sauce of NAFTA origin could receive preferential treatment. As a result, Chile lost its position as a major exporter of tomato sauce to the United States, taken by Mexico. V. NAFTA, Annex 401.

B) Symptoms of an institutional crisis

One of the functions of the WTO is the management of agreements. If its institutional framework is deficient and, consequently, its management is not effective, we face an institutional crisis. To check this hypothesis, it is necessary to analyze (B.1) the defective nature of the control defined by articles XXIV of GATT and V of GATS (B.2), to understand what are the concerns which weaken the supervision of the Transparency Mechanism, and (B.3) to study the jurisdictional conflict between dispute settlement mechanisms present in the PTA and the Dispute Settlement Body of the WTO.

B.1) The defective control of Articles XXIV of GATT and V of GATS

The multilateral trading system exempt, within an exceptional framework and through Article XXIV of the GATT 1994, preferential agreements of most-favored-nation treatment of Article I. To be able to claim this exception, these agreements must respect three criteria, laid down by article XXIV: (a) cover most trade exchanges between its parties, (b) establish the absence or the elimination of any discrimination; (c) and prohibit new discriminatory measures towards third countries.

It is problematic to note that the WTO continues to treat regionalism or preferentialism according to the logic of GATT 1947, since Article XXIV has not changed for GATT 1994. Interestingly, negotiators were aware that this Article was insufficient to properly address the issue of PTA, and therefore expected that future negotiations of the Doha Round would clarify these disciplines, which was not the case.

With regards to the first requirement, to cover the majority of trade, set forth by Article XXIV: 8 (a), in order to comply with WTO law, the parties cannot “choose” different products and sectors. This is particularly important because, if the requirement to embark the essential of trade in goods and services is properly implemented, the breach of most-favored-nation treatment is delayed, thereby preserving the multilateral trading system (COTTIER, FOLTEA, 2006, p. 48).

To determine whether most of the trade has been considered, in the

area of services, Article V of the GATS explains the need for a quantitative and qualitative approach¹². Also, a combined analysis, of quantitative and qualitative definition, is indicated by WTO case law for trade in goods¹³.

In addition to this non-discrimination obligation and as a way of increasing free trade, GATT Article XXIV recognizes that customs unions and free trade areas between WTO members may be desirable (MARCEAU, REIMAN, 2001, p. 297). To this end, Article XXIV of GATT and Article V of GATS provide for the possibility that Members constituting a PTA may derogate from WTO obligations, as recognized by the Appellate Body in EC-Bananas III¹⁴.

The Appellate Body Report in Turkey-Textiles¹⁵ makes it clear that the formation of a PTA may justify measures inconsistent with GATT rules, but only after having demonstrated (a) the total compatibility of the PTA with GATT Article XXIV: 5 and 8 and only (b) if the formation of the agreement would have been prevented otherwise. The report also emphasizes the surveillance responsibility of WTO Members. In rendering this decision, the Appellate Body almost introduces a reverse consensus rule suggesting that, unless proven otherwise, PTA and their preferences are contrary to the multilateral WTO rules (MARCEAU, REIMAN, 2001, p. 297).

Despite this reasoning of the Appellate Body in Turkey-textiles, what seems clear is that, even if these articles set conditions for determining the compatibility of the PTA with WTO law, these conditions are not really subject to a strict control. With the consensus rule, in addition, Members are discouraged from helping in the task of oversight for fear of retaliation. This is the subject of the next subsection.

B.2) The poor supervision of the Transparency Mechanism

First, it is important to note that WTO Members do not need to authorize such agreements. WTO Members do not need to give a “green light”; at best, WTO Members can show a “red light” to a PTA

12 “This condition is understood in terms of number of sectors, volume of trade affected and modes of supply. In order to meet this condition, agreements should not provide for the a priori exclusion of any mode of supply”.

13 Appellate Body Report, Turkey-Textiles, WT-DS34-AB-R, adopted November 19, 1999, para. 49.

14 Appellate Body Report, EC - Bananas III, WT / DS27 / AB / R, para. 191.

15 Appellate Body Report, Turkey-Textiles, Op. Cit.

(MARCEAU, REIMAN, 2001, p. 311). However, since WTO members make decisions by consensus, only one PTA has been formally recommended to change its elements¹⁶.

In December 2006, the General Council of the WTO established a new transparency mechanism for these agreements, which is currently being implemented on a provisional basis. This mechanism provides for the rapid announcement and notification of any agreement to the WTO, as well as the notification of any subsequent change in the implementation or operation of an agreement.

This initiative strengthens the power of the Committee on Regional Trade Agreements, responsible for the administration and supervision of the PTA that will be notified, and the committee later informs the Secretariat. As for the latter, there is a real desire to contribute more directly to the challenge presented by these agreements, which is unlikely to be accepted by Members. According to the 2006 decision that created the Transparency Mechanism, the Secretariat can make a factual presentation of the agreement but cannot challenge them (WTO 2006, para. 10).

In addition to this strictly representative function of the Secretariat in the supervision of PTA, another concern is the lack of precision regarding the notification period and deadline for Members to notify their agreements. So far, the only guideline is that WTO Members must be taken into account in good faith to notify their agreements as soon as possible.

With the weak supervision of the PTA by the WTO, and the purely representative role of the Secretariat, even if in several meetings we note that these agreements do not comply with Articles XXIV of GATT and V of GATS, thus being WTO-less (which covers less trade integration and liberalization commitments than those achieved within the WTO), incompatible with WTO rules, are being notified without serious consequences.

One could argue that the ineffectiveness of the Transparency Mechanism is not a real issue, because there will always be the DSB. However, this alternative is not as simple. Most PTA have their own dispute settlement mechanisms, which results in many jurisdictional overlaps, topic of the next subsection.

16 Customs union between the Czech Republic and the Slovak Republic, Working Party Report, GATT document L-7501, October 4, 1994.

B.3) The jurisdictional conflict posed by the PTA dispute settlement mechanisms

Virtually all WTO Members are parties to free trade agreements. Therefore, the assumption that disputes related to these agreements are brought before the WTO DSB is not irrelevant. This does not however happen very often. Yet, these preferential agreements include the possibility of countervailing measures for violations, which often consist of a violation of the WTO law. Such measures should therefore be analyzed by the DSB.

However, a theoretical and practical issue arises when we are faced with an agreement that includes a provision related to WTO law - for example, TNPF. In this situation, there would be double violation: a violation of the PTA and a violation of WTO rules. Countries are then able to seize the dispute settlement mechanism provided in the agreements and the DSB. That might result in two different (and potentially contradictory) awards¹⁷ (KWAK, MARCEAU, 2006, p. 467).

In most cases, the PTA let Members decide which mechanism to use. In fact, the growth of the PTA has weakened the power of the DSB, but also the jurisdictional solutions provided by PTA (CHASE et. al, 2016, p.610). Most of the solutions sought by Members therefore go rather through the diplomatic channel. Even if this is not a legal solution, it cannot be said that it does not work.

One of the problems with these PTA dispute settlement mechanisms is their high confidentiality, which poses a problem with regard to the access of less powerful countries to this system (CHASE et. al, 2016, p. 615). Within the DSB, these benefit considerably from the figure of the interested third party, which is not possible within the PTA. So, if Members want to seek a jurisdictional solution, it will likely be the DSB, because small states can use the assistance of the WTO Secretariat (DAVEY, 2006, p. 355). Another concern with the mechanisms presents in these agreements is the absence of any element of monitor-

17 This also raise concerns on forum shopping, a practice according to which claimant, in this case, WTO Members, will seek jurisdiction at the forum that presents most advantages to their case. S. BUSCH, M.L., "Overlapping institutions, forum shopping, and dispute settlement in international trade"; In: *International Organization*, v. 61, n. 4, p. 735-761, 2007.

ing the procedures possibly triggered by these mechanisms.

Some free trade agreements contain a conflict clause which gives priority, and sometimes exclusivity, to the FTA. The question that arises is whether the waiver or the introduction of an irrevocable choice clause can be invoked against WTO jurisdiction, at the risk of falling into *lis pendens*. Kwak and Marceau (2006, p. 481) explain that everything depends on the interpretation that the DSB will give to the concept of *lis pendens*, if it will consider the cases identical.

If given a choice, Members often prefer to initiate a WTO dispute, faster and more efficient forum. In practice, thanks to its speed, the WTO dispute settlement mechanism will be able to provide decisions - in the form of panel reports, appeal bodies or arbitration - much faster than many other systems and will provide for automatic sanctions, while other systems do not have such capabilities (DAVEY, 2006, p. 349).

This means that, in the context of a dispute between two WTO Members involving situations governed both by a PTA and by WTO agreements, either Member may take the mechanism WTO dispute settlement if it considers that one of its benefits under the WTO has been violated or compromised.

The problems highlighted above suggest that the PTA are often mobilized for political reasons. If Members pursue the PTA with so many non-economic reasons, they do pose many difficulties in achieving free trade in the multilateral trading system (DAMRO, 2006, p. 42). However, it is imperative to understand that the measures proposed by the DSB and the PTA mechanisms are not at all the same, nor have the same objectives (KWAK, MARCEAU, 2006, p. 468). The aim of a DSB decision is to restore order in the multilateral trading system, it is a decision for the whole community and not in relation to a specific Member. Decisions of the agreement mechanisms, on the other hand, seek to provide reparation to the party who has suffered harm.

Given that this situation is unlikely to constitute *lis pendens* or *res judicata*, the question of overlapping jurisdictions remains unsolved (KWAK, MARCEAU, 2006, p. 481-482).

SECTION 2: THE PTA AS AN OPPORTUNITY TO REFORM THE WTO

Structured international regulatory cooperation, based on the principles of GATT, offers advantages that are difficult to achieve unilaterally: predictability, liability, interactive engagement aimed at strengthening integration and efficiency gains generated by a larger scale. This is the reason for trying to improve, evolve and adapt the multilateral trading system to current global trends and needs. The challenge is to do so at a time when global economic power is becoming more diffuse.

In order to face the challenge posed by the PTA as an opportunity for the renewal of the WTO, this section will discuss (A) the need to strengthen the role of the Secretariat and to strengthen supervision and transparency; and (B) multilateralization as an alternative, (B.1) *de facto* or (B.2) critical mass.

A) The need to strengthen PTA supervision and the role of the Secretariat

As stated earlier in this article, it is generally recognized that the GATT revision procedure for PTA is quite insufficient. Efforts are therefore necessary to improve this system and minimize the potential negative effects of the proliferation of the PTA. Cottier and Faltea (2006, p. 69-72) indicate four measures to encourage Members' duty of transparency and to strengthen WTO supervision of the compatibility of the PTA with its rules.

The first is to simplify the notification procedure and unify the system, so that there is only one notification per PTA, regardless of its legal basis – Art. XXIV GATT, Art. V GATS or enabling clause¹⁸. The second is to set up a committee of independent experts to verify the compatibility of the agreements, in place of the Transparency Mechanism. This would serve to avoid the political conflict of inter-

18 The notification of a PTA is currently done according to its legal basis within the WTO framework, whether it is GATT (trade of goods), GATS (trade of services) or the enabling clause (developing countries).

est which can influence the positioning of Members when analyzing a PTA¹⁹. The third measure would be to strengthen the role of the Secretariat in overseeing its agreements, which, as explained, is currently quite limited, since the Secretariat cannot effectively oppose to an agreement. The fourth and final step is to think about new trade remedies. Those existing today are limited “pro futuro” and do not encourage PTA disciplines to comply with WTO rules.

Regarding the role of the Secretariat in the negotiation process, it has lost importance over time. Active members increase in the average size of trade missions, more attention given to trade negotiations and more services provided by lawyers have weakened the role of the Secretariat in negotiations (ELSIG, 2009, p. 71). At the same time, the reluctance of members to delegate powers to the Secretariat has also not changed.

It is therefore necessary to allow the Secretariat to be able to effectively provide its contributions. The WTO is a “member-driven” organization in which the Secretariat does not make itself heard enough. Allowing the Secretariat to do more to support political dialogue in WTO bodies and the work of WTO Members engaged in open plurilateral initiatives will strengthen the trading system (ELSIG, 2009, p. 72-74).

Another alternative, and perhaps the most - or the only - reasonable one, is that of multilateralization.

B) MULTILATERALIZATION AS A POSSIBLE SOLUTION

Mavroidis and Bollyky (2017, p. 21) explain that preferential trade agreements are a second-best solution to the problem of trade liberalization and better regulation, as these agreements do not cover all countries participating in world trade. However, it is still important to “multilateralize” the progress in international regulatory cooperation achieved by these agreements and to integrate them into the WTO.

¹⁹ WTO Members, even if they should play the role of supervisors of the member-driven organization, are not neutral when analyzing the compatibility of a PTA with the law of the WTO. This is because all Members subscribe to a PTA, and fear retaliation in the event of a future notification concerning one of their agreements.

Multilateralizing progress in preferential trade agreements, as well as bilateral and regional initiatives, would reduce business costs, broaden regulatory cooperation and meet social preferences (if widely shared). In doing so, multilateralization would help unlock the social benefits of trade liberalization, both under the WTO and preferential trade agreements.

B.1) *De facto* multilateralization

Currently, a *de facto* multilateralization of preferential agreements is in place, since all the provisions which liberalize trade in services with regard to national suppliers can be extended to suppliers from States party to the agreement (B.1.1). Another possibility of achieving *de facto* multilateralization is through positive integration (B.1.2).

B.1.1) The example of the GATS

It is prescribed in the GATS and in article V of the GATS on economic integration agreements that national service suppliers of Members who are not parties to the agreement may benefit from these agreements as soon as they provide the preferential services in the territory. It is therefore a clause with TNPF effect, with the possibility of benefiting from the clauses of the PTA. Nonetheless, it is necessary to prove that the supplier is installed in the territory and carries out essential activities.

Foreign investors are mostly benefited, regardless of their nationality. This is the case with CETA, for example: American investors who are in Canada will benefit from this agreement.

This relationship between trade, services and investment had already been emphasized by Baldwin, who suggests an interconnection of these three disciplines as a distinctive characteristic of international trade in the XXI century (BALDWIN, 2011).

B.1.2) Towards positive integration

Beyond the example of multilateralization in services, thinking about a deeper regulatory integration would be a new and effective way to respond to the current challenges facing the WTO.

A new way because it would mean leaving with the spirit of GATT 1994 behind, which has done only negative integration, limited to prohibiting tariff barriers. The current objective is positive integration, to fight against non-tariff barriers to trade (such as divergent legislation). It is therefore necessary to promote a deep harmonization of national laws, such as CETA is trying to do, for example. And an effective one because a legislative change aimed at harmonizing the rules would undoubtedly have significant repercussions on trade relations. Changes and legislative harmonization in public health, health security, technical standards, etc.

Furthermore, in the case of positive integration, control comes from the Parties to the agreements, not from the WTO, by modifying their trade practices. Dialogue and cooperation agreements, for example, can help improve transparency, raise awareness among trading countries of the needs and costs for the others, and advance coordination between regulators, businesses and trade officials. And it's also a way to get away from the spaghetti bowl problem.

If a PTA has made it possible to modify national legislation, this will necessarily benefit third States. Thus, there would be a *de facto* multilateralization of certain provisions of economic free trade agreements (MAVROIDIS et. BOLLYKY, 2017). But this only works if the agreement goes in the direction of harmonizing national laws, not working if the States parties to the agreements are based on mutual recognition²⁰, because promoting deep integration of national laws is not the same as recognizing the equivalence of standards in force in a country (CARREAU, JUILLARD, 2004, p. 174). As Dominique Carreau et Patrick Juillard explains, mutual recognition does not imply legislative change, while positive integration does.

B.2) Multilateralization by critical mass

The gradual multilateralization of PTA-related initiatives to integrate them into the WTO can lead to a review of the decision-making processes of the multilateral trading system, in order to allow the con-

²⁰ The concept of mutual recognition in European Union law implies that products imported into one Member State from another will be presumed to be in conformity with the rules of the first Member State.

clusion of non-discriminatory agreements between groups of specific Members - critical mass - in support of the multilateralization process (KRISHNA et. al., 2011, p. 45).

Critical mass exists when a sufficiently large body of Members agrees to cooperate under the auspices of the WTO. An important feature of this approach is that the agreements do not discriminate against non-signatory countries. Doctrine is particularly interested in how this phenomenon of PTA multilateralization can influence the decision-making process within the WTO, examining the possibility of adopting a modified consensus rule. Warwick report (WARWICK COMMISSION, 2007), introducing its version of critical mass decision-making, argues that there was a lesson to be learned from the Tokyo Cycle.

During these negotiations, integrated by nearly 100 members, only a small group, led mainly by the United States and the European Community, actively participated in negotiations organized like an inverted pyramid (WINHAM, 1986). First, the negotiations took place in bilateral contexts (United States-EC) and in small groups (United States, EC, Japan and Canada). Second, after an initial agreement between these groups, the dominant players attempted to multilateralize the results by offering certain concessions to other potential parties to the agreements. Towards the end of the negotiations, some developing countries became more involved in the negotiations, but the concessions offered by the main players were perceived as too vague and as not meeting the objectives of the Tokyo Declaration. The main agreements have been concluded between the United States, the European Community and Japan. In other words, the critical mass was very low during the negotiations on non-tariff barriers. Lots of decision-making power concentrated on a reduced number of economic agents.

In summary, the Warwick report concludes that the results of critical mass negotiations do not affect the balance of rights and obligations and that the rights acquired by signatories are extended to all members on a non-discriminatory basis, obligations falling solely on signatory²¹. Thus, the report shares the view that critical mass

21 Non-signatories will not have any obligations but will be able to benefit from the results: the free-rider phenomenon, which here is not particularly problematic.

and non-discrimination, here as the most-favored-nation extension to non-participants, are aligned.

Adopting a critical mass approach would make it possible to “multilateralize” trade rules without involving all WTO Members, a proposal which may seem attractive when it is justified to have a regulatory approach to trade widely shared but not necessarily global.

CONCLUSION

The aim of this article, based on the analysis of the main issues of relationship between the PTA and the WTO, was to define whether the proliferation of PTA represented a crisis or an opportunity for the WTO. This question is the result of the challenges confronted by the WTO in the face of the proliferation of the PTA in recent decades, also affected by the complexification of GVC. As demonstrated at the beginning of this study, even if these agreements comply with WTO law, the problems they pose are due to the scale of their growth. It is a phenomenon that follows the trend of a generalized crisis of multilateralism.

To answer this question, in the first section, this article has analyzed the symptoms indicating that the proliferation of the PTA is a normative and an institutional crisis of the WTO.

In the normative sense, the principle of the single undertaking and the consensus rule explain why Members resort to plurilateral solutions in order to easily reach common ground. In addition, considering the weak legislative evolution since GATT 1947, insufficient to follow recent trends in international trade, such as the appearance of new disciplines (investments, industrial property, etc.), the PTA, through WTO-plus or WTO-extra provisions, deal with subjects not covered by the WTO. Finally, the acceleration of GVC has radically complicated the rules of origin, which remain a very important topic and difficult to resolve.

From an institutional point of view, the study demonstrated the insufficient supervision made by the WTO with regard to the PTA, resulting from the non-evolution of the applicable legislation and the weak transparency mechanism. In addition, another major problem

arises from the conflict of jurisdiction between the DSB and the dispute settlement mechanisms present in the PTA.

At the end of the first section, this research allowed us to conclude that the growth of the PTA is both the source and the consequence of a WTO crisis. Knowing that we are therefore facing a crisis, the challenge is to know if it is possible to transform these challenges into opportunities to renew the organization and recover its power.

In the second section, this article has tried to think of reasonable alternatives to take advantage of the new scenario of international trade to improve the multilateral trading system. As possible solutions, we identify a strengthening of the supervision made by the WTO of the PTA countries, with a more powerful Secretariat, and the multilateralization of the benefits perceived by the PTA parties, whether *de facto* or via a critical mass of Members.

We hope that this article can provide a panoramic understanding of the problems currently encountered by the WTO in the face of the trend of regionalism and the initiatives to be implemented for enriching results.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

Books and articles

BALDWIN, R., “21th Century Regionalism: Filling the gap between 21th century trade and 20th century rules”, In: *World Trade Organization: Economic Research and Statistics Division*, Staff working Paper, ERSD-2011-08, May, 2011.

BHAGWATI J., KRUEGER A.,” The Dangerous Drift to Commercial Trade Agreements”, In: *United States trade policy: infatuation with free trade agreements*, Washington, DC: AEI Press, 1995.

BOLLYKY, TJ., MAVROIDIS, PC., “Trade, Social Preferences and Regulatory Cooperation the New WTO-Think”, In: *Journal of International Economic Law*, 2017, p. 1-30.

BURFISHER, ME et. al., “Regionalism: Old and New, Theory and Practice”, In: *International Food Research Institute*, February, 2004.

BUSCH, M.L., “Overlapping institutions, forum shopping, and dispute settlement in international trade”; In: *International Organization*, v. 61, n. 4, p. 735-761, 2007.

CARREAU D., JUILLARD P., *Droit International Economique*, Paris: Dalloz, 2004.

CHASE et.al., “Mapping of dispute settlement mechanisms in regional trade agreements – innovative or variations on a theme?”, In: ACHARYA, R, *Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System*, Cambridge University Press, 2016.

CONCONI, P., *Do Rules of Origin Hurt Third Countries*, Geneva: WTO Trade Dialogues Series, 2018.

COTTIER, T.; FOLTEA, M., “Constitutional Functions of the WTO and RTAs”, In: L. Bartels, F. Ortino, *Regional trade agreements and the WTO legal system*, Oxford University Press, 2006.

DAM K., “Regional Economic Arrangements and the GATT, the Leg-

acy and Misconception”, In: *The University of Chicago Law Review*, 1963.

DAVEY, WJ, “Dispute Settlement in the WTO and RTAs”, In: L. Bartels, F. Ortino, *Regional trade agreements and the WTO legal system*, Oxford University Press, 2006.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. Cambridge University Press, 2008.

DUBIN, L. Dubin, RUNAVOT, MC, “The crisis of international organizations”, *Droit des organisations internationales*, (ss la dir.) E. Lagrange and JM Sorel, Paris: LGDJ, 2013.

ELSIG, M., “Can we get a little help from the Secretariat and the Critical Mass”, In: *Redesigning the World Trade Organization for the twenty-first century*, 2009, p. 67-90.

ELSIG, M., *Agency Theory and the WTO: Complex Agency and Missing Delegation*, Paper Manuscript, 2008.

FABRI H.R., “The WTO, an organization in crisis?.”, In: *Annuaire français de relations internationales*, Paris: 2001, p. 943-951.

HOEKMAN, B.; KOSTECKI, M., *The Political Economy of the World Trading System - From GATT to WTO*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

HORN H., MAVROIDIS PC, SAPIR A., “Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements”, In: *The World Economy*, c. 33, 2010, p. 1565-1588.]

HOUFBAUER G., BHAGWATI J., *Are RTAs stepping stones or obstacles to the trading system?*, World Trade Organization e-Debates, 2007.

HOWSE, R., REGAN, D., “The product / process distinction-an illusory basis for disciplining unilateralism in trade policy”, In: *European Journal of International Law*, 2000, p. 249-289.

KWAK, K., MARCEAU, G, “Overlaps and Conflicts of Jurisdic-

tion between the WTO and RTAs”, In: L. Bartels, F. Ortino, *Regional trade agreements and the WTO legal system*, Oxford University Press, 2006.

KRISHNA, P., et.al, *The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-Existence to Coherence*, Geneva: World Trade Organization, 2011.

MARCEAU G.; REIMAN C., *When and How Is a RTA Compatible with the WTO*, Legal Issues of Economic Integration, 2001.

MATSUSHITA, M. et. al., *The World Trade Organization: law, practice and policy*, 3rd ed., Oxford University Press, 2015.

MATTHIES J., “EC Rules of Origin from an Official’s Point of View”, In: *Rules of Origin in International Trade: A Comparative Study*, 1992, pp. 419-432.

RIVAS, JA, “Do rules of origin in FTAs comply with article XXIV GATT”, In: L. Bartels, F. Ortino, *Regional trade agreements and the WTO legal system*, Oxford University Press, 2006.

SCHIMNI, BS, “Third world approaches to international law: a manifesto”, In: *International Community Law Review*, c. 8, 2006.

SOREL, JM, “Accords commerciaux et régionalisation des échanges”, In: *La régionalisation de l’économie mondiale*, 2007.

SUTHERLAND, P. et. al., *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millenium*, Geneva: OMC, 2004.

THORTENSEN, V et. al., “Acordos preferenciais de comércio: da multiplicação de novas regras aos mega acordos comerciais”, São Palo: FGV, 2014.

WARWICK COMMISSION, “The Multilateral Trade Regime, Which Way Forward”, Coventry: University of Warwick, 2007.

WINHAM G., *International Trade and the Tokyo Round Negotiation*, Princeton: Princeton University Press, 1986.

Official documents

WTO Ministerial Decision, 2006.

Customs union between the Czech Republic and the Slovak Republic, Working Party Report, GATT document L-7501, October 4, 1994.

Appellate Body Report, EC - Bananas III, WT / DS27 / AB / R.

Appellate Body Report, Turkey-Textiles, WT-DS34-AB-R, adopted November 19, 1999.

A RENÚNCIA DE JÂNIO QUADROS COMO CRISE CONSTITUCIONAL E A SAÍDA PARLAMENTARISTA PARA A POSSE DE JANGO

JÂNIO QUADROS'S RESIGNATION AS A CONSTITUTIONAL
CRISIS AND THE PARLIAMENTARY SOLUTION ENABLING
JANGO'S PRESIDENCY

Lucas Orsi Rossi¹

Resumo: Este trabalho se propõe a analisar os acontecimentos de agosto de 1961, deflagrados pela inesperada renúncia do então presidente Jânio Quadros, sob a perspectiva de uma crise constitucional. Inicialmente, será exposto o cenário histórico-político da época, marcado pela controvertida posse de seu vice, João Goulart, e pela crise da legalidade. Com o objetivo de analisar a repercussão constitucional resultante dessa crise política, será analisado o conceito de “crise constitucional”, e demonstrar-se-á que houve uma crise desse tipo no contexto histórico explorado. Para tanto, foram utilizados documentos do período, como Anais da Câmara dos Deputados e Diários do Congresso Nacional, e bibliografia complementar.

Palavras-chave: Renúncia; Crise da legalidade; Crise constitucional; Usos da constituição; Parlamentarismo.

1 Graduando em Direito na Universidade de Brasília. Integrante do grupo de pesquisa “Percurso, Narrativas e Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo” (CNPq/UnB). Este artigo foi elaborado sob orientação do Professor Dr. Cristiano Paixão.

Abstract: This paper aims to analyse the events of August, 1961, triggered by the unexpected resignation of the then-President Jânio Quadros, under the perspective of a constitutional crisis. Firstly, the historical and political background of that time, characterized by the controverted inauguration of the then-Vice-President, João Goulart, and by the legality crisis, will be exposed. In order to analyse the constitutional repercussion resulting from this political crisis, the concept of “constitutional crisis” will be examined, for, then, demonstrate that it has effectively occurred in the explored historical context. Therefore, documents, such as Annals of the Chamber of Deputies and Diaries of the National Congress from that time, and complementary bibliography were used.

Keywords: Resignation; Legality crisis; Constitutional crisis; Uses of the constitution; Parliamentary system.

INTRODUÇÃO

A história política brasileira é marcada por constantes alternâncias entre democracia e autoritarismo. Neste cenário, o período compreendido entre 1945 e 1964, conhecido como democracia entre ditaduras², foi marcado por três grandes crises. São elas: a de 1954 - deflagrada pelo atentado da rua Tonelero e com desfecho no suicídio de Getúlio Vargas -, a de 1955 - marcada pelo contragolpe, ou golpe preventivo, com o impedimento de dois presidentes para assegurar a posse de Juscelino Kubitschek - e a de 1961 - a crise da renúncia, ora abordada.

Findo o mandato de JK, assumiu Jânio Quadros a Presidência da República. Diferentemente de seu antecessor, não houve problemas em sua posse. Com uma vitória relativamente folgada, o governo de Quadros não tinha motivos para se preocupar com alguma tentativa de golpe militar, que parecia ter sido superada em novembro de 1955³.

Apesar disso, por motivos que envolviam sua falta de articulação com o Parlamento, sua política externa independente e sua insatisfação com o sistema político e de governo, inesperadamente - não sem antes ter enviado seu controverso vice-presidente para uma viagem à China comunista -, Jânio Quadros renuncia ao mandato. Como resultado, entre

2 O historiador Jorge Ferreira relata que o período frequentemente é adjetivado como “República populista” ou “democracia populista”. Com a adoção dessas “expressões desqualificadoras”, “a história política do país é reduzida [...] a uma dicotomia simplista: por um lado, um líder esperto, superconsciente, capaz de manipular e enganar; por outro, uma massa sem consciência de seus interesses, iludida por discursos fáceis sem conteúdo”. Com efeito, tal visão restritiva mascara a realidade da época. Isso porque “o estudo das crises republicanas permite ao estudioso vislumbrar uma sociedade em processo de organização e mobilização crescentes e, sobretudo, grupos políticos e sociais interessados em manter as regras democráticas. [...] As instituições democráticas, dentro das limitações que conhecemos até hoje, funcionavam”. (FERREIRA, 2010, p. 337). É por isso que se entende mais adequado denominar o período inaugurado com o fim da ditadura de Vargas e com término no golpe civil-militar literalmente pelo que o é: uma democracia *entre* ditaduras.

3 Ferreira narra que “O contragolpe liderado por Henrique Teixeira Lott liberou tendências nacionalistas dentro das Forças Armadas - particularmente no Exército - próximas ao PTB e que, até então, atuavam com discrição política. Os trabalhistas, a partir daí, deram-se conta de que os udenistas não tinham o monopólio dos quartéis e passaram também a dispor de suas ‘tropas’, concorrendo diretamente com a direita. [...] Ganhar a oficialidade para a causa trabalhista tornou-se, assim, uma das vias de ação do PTB”. Contudo, o historiador alertou que “a ida dos petebistas e das esquerdas aos quartéis feriu crenças, valores e códigos comportamentais próprios da instituição militar. Outras facções nas Forças Armadas não os perdoariam pela estratégia de fazer proselitismo político nas tropas”. (FERREIRA, 2010, p. 326-326).

os dias 25 de agosto e 7 de setembro de 1961, uma crise institucional e constitucional foi deflagrada com proporções que pareciam, até então, inimagináveis.

Neste cenário, o Congresso Nacional teve que deliberar sobre um fato que transcendia a pessoa do renunciante, porque alcançava o seu substituto - o vice-presidente. João Goulart, que fora eleito para o cargo de vice pela primeira vez em 1955, era o candidato do presidencialista derrotado Marechal Lott. Seu partido, PTB, não apoiou Quadros em sua campanha, mesmo que, informalmente, alguns setores tivessem articulado a aliança Jan-Jan.

Inicialmente, parecia clara a solução: dar posse a João Goulart, sucessor constitucional, nos termos do art. 79 da Constituição de 1946. Contudo, os ministros militares - Odylio Denys, Sylvio Heck e Gabriel Grün Moss - manifestaram a “inconveniência” do retorno de Jango ao Brasil, se opondo à sua posse e, inclusive, buscando prendê-lo assim que retornasse ao país. Como solução, o Congresso tratou de agilizar e de aprovar uma emenda constitucional que instituiu, no meio do mandato, o regime de governo parlamentar, de forma que João Goulart seria o chefe de Estado, mas não de governo.

A medida - a solução parlamentarista - acalmou, ainda que momentaneamente, os ânimos de ambos os lados do conflito, que estava à beira da eclosão. Na crise de 1961, que teve como estopim a renúncia, o tempo da política exigiu uma decisão rápida, que não foi acompanhada pelo tempo do direito, por isso apelou-se para outras soluções. Na ocasião, o Parlamento jogava, também, a sua própria sorte ante a iminência de uma ditadura.

Primeiramente, será contextualizado o cenário histórico-político de 1961, bem como os fatores que levaram ao desgaste político de Jânio Quadros e à sua renúncia. Em seguida, será analisada a reação do Congresso Nacional ao ato e a sua busca por uma solução conciliatória, visto que não era consenso, dentre os diversos setores do país, a posse de João Goulart. No tópico seguinte, são apresentadas noções e classificações de crise constitucional. Por fim, a partir dos fatos e das teorias expostas, verificar-se-á o enquadramento da crise política de 1961 como uma crise constitucional.

1. A RENÚNCIA: O GATILHO DA CRISE DE 1961

Jânio Quadros (PTN), apoiado pela UDN, com uma vassoura como símbolo de campanha - a qual varreria do Brasil toda a corrupção -, venceu as eleições presidenciais de 3 de outubro de 1960⁴. Com 48% dos votos válidos, derrotou o Marechal Henrique Teixeira Lott (PSD) - protagonista dos episódios de novembro de 1955 - e Ademar de Barros (PSP). No sistema eleitoral da época, apesar de serem no mesmo pleito, a votação para presidente e para vice eram separadas. Na eleição para vice, João Goulart (PTB) conseguiu se reeleger, à frente de Milton Campos (UDN) e de Fernando Ferrari (PDC).

Com isso, pela primeira vez no Brasil, o presidente e o vice-presidente da República eram membros de partidos conflitantes e de chapas antagônicas - oficialmente Jânio Quadros e Milton Campos se apoiavam, assim como Henrique Lott e João Goulart -, situação à qual não havia impedimento previsto na Constituição de 1946, que não concebia qualquer espécie de vinculação de votos. Com efeito, o texto previa apenas que:

Art 81. O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos simultaneamente, em todo o País, cento e vinte dias antes do termo do período presidencial⁵.

Vale ressaltar que, com o resultado das eleições gerais de 1958, a legislatura da Câmara dos Deputados teve o PSD como maior partido, que

4 Na ocasião, para a Presidência, Jânio Quadros somou 5.636.623 de votos (48% dos votos válidos); Teixeira Lott, 3.846.825 (32%); e Ademar de Barros, 2.195.709 (18%). Na disputa pela Vice-Presidência, João Goulart conquistou a simpatia de 4.547.010 de eleitores (41%), seguido de Milton Campos, com 4.237.419 de votos (38%) e de Fernando Ferrari, com 2.137.382 (19%). (BRASIL; TSE, 1963).

5 A vinculação entre os cargos, sob a vigência da Constituição de 1946, passou a valer no ordenamento apenas a partir da Emenda Constitucional nº 9, de 1964, já durante a ditadura militar, quando a disposição passou a ser:

Art. 81. O Presidente da República será eleito, em todo o País, cento e vinte dias antes do termo do período presidencial, por maioria absoluta de votos, excluídos, para a apuração desta, os em branco e os nulos.

[...]

§ 4º O Vice-Presidente considerar-se-á eleito em virtude da eleição do Presidente com o qual se candidatar, devendo, para isso, cada candidato a Presidente registrar-se com um candidato a Vice-Presidente.

conquistou 35% dos assentos, seguido da UDN, com 21%, e do PTB, com 20%. Para o terço do Senado Federal sob pleito, o PSD e o PTB elegeram 6 senadores cada, enquanto a UDN conseguiu emplacar 8. (BRASIL; TSE, 1961). Percebe-se a instalação de um quadro de potencial conflito entre Executivo e Legislativo, com possíveis disputas entre os três maiores partidos da época⁶.

O governo de Quadros, em um cenário de crise econômica pós-governo JK, adotou um programa de controle ortodoxo de gastos públicos. Apesar disso, a grande inovação de seu governo foi a adoção de uma política externa independente, que, no período de plena Guerra Fria, não era bem vista⁷. Com ela, estabeleceu contratos e missões comerciais - mas não diplomáticos, ressalta-se - com a URSS e com a China.

Promovendo o que chamava de “saneamento moral da nação”, o homem da vassoura fez jus à sua campanha e, logo no início de sua gestão, criou comissões de sindicância presididas por militares para investigar a atuação de órgãos e de empresas públicas. Nelas, superfaturamento, corrupção - muitos relacionados às obras de construção de Brasília - e nepotismo eram descobertos. Por trás dos contratos irregulares, estavam políticos de todos os partidos e isso era noticiado na imprensa. Se, por um lado, a vassoura começou a “varrer” a corrupção do país, por outro, gerou um mal-estar com o Congresso Nacional⁸.

6 Com o fim do Estado Novo em 1945, retomou-se o sistema partidário. Durante a experiência política brasileira da época, destacam-se três partidos. O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), herdeiro do getulismo e principal expoente do trabalhismo, tinha um programa político atrativo aos simpatizantes da esquerda, com foco no nacional-estatismo. Já a União Democrática Nacional (UDN) atraiu as elites, os militares e a classe média conservadora com um plano liberal antitrabalhista e anticomunista. “Durante toda a experiência democrática brasileira, entre 1945 e 1964, os dois projetos, em concorrência, disputaram a preferência do eleitorado”. (FERREIRA, 2010, p. 303-304). Apesar disso, foi o Partido Social Democrático (PSD) que conseguiu dominar a política brasileira por cerca de 15 anos, emplacando na Presidência Eurico Gaspar Dutra em 1946 e JK em 1955.

7 O jornal Folha de São Paulo, em reportagem veiculada no dia seguinte à morte do ex-Presidente Jânio Quadros, 17/2/1992, rememora momentos emblemáticos de seu governo. Destaca-se o seguinte trecho: “No plano externo, Jânio anunciou em 6 de fevereiro que adotaria uma política de neutralidade. Jânio negou-se a apoiar a invasão de Cuba pelos Estados Unidos no dia 16 de abril. Também enviou missões comerciais aos países então comunistas URSS, Bulgária, Hungria. Pretendendo ampliar a presença brasileira na África, o governo abriu embaixadas no Senegal, Gana, Nigéria e Zaire. Em 19 de agosto, condecorou Ernesto ‘Che’ Guevara, então ministro da Economia de Cuba, com a Ordem Nacional do Cruzeiro do Sul, provocando protestos dos militares e da UDN”. (MORRE..., 1992).

8 Na mesma matéria da Folha de S. Paulo: (i) “Nos sete meses em que ocupou a Presidência, Jânio tomou medidas para promover o ‘saneamento moral da nação’”; (ii) “Sua cruzada

Além disso, Jânio Quadros, ao longo de sua campanha e de seu mandato, defendia a necessidade de uma modificação no poder, cujo vício político, em sua visão, era eminentemente estrutural. Para o político, o presidente da República deveria se dirigir diretamente ao povo, por meio de plebiscitos, e não aos partidos políticos, sempre incapazes de retratar as verdadeiras necessidades políticas e sociais populares. Isso decorria do sistema eleitoral vigente. Enquanto ao Executivo o pleito era plebiscitário, universal, direto e secreto, ao Legislativo prevalecia o voto proporcional partidário, que carecia de programação nacional. (QUADROS; FRANCO, 1967).

Sem habilidade de negociação política com um Congresso dividido e polarizado e não satisfeito com o fato de normas constitucionais limitarem o poder presidencial, Jânio Quadros toma uma atitude. Para sanar essa incoerência e revolucionar o sistema político brasileiro, o raciocínio do presidente, conforme Afonso Arinos, foi o seguinte:

primeiro, operar-se-ia a renúncia; segundo, abrir-se-ia o vazio sucessório - visto a que João Goulart, distante na China, não permitiriam as forças militares a posse, e, destarte, ficaria o país acéfalo; terceiro, ou bem se passaria a uma fórmula, em consequência da qual êle mesmo emergisse como primeiro mandatário, mas já dentro do nôvo regime institucional, ou bem, sem êle, as forças armadas se encarregariam de montar êsse nôvo regime, cabendo, em consequência, depois a um outro cidadão - escolhido por qualquer via - presidir ao país sob o nôvo esquema viável e operativo: como, em tudo, o que importava era a reforma institucional, não o indivíduo ou os indivíduos que a promovesse, sacrificando-se êle, ou não se sacrificando, o essencial seria atingido. (QUADROS; FRANCO, 1967, p. 241-242).

Firme em sua estratégia, no dia 25 de agosto de 1961, sete meses após assumir o cargo, Jânio Quadros entrega ao Congresso Nacional sua renúncia ao mandato. Em suas razões, afirma que “forças terríveis” te-começou no dia da posse, em 31 de janeiro de 61, com a criação de cinco comissões de sindicância para apurar irregularidades no governo de Juscelino Kubitschek. Até 31 de março, Jânio criaria mais 28 comissões de sindicância e inquérito, todas presididas por militares”; e (iii) “A intensa utilização de oficiais das Forças Armadas em sua administração e o temor do envolvimento de nomes do governo anterior em processo acirrou a hostilidade dos congressistas”. (MORRE..., 1992).

riam conspirado contra seu governo e, caso permanecesse como presidente, não manteria sua confiança e sua tranquilidade - tão essenciais ao pleno exercício da função -, não restando alternativa senão sua renúncia.

2. A REPERCUSSÃO NO CONGRESSO NACIONAL

Ao Congresso Nacional.

Nesta data, e por êste instrumento, deixando com o Ministro da Justiça, as razões de meu ato, renuncio ao mandato de Presidente da República.

Brasília, 25.8.61

- Jânio Quadros.⁹

Imediatamente após a leitura da renúncia na Câmara dos Deputados, um tumulto se instalou no Plenário. O governo de Jânio Quadros era alvo de diversas críticas por parte do Congresso, mas a manobra pegou todos de surpresa. Ninguém imaginava que o presidente renunciaria ao mandato. No meio político, a desunião de interesses e os pontos de vistas divergentes poderiam levar o país ao caos, com a subsequente intervenção do poder militar.

Neste cenário, o PSD e o PTB buscaram tão logo tornar definitiva a renúncia, entendida como um ato unilateral e irrevogável por parte do presidente. Esta foi a maneira encontrada para atender aos interesses políticos de ambos os partidos: o PTB emplacaria, inesperadamente, o sucessor do getulismo na Presidência da República; enquanto o PSD retomaria o prestígio que antes tivera, no momento ocupado pela UDN, seu maior adversário político. Assim, “a renúncia de Jânio era como a oportunidade mitológica: cumpria aos dois partidos majoritários agarrá-la pelos cabelos antes que escapasse”. (QUADROS; FRANCO, 1967, p. 245).

De acordo com a previsão constitucional, com a vacância do cargo de presidente da República e com a ausência do vice - em viagem internacional -, assumiu o cargo o presidente da Câmara dos Deputados,

⁹ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. 26 de ago. de 1961. p. 162-163. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/a-crise-politica-de-1961/Sessao%20do%20Congresso%20Nacional%20em%2025081961-DCN.pdf>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do senador Moura Andrade (PSD).

Ranieri Mazzilli (PSD). É o que sugere a leitura do art. 79, § 1º, da Constituição de 1946:

Art 79. Substitui o Presidente, em caso de impedimento, e sucede-lhe, no de vaga, o Vice-Presidente da República.

§ 1º - Em caso de impedimento ou vaga do Presidente e do Vice-Presidente da República, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o Vice-Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

No dia seguinte, 26 de agosto, na sessão da Câmara dos Deputados, todas as discussões dos deputados mantiveram o assunto e o tom pacífico: para todos era claro que, com a renúncia do presidente da República, deveria assumir o governo do país o vice-presidente João Goulart, sendo que as Forças Armadas deveriam cumprir, fielmente, seus deveres constitucionais, preservando, ao máximo, o regime democrático, conforme a previsão do art. 177:

Art 177. Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem.

Nesta linha se pronunciou o deputado Antônio Carlos Magalhães (UDN):

Evidentemente, devemos todos nós respeito às gloriosas Fôrças Armadas do País, mas respeitá-las não significa a elas estar submetidos. Mesmo porque convencido estou de que um Exército que defende a legalidade não pode desejar que a representação autêntica do povo brasileiro, que é esta Casa, a ele ou a quaisquer forças armadas esteja submetida. [...] os tanques, os fuzis, tudo isto, a esta hora, em todo êste País está nas ruas, em certamente para a defesa da legalidade, para o cumprimento da Constituição. Fora daí, não há outro caminho¹⁰.

10 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 26 de ago. de 1961, p. 705-708. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/a-criese-politica-de-1961/Antonio%20Carlos%20Magalhaes%2026081961%20-%20705.pdf>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do deputado Antônio Carlos Magalhães (UDN).

A sessão transcorreu sem complicações, com os deputados trocando ideias e formulando indagações sobre possibilidades hipotéticas de Jango não assumir a Presidência da República, por vários motivos, dentre eles a renúncia. Apesar do consenso entre parlamentares quanto ao estrito cumprimento da Constituição, com as notícias do retorno de João Goulart ao Brasil os militares se movimentavam em sentido contrário. As estradas para os aeroportos estavam bloqueadas, ocupadas pelas Forças Armadas. No aeroporto de Brasília, inclusive, tanques estavam a postos. Os aviões desciam e os passageiros ficavam à espera das forças da Aeronáutica, que estavam à procura do vice-presidente da República. O comportamento das militares provocou debate dos pares.

A sessão extraordinária do dia 27 de agosto, domingo, começou com um pronunciamento do deputado Sérgio Magalhães (PTB)¹¹, que denunciou à Câmara a prisão do marechal Henrique Teixeira Lott; a censura e a apreensão de edição de jornais no estado da Guanabara; e revistas em aviões comerciais em busca de João Goulart. Em seguida, o deputado Eloy Dutra (PTB) leu um manifesto de Lott à nação:

Aos meus camaradas das Forças Armadas e ao Povo Brasileiro. Tomei conhecimento, nesta data, da decisão do Sr. Ministro da Guerra, Mal. Odylio Denys, manifestada ao Governador do Rio Grande do Sul, através do Dep. Rui Ramos, no Palácio do Planalto, em Brasília, de não permitir que o atual Presidente da República, Dr. João Goulart, entre no exercício de suas funções e, ainda, de detê-lo no momento em que pise o território nacional. Mediante ligação telefônica, tentei demover aquele colega da prática de semelhante violência, sem obter resultado. Embora afastado das atividades militares, mantenho compromisso de honra com a minha classe, com a minha pátria e com as suas instituições democráticas e constitucionais. E, por isso, sinto-me no indeclinável dever de manifestar meu repúdio à solução anormal e arbitrária que pretende impor à Nação. Dentro desta orientação, conclamo todas as forças da produção e do pensamento, dos estudantes e intelectuais, operários e o povo em geral, para tomar posição decisiva e ené-

11 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 27 de ago. de 1961, p. 732-733. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=733&DataIn=27/08/1961#>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do deputado Sérgio Magalhães (PTB).

gica pelo respeito à Constituição e preservação integral do regime democrático brasileiro, certo, ainda, de que os meus nobres camaradas das Forças Armadas saberão portar-se à altura das tradições legalistas que marcam a sua história nos destinos da Pátria.

- Henrique Lott.¹²

Na segunda-feira, dia 28 de agosto, em sessão conjunta da Câmara dos Deputados com o Senado Federal, foi lida a Mensagem 471/61, de autoria do Poder Executivo:

Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional,
Tenho a honra de comunicar a V. Exa. que, na apresentação da atual situação política criada pela renúncia do Presidente Jânio Quadros, os Ministros Militares, na qualidade de Chefes das Forças Armadas, responsáveis pela ordem interna, me manifestaram a absoluta inconveniência, por motivos de segurança nacional, do regresso ao País do Vice-Presidente João Belchior Marques Goulart. Brasília, em 28 de agosto de 1961.

- Ranieri Mazzilli¹³

Estava configurado o conflito. Instaurava-se a chamada *crise da legalidade*.

De um lado, os legalistas, liderados pelo governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, que, com o apoio do Terceiro Exército e da população, utilizando-se da “Cadeia da Legalidade”¹⁴, buscavam em-

12 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 27 de ago. de 1961, p. 733-734. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=733&DataIn=27/08/1961#/>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do deputado Eloy Dutra (PTB).

13 DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. 29 de jun. de 2020, p. 167. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/emenda-parlamentarista/pdf/diario-do-congresso-nacional-de-29-08-61>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do senador Moura Andrade (PSD).

14 Jorge Ferreira descreve como se deu a chamada campanha da legalidade: “Para sustar o golpe, não bastava mobilizar apenas o Rio Grande do Sul, mas sim o restante do país. Era preciso, por amplos meios de comunicação, disseminar idéias, imagens e representações que atingissem a dignidade das pessoas, mobilizando-as e incitando-as a ações e atitudes de rebeldia em grande escala. [...] Criou-se, desse modo, a Cadeia Radiofônica da Legalidade, centralizando as transmissões de cerca de outras 150 rádios do estado, no resto do país e no exterior, atuando por ondas curtas. A Cadeia da Legalidade foi de fundamental importância para o movimento. Ao difundir mensagens de diversas entidades políticas e grupos sociais na defesa da ordem democrática, a sociedade brasileira encontrou canais de informação que rompiam o cerco à censura. Transmitindo também em inglês, espanhol e alemão para o ex-

possar o vice-presidente; de outro, os ministros militares, com o apoio de expressiva parcela das Forças Armadas e de um grupo de civis conservadores, que vetavam a posse de João Goulart, sob a alegação de que ela significaria uma grande ameaça à ordem e às instituições brasileiras.

À beira de uma guerra civil, começaram as discussões pela busca de uma solução conciliatória, a fim de evitar o rumo de extrema tensão em que o país adentrava. Neste sentido, foi constituída uma comissão mista de senadores e de deputados para a elaboração de um parecer, a partir da análise do referido documento e sobre o impedimento de Goulart - tal como ocorrido com Carlos Luz e com Café Filho em 1955 -, de modo que o Congresso Nacional pudesse conhecer da matéria já em termos de decisão. O prazo concedido à comissão foi de 48 horas.

Durante as discussões da sessão do Senado, o senador Vivaldo Lima (PTB)¹⁵, apartando o senador Lino de Mattos (PSP), afirmou que a comissão constituída na noite do dia anterior iria não apenas procurar uma solução dentro da Constituição, modificando o regime, mas examinar o ponto central da mensagem - a *inconveniência* do retorno de João Goulart ao Brasil -, de modo que o Congresso aceitasse a solução do parlamentarismo ou mesmo ainda o próprio impedimento de Jango.

Após discussão entre os senadores quanto aos poderes atribuídos à comissão mista, o senador Lino de Mattos informou ao Plenário que João Goulart aceitava a fórmula parlamentarista como solução para o impasse criado. O parlamentar, concluindo seu pronunciamento, após considerar esplêndida a solução, afirmou “Vamos prestigiar o Congresso Nacional; vamos empossar o Senhor João Goulart na Presidência da República, dentro do parlamentarismo, para que Sua Excelência administre esta nação, vigiado diretamente, fiscalizado pelo Parlamento, através dos elementos que indicar”¹⁶.

terior, angariou a simpatia da opinião pública internacional”. (FERREIRA, 2010, p. 327-328).

15 ANAIS DO SENADO. 2ª Quinzena de agosto de 1961. Sessões 133ª a 145ª. Volume II. 29 de ago. de 1961, p. 148. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1961/1961%20Livro%2011.pdf>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do senador Vivaldo Lima (PTB).

16 ANAIS DO SENADO. 2ª Quinzena de agosto de 1961. Sessões 133ª a 145ª. Volume II. 29 de ago. de 1961, p. 149-150. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1961/1961%20Livro%2011.pdf>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do senador Lino de Mattos (PSP).

Na sessão extraordinária da noite de 29 de agosto, o deputado Raimundo Chaves (PSD)¹⁷ chamou a atenção para o perigo do momento em que estavam vivendo, pois havia apenas duas alternativas: se Jango não tomasse posse, impedido pelas Forças Armadas, certamente haveria uma forte reação no Rio Grande do Sul, o que poderia resultar numa guerra civil. Se, entretanto, o Congresso contrariasse os ministros militares, a Casa certamente seria fechada, o que também não afastaria a possibilidade de uma guerra civil. Assim, caberia ao Congresso encontrar a solução, uma solução elevada, que resguardasse a Constituição.

A sessão conjunta do Congresso Nacional do dia 30 de agosto foi bastante agitada. Os debates iniciaram e todos falavam da mesma matéria: a mensagem de Ranieri Mazzilli sobre a apreciação por parte dos ministros militares de inconveniente para a segurança nacional o retorno de João Goulart ao Brasil. Vários deputados afirmaram não querer votar a favor da emenda parlamentarista, por se sentirem coagidos a tomar tal atitude. Não queriam aceitar qualquer reforma constitucional e criticaram os ministros militares por não fundamentarem o motivo de Jango representar um perigo à segurança nacional.

A situação começa a mudar quando é lido no Plenário um manifesto à nação divulgado pelo marechal Odylio Denys, pelo vice-almirante Sylvio Heck e pelo brigadeiro Gabriel Grün Moss, os ministros militares:

Na Presidência da República, em regime que atribui ampla autoridade e poder pessoal ao Chefe do Governo, o Senhor João Goulart constituir-se-á, sem dúvida alguma, no mais evidente incentivo a todos aqueles que desejam ver o País mergulhado no caos, na anarquia, na luta civil. As próprias Forças Armadas, infiltradas e domesticadas, transformar-se-iam, como tem acontecido noutros países, em simples milícias comunistas.¹⁸

17 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 29 de ago. de 1961, p. 181-183. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=181&DataIn=29/08/1961#/>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do deputado Raimundo Chaves \(PSD\).](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=181&DataIn=29/08/1961#/)

18 O texto do manifesto dos ministros militares foi extraído de reportagem da Folha de S. Paulo de 31 de ago. de 1961 intitulada “Lançado manifesto à nação, expondo as razões do veto”. (LANÇADO..., 1961).

Com reações dos parlamentares criticando o manifesto, visto como uma clara tentativa de influir na decisão a ser tomada pelo Congresso, com a aprovação ou com a rejeição do parecer elaborado pela comissão mista, seu relatório era lido:

A Comissão Mista, encarregada pelo estudo da Mensagem nº 471, de 1961, do Senhor Presidente da República, munida do exame da emenda apresentada no Plenário do Congresso Nacional do Parecer dessa Comissão sobre a Mensagem nº 471, de 1961, resolve sugerir ao Congresso Nacional, na forma de um substitutivo, o seguinte:

a) a votação da Emenda Constitucional instituindo o Regime Parlamentar, dentro dos moldes que mais se adaptam às condições do Brasil e atentam às circunstâncias da conjuntura atual da vida brasileira, ressalvados os mandatos eletivos vigentes;

b) sugere ainda que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal adotem de imediato a seguintes normas uniformes para a tramitação da referida emenda

[...]

O respeito à Constituição Federal implica em cumprimento do seu art. 79, com a investidura do Doutor João Goulart, na Presidência da República, com os poderes que o povo lhe conferiu, cujo exercício, se vier a ser adotado o parlamentarismo, se ajustará às condições peculiares a esse sistema.

O manifesto dos ministros militares, “lido superficialmente, era uma ameaça. Observado mais atentamente, no entanto, percebia-se que havia nêle uma clara abertura conciliatória” (QUADROS; FRANCO, 1967, p. 250), de forma que estimulou, ainda mais, a elaboração de uma solução - rápida - por parte do Congresso Nacional. Talvez por este fato, o parecer da comissão foi aprovado por 264 deputados e por 35 senadores, vencidos apenas 10 na Câmara e 4 no Senado.

Como se viu, além de prever a votação da Emenda Constitucional nº 16, de 1961, de autoria do deputado Raul Pilla (PL), a comissão mista sugeriu a alteração de normas do Regimento Interno de ambas as Casas do Congresso Nacional para que a tramitação do projeto fosse agilizada. Neste sentido, em 31 de agosto, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal se reuniram isoladamente para votação de requerimentos que

solicitaram a aprovação imediata das normas de emergência sugeridas pela comissão mista para o trâmite da emenda.

Em suma, propunha-se que (i) a própria comissão mista emitiria parecer sobre a aprovação ou não da emenda; (ii) o tempo de fala e a quantidade de oradores de cada partido fosse limitado; (iii) votada a emenda em 1ª discussão, esta seria incluída na Ordem do Dia da sessão seguinte, ordinária ou extraordinária, para a 2ª discussão. As proposições buscavam agilizar ao máximo o processo legislativo de aprovação da solução encontrada pela comissão.

Os debates decorrentes se davam nas esferas procedimental - sobre como se daria a votação da emenda - e material - sobre o mérito da reforma à Constituição. Após discussões acaloradas a respeito do cabimento ou não da sessão e sobre qual artigo do Regimento as Mesas se baseavam para as votações dos requerimentos, foi aprovada pela Câmara a ratificação das normas para a votação da Emenda Constitucional nº 16, de 1961, com 239 votos a favor e 18 contrários. No Senado, as alterações então propostas foram consolidadas na Resolução nº 46, de 1961¹⁹.

19 RESOLUÇÃO Nº 46, DE 1961.

Regula a tramitação de Projeto de Emenda à Constituição.

Artigo único - Para a tramitação, no Senado Federal, do Projeto de Emenda à Constituição, resultante de deliberação tomada pelo Congresso em Sessão de 30 de agosto do ano em curso, são estipuladas as seguintes normas:

- 1) Para emitir parecer sobre o projeto será constituída Comissão Especial de sete (7) membros, designados pelo Presidente, mediante indicação dos Líderes das bancadas partidárias.
- 2) Recebido o projeto, será imediatamente lido em Plenário e encaminhado à Comissão. Não estando o Senado Federal em Sessão, o Presidente poderá convocar Sessão Extraordinária para a sua leitura.
- 3) Na Sessão seguinte, será lido ou proferido oralmente em Plenário o parecer da Comissão, cujo texto, em avulsos impressos ou mimeografados será mandado distribuir aos Senadores.
- 4) Na Sessão que se se seguir à apresentação do parecer, o projeto figurará em Ordem do Dia para primeira discussão.
- 5) Aprovado em primeira discussão, será dado para segunda discussão na Sessão seguinte.
- 6) Em cada discussão, poderá usar da palavra um representante de cada Partido, pelo prazo de quinze (15) minutos.
- 7) Encerrada a discussão, processar-se-á imediatamente a votação, em globo, pelo processo simbólico, podendo ser encaminhada por um representante de cada Partido, pelo prazo de cinco minutos.
- 8) Não será aceito requerimento de adiamento de discussão ou votação, nem se admitirão emendas ao projeto, nem destaques.
- 9) Aprovado o projeto em duas discussões por dois terços dos membros do Senado Federal, a Mesa tomará as providências necessárias para a sua promulgação, independente de redação final, no caso de ser o projeto originário da Câmara e aprovado por igual quorum na Casa de origem, ou para a sua imediata remessa à Casa revisora, se de iniciativa do Senado Federal. Ressalta-se que estas normas não se incorporariam em definitivo ao Regimento Interno do Senado, exaurindo-se com o término do trâmite do referido projeto.

Na primeira discussão da emenda²⁰, o deputado Aurélio Vianna (PSB), em nome de seu partido, analisou detalhadamente o projeto e declarou-se contra a referida modificação constitucional. Ulisses Guimarães, por sua vez, pronunciando-se pelo PSD, apoiou o parlamentarismo. Barbosa Lima Sobrinho (PSB) afirmou que, embora favorável ao regime parlamentarista, não aceitava a emenda como solução para a crise. Tristão da Cunha (PR) argumentou que a votação em questão não passava de mera formalidade, já que estava praticamente aprovada.

Na sessão seguinte, extraordinária, continuaram os discursos de vários deputados para encaminhamento da votação. Alguns explicavam que seriam contrários à emenda, por entenderem que as circunstâncias políticas do momento coagiam o Congresso a aceitar a reforma. Diziam que poucos congressistas acreditavam no parlamentarismo como forma ideal, mas que, apesar de serem presidencialistas, eram partidários da emenda. Outros elogiaram o parlamentarismo, mas indagaram se não estariam transformando o ideal em mero expediente político.

Visto que o requerimento do deputado Menezes Cortes previa a prorrogação da sessão até o final da votação, a Mesa encerrou a presente sessão e convocou duas seguintes - extraordinárias -, já na madrugada do dia 2 de setembro, nas quais se daria a votação da proposta, violando o disposto no art. 217, § 2º, da Constituição de 1946²¹. Foi quando a Emenda à Constituição nº 16-A, com poucas mudanças ao substitutivo, foi aprovada. Em primeira discussão com 234 votos favoráveis e 59 contrários, e em segunda chamada com 233 votos sim e 55 não, foi remetida para o Senado Federal já na manhã do dia 2 de setembro.

Na Câmara Alta, sob o nome de Projeto de Emenda à Constituição nº 5, a comissão especial solicitou um prazo de três horas para analisá-lo e emitir um parecer, mas atrasou a entrega em três horas, quando foi feita sua leitura. Com algumas considerações a respeito da organização dos dispositivos e de correções de lacunas, a serem feitas em legislação complementar, concluiu pela aprovação da emenda, nos termos do projeto encaminhado pela Câmara dos Deputados.

20 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 1 de set. de 1961, p. 430-453. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=330&DataIn=01/09/1961#/>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=330&DataIn=01/09/1961#/)

21 Art 217 - A Constituição poderá ser emendada. [...] § 2º - Dar-se-á por aceita a emenda que for aprovada em duas discussões pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas.

Conforme a Resolução nº 46, de 1961, lido o parecer, a sessão deveria ser encerrada para que outra fosse convocada, em cuja Ordem do Dia figuraria a matéria para a primeira discussão e votação. No intervalo, foram entregues cópias dos pareceres aos senadores. Já na sessão seguinte, durante a noite, lido o parecer, foi feita a votação do projeto, tendo a emenda sido aprovada, em primeiro turno, por 47 senadores, contra 5 que a rejeitaram. Logo em seguida - conforme a alteração regimental, mas, da mesma forma que na Câmara, em violação ao art. 217, § 2º, do texto constitucional -, convocada uma sessão extraordinária, se deu a segunda discussão da matéria, com 48 votos favoráveis e 6 contrários.

Com isso, o Congresso Nacional se reuniu em sessão solene para a promulgação da Emenda Constitucional nº 4, de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo. Na ocasião, o presidente do Senado, senador Moura Andrade (PSD), afirmou que o instrumento possibilitou o “salvamento das instituições fundamentais da democracia” em que viviam e “restabelecer no país um clima de harmonia e de paz social”, ciente da pluralidade de motivações e de fundamentações na votação do projeto, fosse por convergência ideológica, fosse por um ideal maior de salvação do país²².

As disposições transitórias da Emenda previam que:

Art. 21. O Vice-Presidente da República, eleito a 3 de outubro de 1960, exercerá o cargo de Presidente da República, nos termos deste Ato Adicional, até 31 de janeiro de 1966, prestará compromisso perante o Congresso Nacional e, na mesma reunião, indicará, à aprovação dele, o nome do Presidente do Conselho e a composição do primeiro Conselho de Ministros.

Parágrafo único. O Presidente do Congresso Nacional marcará dia e hora para, no mesmo ato, dar posse ao Presidente da República, ao Presidente do Conselho de Ministros e ao Conselho de Ministros.

Dessa forma, seguindo a nova previsão constitucional, com o envio de um ofício pelo presidente em exercício, Ranieri Mazzilli, no dia 4 de setembro ao presidente em exercício do Congresso Nacional informando

22 DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. 3 de set. de 1961, p. 186. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/emenda-parlamentarista/pdf/diario-do-congresso-nacional-de-03-09-1961>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do senador Moura Andrade (PSD).

o consentimento dos ministros militares com a solução a que chegou o Parlamento, estando, assim, “asseguradas as garantias indispensáveis ao desembarque, permanência em Brasília e investidura na Presidência da República do Senhor Doutor João Goulart”, crise estava, enfim, resolvida, e, em 7 de setembro de 1961, tomou posse como 24º presidente do Brasil João Belchior Marques Goulart e para o cargo de primeiro-ministro indicou o deputado Tancredo de Almeida Neves, do PSD.

Para maior ilustração do quadro resultante da conciliação parlamentar, merecem destaque alguns artigos do diploma recém-aprovado:

Art. 1º O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros, cabendo a êste a direção e a responsabilidade da política do govêrno, assim como da administração federal.

[...]

Art. 7º Todos os atos do Presidente da República devem ser referendados pelo Presidente do Conselho e pelo Ministro competente como condição de sua validade.

[...]

Art. 18. Ao Presidente do Conselho de Ministros compete ainda:

I - ter iniciativa dos projetos de lei do governo;

[...]

IV - decretar o estado de sítio nos têrmos da Constituição.

Com os arts. 1º; 7º e 18, I e IV, operou-se de modo claro a redução dos poderes do presidente. Evidentemente, com a adoção de um regime parlamentarista, é natural que o primeiro-ministro detenha maiores atribuições. Entretanto, no Brasil isso só fora visto na época do Império. Essa inovação era algo estranho à tradição presidencialista inaugurada em 1891. Ao longo de sua história, os presidentes sempre gozavam de plenos poderes e, em situações de crise, buscavam ampliá-los.

Para se ter noção, a reação do governo à “ameaça comunista” anterior - a saber, a Intentona Comunista em 1935 - foi decretar estado de sítio. À época, por meio do Decreto nº 457, de 1935, determinou-se

que todas as pessoas que tivessem participado na “insurreição extremista”, ou das quais o governo tivesse fortes suspeitas de que viessem a participar, poderiam ser detidas ou conservadas em custódia, em qualquer ponto do território nacional - mesmo que a revolta se limitasse ao Rio Grande do Norte, a Pernambuco e ao Rio de Janeiro. A restrição então imposta foi, assim como a solução, inovadora.

Além disso, visto que a desconfiança das Forças Armadas em relação a João Goulart ainda remanesca, não faria sentido deixar o comando a seu dispor. Para tanto, o Congresso tratou de concentrá-lo nas mãos do primeiro-ministro, mas sem deixar totalmente de lado do chefe de Estado, atendendo a exigências dos legalistas. Como resultado, a redação do art. 3º, X, foi a seguinte:

Art. 3º Compete ao Presidente da República:

[...]

X - exercer, através do Presidente do Conselho de Ministros, o comando das Forças Armadas;

Em resposta ao receio dos ministros militares de que a presidência de Jango seria uma ameaça à segurança nacional, manteve-se como crime de responsabilidade do presidente da República - e não do primeiro-ministro -, as ações que contra ela atentassem, a serem julgadas perante o Senado Federal.

Art. 5º São crimes funcionais os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

IV - a segurança interna do País.

Já em relação aos rumores de aproximação de João Goulart com países comunistas - reforçados devido à sua viagem ao Oriente à época da renúncia -, a fim de se evitar uma aproximação diplomática - para além da comercial, que se iniciara com Jânio Quadros - com a URSS e com a China, o Congresso retirou do presidente a prerrogativa de ditar os rumos da política externa:

Art. 18. Ao Presidente do Conselho de Ministros compete ainda:
[...]

II - manter relações com Estados estrangeiros e orientar a política externa;

Com efeito, somadas às demais previsões da emenda, os poderes do presidente da República como chefe de governo foram basicamente transferidos para o primeiro-ministro. Foi essa manobra que permitiu, ao menos até o referendo de 1963 - quando se restabeleceu o regime presidencialista -, que os ânimos opostos então aflorados se acalmassem. Não obstante, o desfecho da Presidência de João Goulart todos conhecem: iniciada em 7 de setembro de 1961, terminou em 31 de março de 1964 com um golpe civil-militar, que impôs 21 anos de uma ditadura ilegítima e ilegal. (PAIXÃO, 2014, p. 431-434).

3. CRISE CONSTITUCIONAL

Antes de analisar a possibilidade de se enquadrar a crise política de 1961 como uma crise constitucional, é necessário entender qual o significado deste conceito.

Há uma flexibilidade metafórica do termo crise. O vocábulo parece estar mais presente do que nunca em nossas vidas. De sua vastidão, parece não haver ciência - humana, exata ou natural - que ainda não tenha sido examinada ou interpretada a partir de seu conceito. Essa falta de clareza geralmente é bem-vinda, pois possibilita manter em aberto o que quer que crise possa significar no futuro. Contudo, a vagueza e a banalização do termo acabam por esvaziar seu conceito, por isso é importante analisar com cuidado o que realmente se quer dizer antes de adotá-lo em uma terminologia própria.

Mas por que é importante o uso apropriado da palavra *crise*? Porque “o ato de nominar envolve uma tomada de posição. Em direito e na política, conceituar não é apenas descrever: é também produzir sentido, atuar no mundo, colocar-se como sujeito histórico”. (PAIXÃO; CATTONI DE OLIVEIRA; NETTO, 2018). Neste sentido, para a plena compreensão dos discursos de crise e de suas ocorrências ao longo da história, vale conceituar e tipificar a ideia de *crise constitucional*.

A distinção entre direito e política é controversa. Diversas são as teorias que tentam diferenciá-los e o consenso poucas vezes é atingido²³. Nesta mesma linha está a tênue diferença entre crise constitucional e crise política. Não obstante, é incontroverso que as modalidades não são sinônimas.

De toda sorte, situações de incerteza e de instabilidade em democracias são inevitáveis. Até mesmo por isso, constituições preveem procedimentos ordinários para o desenlace de impasses e de discordâncias a fim de se resolver o problema. A princípio, constituições, quando colocadas à prova, apresentam *soluções*.

Dessa forma, para que uma crise entre os poderes assuma o caráter constitucional, é necessário que a solução adotada para o conflito político - além de não se dar na esfera judicial ou mesmo política - não esteja prevista na própria constituição. Isto é, ocorre quando o tempo da política exige uma decisão rápida que não é acompanhada pelo tempo do direito.

Keith E. Whittington (2002) defende que se deve analisar a falha - ou potencial falha - da constituição na manutenção dos conflitos políticos dentro da normalidade. Segundo o autor, há duas modalidades de crises constitucionais: as *crises operacionais* e as *crises de fidelidade*.

As primeiras se dão na medida em que a solução dos conflitos políticos se dá fora da moldura constitucional. Isso pode se dar porque a constituição leva a soluções contraditórias - caso de crise operacional *formal* - ou pelo fato de o governo não conseguir fundamentar constitucionalmente suas decisões políticas - hipótese de crise operacional *prática*. Por sua vez, as crises de fidelidade têm relação com a *indisposição* dos atores políticos em se vincular aos arranjos constitucionais ou em sistematicamente contrariar as normas previstas na constituição.

“Como consequência, essas crises colocam em questão o valor e a legitimidade de uma constituição, ou seja, a sua capacidade de representar um consenso em torno de determinados objetivos e valores políticos”. (PAIXÃO; CARVALHO, 2018, p. 186).

Sanford Levinson e Jack M. Balkin (2009) entendem que uma crise se instaura quando uma disputa pela legitimidade do exercício do poder

23 Apesar de muito rica a discussão, não é este o objetivo do artigo. Nesse sentido confira: DWÖRKIN, Ronald. Levando Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010; LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ameaça o desenrolar da estrutura constitucional. Para os autores, há três tipos de crise constitucional. A primeira acepção trata da suspensão da constituição para que medidas extremas que necessitam de plenos poderes sejam tomadas. Não há ocorrência frequente desta crise, vez que, na prática, os atores políticos não buscam suspendê-la. Pelo contrário, procuram se utilizar dela para se basear em interpretações controvertidas, de forma que suas decisões sejam justificadas. (LEVINSON; BALKIN, 2009).

O “excesso de fidelidade” é a outra modalidade. Aqui, a estrita observância das normas constitucionais acaba, ao contrário de solucionar a crise, por agravá-la arriscando o ordenamento jurídico como um todo. (LEVINSON; BALKIN, 2009). Por fim, a terceira tem lugar além das divergências interpretativas do texto constitucional, mas não à parte delas. Em sua configuração, meios extraordinários à constituição - como a força militar - são considerados pelos atores políticos para a solução da crise. Nesta hipótese, reciprocamente, um polo do conflito, alegando defesa da constituição, acusa o outro de violá-la. Como ambos se veem legítimos na promoção da legalidade, percebe-se que, aqui, há uma disputa pelo *significado* atribuído à constituição. (LEVINSON; BALKIN, 2009).

Alice Ristorph (2009), por sua vez, trabalha sua concepção de crise constitucional associada ao elemento da *violência* e critica o pensamento de que a constituição não é um pacto suicida, utilizado para justificar extrapolações a suas previsões. De fato, ela não o é. Contudo, ao se valer deste argumento para legitimar a suspensão das normas e das garantias legais, ela se tornaria, na prática, um “pacto homicida”, por meio do qual o Estado poderia violentar deliberadamente seus cidadãos.

Mesmo com as conceituações e com as classificações dos autores, é importante fazer ainda mais uma consideração a respeito do conceito: “uma crise constitucional nunca é a crise de *uma* constituição”. (PAIXÃO; CARVALHO, 2018, p. 191). Pode parecer estranha a constatação, mas, aqui, a questão trata da *interpretação*.

Cada pessoa lê um texto diferente. Não obstante o texto escrito, a leitura é individual e cada um, holisticamente, associa-lhe elementos intrínsecos, de seu convívio e de sua vivência, tornando esta a *sua* interpretação. Isto não é diferente quando se analisa o texto constitucional.

Para que uma constituição seja aplicada, ela precisa, antes, ser interpretada. É aí que está o problema. Percebe-se, com isso, que na verdade

uma crise constitucional é uma crise dos *usos* - no plural - de uma constituição, isto é, “uma constituição sempre se desdobra, se desenvolve, se reconfigura”. (PAIXÃO; CARVALHO, 2018, p. 191). Devido às diversas “mutações” que o texto acaba por sofrer, um uso pode não ser compatível com outro e, com isso, uma crise constitucional pode ser inaugurada. Em suma:

A crise constitucional pressupõe a existência de uma situação de conflito político. Ela suplanta, contudo, o patamar da crise política [...]. Ela inclui uma crise da função da constituição, ou seja, a crise apresenta-se quando a constituição é colocada à prova, e os procedimentos ordinariamente disponíveis para o enfrentamento de impasses e discordâncias não são suficientes para resolver o impasse político (PAIXÃO; CARVALHO, 2018, p. 192).

Isso porque essa situação controvertida não pode permanecer eternamente, o que acabaria por tornar inviável a convivência social. Como resultado, os atores políticos buscam as mais diversas soluções para o conflito. Isso decorre da *exigência* de uma *decisão* pelo momento, até mesmo pela própria etimologia da palavra - do grego antigo, κρίσις (*krísis*) tem origem no verbo κρίνω (*krinō*), que significa escolher, julgar, *decidir*.

Importa ressaltar que esta resolução terá efeitos definitivos, irreversíveis e irrevogáveis (KOSELLECK, 2009) e a flexibilidade e a criatividade utilizadas nesta interpretação tanto podem acabar resolvendo o conflito como podem agravá-lo, ao ir de encontro aos ideais fundamentais escolhidos pela comunidade política na constituição.

É neste contexto que será analisada a crise brasileira de 1961.

4. A CRISE DE 1961 COMO CRISE CONSTITUCIONAL

A solução encontrada foi intermediária, na medida em que a posse de João Goulart pôde ocorrer apenas sob um regime parlamentarista. Numa votação apressada, caracterizada por violação a normas constitucionais e regimentais, que tentou ser mitigada ao longo do

procedimento, o Parlamento aprovou uma emenda constitucional alterando o regime político, permitindo a sucessão presidencial em meio ao mandato.

Percebe-se, no episódio, dois polos de disputa em torno da constituição: os defensores - civis e militares - do impedimento de João Goulart, que se fundamentaram na ameaça comunista por ele representada e apelaram para a unidade e para a segurança da nação; e os legalistas, que buscaram a posse de Jango. Ambos os discursos eram *defensivos*. O que os diferenciava era o objeto: enquanto o primeiro grupo defendia a *nação*; o segundo apostava na *legalidade*, na manutenção da ordem constitucional vigente. (PAIXÃO, 2014, p. 426-427). Por meio destes discursos, isto é, por meio dos *usos* da constituição, pode-se analisar a crise de 1961 como uma crise constitucional.

A partir da narrativa dos fatos - expostas até então no presente trabalho - é possível notar que o episódio teve início como uma crise política. Claro, com a vacância inesperada do mais alto cargo político do país, uma crise certamente teria lugar. Contudo, os discursos parlamentares ainda no início eram unânimes no sentido de que João Goulart, na qualidade de vice-presidente da República, *constitucionalmente*, deveria assumir o posto. A crise, até então, estava restrita à esfera político-institucional e sua solução se daria dentro de seus próprios moldes.

Neste sentido está o discurso do deputado Gustavo Capanema (PSD), amplamente aplaudido quando na Tribuna da Câmara:

o que se segue é a aplicação pura e simples da Constituição. Assume o Governo o Vice-Presidente da República pelo resto do período. E, como S. Exa., o Sr. Vice-Presidente da República, já agora Presidente da República, não está no País, assume o poder, em seu lugar, o Presidente da Câmara, como a Constituição indica. Êste é o desdobramento natural, normal, da regra constitucional²⁴.

A situação muda a partir do momento em que os ministros militares vetaram a posse de Jango, manifestando-se pela “inconvenien-

24 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 25 de ago. de 1961, p. 477. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/a-crise-politica-de-1961/Almino%20Affonso%2025081961-474.pdf>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do deputado Gustavo Capanema (PSD).

cia” - em virtude de razões de orientação política devido a uma suposta associação de sua imagem ao comunismo - de seu retorno, em favor da segurança nacional. Como os *textos constitucionais* em que se baseavam os dois grupos e, conseqüentemente, seus *usos*, eram diferentes, para além da crise política, tinha-se uma crise constitucional em curso.

Utilizando-se da teoria de Whittington (2002), não é possível enquadrar a crise de 1961 como operacional formal nem como operacional prática, mas como uma *crise de fidelidade*. Isso porque o *compromisso* com a Constituição de 1946 estava abalado. Apesar dos diversos pronunciamentos políticos de deputados, de senadores e de governadores em favor da resolução harmoniosa da situação, havia uma indisposição por parte dos militares e de setores da sociedade civil em seguir a previsão constitucional.

Na visão de Levinson e Balkin (2009), como não houve suspensão da Constituição de 1946, não há que se falar em sua primeira classificação. Quanto à segunda - “excesso de fidelidade” - cabe uma reflexão. Considere que fosse seguido o afirmado e reafirmado pelos deputados no primeiro momento, a exemplo do discurso de Almino Affonso (PTB):

O Partido Trabalhista Brasileiro define-se nesta noite, declarando que está tranquilo de que a Constituição será respeitada, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, no texto e no espírito, como é do interesse do povo. Mas por igual se declara que nenhuma fórmula, a mais engenhosa, a marcada pelo talento mais criador, poderá receber do Partido Trabalhista Brasileiro a mais leve atenção de uma consulta sequer²⁵.

Neste cenário, o estrito cumprimento da Constituição não retiraria o país da crise, em face do “impedimento” por parte dos militares exposto em seu manifesto. Nesta hipótese, o Brasil estaria enquadrado na referida modalidade de crise constitucional. Contudo, não é esta a situação. Em agosto de 1961, pode-se dizer que é o caso do

25 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 26 de ago. de 1961, p. 693-694. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/a-crise-politica-de-1961/Almino%20Affonso%2026081961%20-%20691.pdf>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do deputado Almino Affonso (PTB).

terceiro tipo, aquele em que os dois lados do conflito - utilizando-se de *uma* interpretação do texto - se veem como corretos, condenando a atitude do adversário e colocando em risco a manutenção da própria ordem jurídica: de um lado, a segurança nacional ameaçada pelo comunismo; de outro, o legalismo.

A partir da teoria de Ristroph (2009), a decisão da comissão mista do Congresso Nacional, qual seja, sugerir a aprovação de uma emenda constitucional que instituiria o regime parlamentarista, pode ser interpretada a partir da premissa de que uma constituição não é um “pacto suicida”. Isso porque, a depender do desenrolar do conflito e da solução a que se chegasse, poder-se-ia instaurar uma guerra civil ou, talvez, antecipar a ditadura militar, cenários nos quais, certamente, uma constituição teria muitas de suas previsões abandonadas.

Este drible ao “pacto suicida” fica evidente no discurso do deputado Arruda Câmara (PDC) ao questionar de “Que adiantaria ao Senhor João Goulart e ao Partido Trabalhista Brasileiro obter uma vitória sobre 20.000 cadáveres, sobre 50.000 órfãos e viúvas, sobre as lágrimas, o suor e o sangue de um povo?”²⁶. No entanto, a manobra, ao mesmo tempo em que conteve a crise, foi um “*pacto homicida*”, pois, a pretexto de se salvar a ordem constitucional, acabou violando-a. Confira-se:

Art 217. A Constituição poderá ser emendada.

[...]

§ 2º - Dar-se-á por aceita a emenda que for aprovada em duas discussões pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas.

§ 3º - Se a emenda obtiver numa das Câmaras, em duas discussões, o voto de dois terços dos seus membros, será logo submetida a outra; e, sendo nesta aprovada pelo mesmo trâmite e por igual maioria, dar-se-á por aceita.

Foi visto que as sessões nas quais a emenda foi votada não eram apenas ordinárias mas também *extraordinárias*, o que vai de encontro à previsão da própria Constituição: duas sessões legislativas *ordinárias* e

26 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 1 de set. de 1961, p. 469. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=330&DataIn=01/09/1961#/>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do deputado Arruda Corrêa \(PDC\).](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=330&DataIn=01/09/1961#/)

consecutivas. Tendo isso em mente, o deputado Aurélio Vianna alertou que “há um poder muito maior que os Regimentos: a Constituição da República. Não há artigo de Regimento, não há normas votadas que possam prevalecer contra a letra expressa da Constituição da República”²⁷.

Todavia, os parlamentares entenderam que uma mera questão formal não poderia colocar em risco toda a ordem constitucional. Foi o que o deputado Nelson Carneiro (PSD)²⁸ deu a entender quando recorreu o compromisso que o Congresso Nacional assumira com a nação de não apenas assegurar a posse de João Goulart mas também de evitar uma guerra civil. Não obstante, as alterações regimentais propostas pela comissão mista foram uma tentativa de mitigar sua violação e de fazer com que a solução se desse nos limites da legalidade.

Neste sentido, correlacionando o cenário político de 1961 com as três teorias ora apresentadas, é seguro afirmar que aqueles oito dias - entre 25 de agosto e 2 de setembro - representaram não apenas uma grave crise política, mas também uma crise constitucional.

CONCLUSÃO

A renúncia de Jânio Quadros, devido à gravidade do momento político em que se vivia, a imprevistos e erros de cálculo e à sua falta de articulação política, colocou o Brasil em uma grave crise institucional que tomou proporções gigantescas - a ponto de mudar o rumo que o país tomaria - com a resistência por parte dos militares em aceitar seu sucessor constitucional no poder, alegando que sua suposta aproximação com os ideais socialistas e comunistas representaria uma ameaça à segurança nacional.

O país ficou dividido em dois grupos. Um a favor da legalidade e outro a favor do impedimento de Jango. Como resultado, o Congresso Nacional mergulhou em uma série de debates a fim de encontrar uma solução que não resultasse em uma guerra civil ou em uma ditadura.

27 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 1 de set. de 1961, p. 490. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=330&DataIn=01/09/1961#/>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do deputado Aurélio Vianna \(PSB\).](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=330&DataIn=01/09/1961#/)

28 ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 1 de set. de 1961, p. 472-474. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=330&DataIn=01/09/1961#/>. Acesso em: 28 de jun. de 2020. Discurso do deputado Nelson Carneiro \(PSD\).](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=A&txPagina=330&DataIn=01/09/1961#/)

Não sem resistência, em 2 de setembro, oito dias após a renúncia do presidente Jânio Quadros, foi promulgada a reforma parlamentarista, permitindo que a previsão constitucional de que João Belchior Goulart assumisse o cargo de presidente da República fosse cumprida. Graças a uma manobra se pode seguir o dispositivo da Constituição.

Mas até que ponto houve uma vitória da campanha da legalidade?

Pode-se argumentar que a adoção do parlamentarismo foi uma solução de compromisso, dando a vitória à campanha da legalidade. Contudo, afirmar que a aprovação da emenda foi uma solução da legalidade acaba por tornar ambígua a distinção entre regra e exceção, na medida em que é mitigada a diferença entre instrumentos jurídicos previstos em uma constituição e instrumentos jurídicos adotados *ad hoc* na solução de uma crise política.

Neste sentido, implantar o parlamentarismo durante um mandato, de certo modo, foi uma quebra institucional da Constituição de 1946, vez que, no fundo, não se preservou a vontade explicitada durante as eleições, tanto que, no referendo realizado em 6 de janeiro 1963, no qual se consultou o povo sobre a continuação ou não do regime parlamentar no país, o “não” - ou seja, o retorno ao presidencialismo - ganhou com mais de 82% dos votos válidos.

De toda sorte, a pretexto de proteger a democracia de supostas ameaças *de esquerda*, os militares e os civis que se opuseram à posse de Jango acabaram chegando ao resultado contrário. Isso porque, com o desenrolar do conflito e com a busca de uma solução, as propostas de resolução da crise por parte dos atores políticos não tiveram a Constituição de 1946 como parâmetro, o que justifica a classificação da crise de 1961 como crise constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 25 ago. - 02 set.. 1961. Disponível em: <<https://imagem.camara.leg.br/diarios.asp?selCodColecaoCsv=A>>.

ANAIS DO SENADO. 2ª Quinzena de agosto de 1961. Sessões 133ª a 145ª. Volume II. Brasília, 1986. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1961/1961%20Livro%2011.pdf>.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

BRASIL. *Decreto nº 457, de 26 de novembro de 1935*. Declara em estado de sítio todo o território brasileiro, por trinta dias. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-457-26-novembro-1935-516652-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961*. Institui o sistema parlamentar do governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc04-61.htm>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

BRASIL; SENADO FEDERAL. *Resolução nº 46, de 1961*. Regula a tramitação de Projeto de Emenda à Constituição. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/562577/publicacao/15771950>>. Acesso em 28 de jun. de 2020.

BRASIL; TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). *Dados estatísticos: eleições federais, estaduais, realizadas no Brasil em 1958, e em confronto com anteriores*. v. 4. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1961. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/12996>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

BRASIL; TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). *Dados estatísti-*

cos: eleições federais, estaduais realizadas no Brasil em 1960 e em confronto com anteriores. v. 5. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1963. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13037>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

BRASIL; TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). *Resultado Geral do Referendo de 1963*. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/referendo-de-1963/rybena_pdf?file=http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/referendo-de-1963/at_download/file>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Ano XVI, 26 ago. - 03 set., 1961. Disponível em: <<https://imagem.camara.leg.br/diarios.asp?selCodColecaoCsv=J>>.

FERREIRA, Jorge. Crises da República: 1954, 1955 e 1961. In.: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Araújo Neves (org.). *O Brasil Republicano: o tempo da experiência democrática - da democratização de 1945 ao golpe civil-militar de 1964*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. *Crisis*. Journal of the History of Ideas. Vol. 61: 2, 2006.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M.. *Constitutional Crisis*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 157: 707, 2009.

LANÇADO manifesto à nação, expondo as razões do veto. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 31 de ago. de 1961. Banco de Dados Folha. Acervo on line. Disponível em: <<https://acervo.folha.com.br/index.do>>. Acesso em 28 de jun. de 2020.

MORRE Jânio Quadros aos 75. *Folha de S. Paulo*, São Paulo. 17 de fev. de 1992. Banco de Dados Folha. Acervo on line. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_17fev1992.htm>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

PAIXÃO, Cristiano. *Democracia e Poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, XLIII (2014), p. 415-458.

PAIXÃO, Cristiano; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NETTO, Menelick de Carvalho. *Levando as palavras a sério: um golpe é um golpe*. JOTA, 2 de out. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/levando-as-palavras-a-serio-um-golpe-e-um-golpe-02102018>>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO, Cláudia Paiva. O conceito de crise constitucional: esboço, delimitação e sua aplicação à história do Brasil República. In: WEHLING, Arno; Siqueira, GUSTAVO; BARBOSA, Samuel. (Org.). *História do Direito: entre rupturas, crises e descontinuidades*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, v. , p. 184-204.

QUADROS, Jânio; FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História do Povo Brasileiro*. Volume 6. São Paulo: J. Quadros Editôres Culturais, 1967.

RISTROPH, Alice. *Is Law? Constitutional crisis and existential anxiety*. Constitutional Commentary. Vol. 25: 431, 2009.

WHITTINGTON, Keith E. *Yet Another Constitutional Crisis?* 43 *Wm. & Mary L. Rev.* 2019 (2002).

Nota: este trabalho foi realizado com o apoio do Programa de Iniciação Científica da Universidade de Brasília (ProIC/UnB/CNPq), no edital 2018-2019.

CIDADANIA, PRÁXIS E ORGANIZAÇÃO SOCIAL: O DIREITO DE AÇÃO POPULAR NO SEIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

CITIZENSHIP, PRAXIS AND SOCIAL ORGANIZATION:
THE RIGHT OF ACTIO POPULARIS IN BRAZILIAN
CONSTITUTIONAL LAW

Marcello Amorim Vieira¹

Resumo: o presente artigo, objetiva tratar do remédio constitucional das ações populares, previsto no Art. 5, inc. LXXIII da Constituição Federal de 1988, enquanto espaço de realização da práxis política, bem como analisar os intercâmbios entre cidadania, política, Estado e sociedade na positivação do direito de ação popular. Metodologicamente, o trabalho é pautado sobre uma dinâmica que buscou caminhar através das origens da concepção de cidadania na História, para que fosse possível trabalhar a contemporaneidade brasileira sob uma perspectiva jurisdicional de cidadania que agrega, em sua formulação, referências já vistas na socialização de diversos povos. Nesta reflexão, o conceito de práxis política vai de encontro à participação cidadã, em sentido amplo, objetivando a observação dos intercâmbios entre o político e o jurídico na perspectiva positivada do direito de ação popular. **Palavras-chave:** Ação Popular; Cidadania; Constitucionalismo; Contemporaneidade Brasileira.

1 Graduando em Direito pela Universidade Vila Velha (UVV) e História pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisador do Laboratório de História das Interações Político-institucionais da UFES (HISPOLIS - UFES). E-mail: marcello.amorim@outlook.com

Abstract: This article aims to deal with the constitutional remedy of popular actions, provided for in Art. 5, inc. LXXIII of the Federal Constitution of 1988, as a space for the realization of political praxis, as well as to analyze the exchanges between citizenship, politics, state and society in the positivation of the right of popular action. Methodologically, the work is based on a dynamic that sought to walk through the origins of the conception of citizenship in History, so that it was possible to work on Brazilian contemporaneity from a jurisdictional perspective of citizenship that adds, in its formulation, references already seen in the socialization of various peoples. In this reflection, the concept of political praxis goes against citizen participation, in a broad sense, aiming at observing the exchanges between the political and the legal in the positive perspective of the right of popular action.

Keywords: Class action; Citizenship; Constitutionalism; Brazilian contemporaneity.

INTRODUÇÃO

A história do Direito, em muitos episódios, agrega a ele formas de ser redigido e executado, entretanto, para que se entenda de forma ampla a formação e a justificativa de um direito, a História das sociedades humanas se faz também necessária, pois seria irrelevante tratar o Direito como algo puro ou alheio aos valores suscitados na pluralidade da vivência humana. Ao contrário do que pensava Hans Kelsen, que expõe logo no início de sua *Teoria Pura do Direito*² que

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (KELSEN. 1999, p. 1)

No presente artigo, objetiva-se apontar como a positivação normativa possui um caráter ambivalente, no que tange à sua construção e, seus consequentes intercâmbios com a reação dos civis, pautada na práxis política cidadã. No seio da ideia de práxis levantada pelo sociólogo e economista alemão, Karl Marx, propõe-se problematizar as ações populares, previstas no inciso LXXIII do art. 5 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), como forma de ação que faz o intermédio entre o material e o ideal na concepção do Direito.

O caminho contemplado deve partir de princípios fundamentais para se entender a dinâmica da participação popular na Nova República brasileira, estes princípios referem-se à ideia de cidadania construída, aos contextos que contribuíram para a formação do Direito Constitucional no Brasil e ao próprio conceito de práxis. Assim, segue-se a abordagem apontando e refletindo os dilemas nos âmbitos do regime pluralista adotado no Brasil após o fim da Ditadura Civil-militar e do Direito.

2 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PRÁXIS POLÍTICA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Pensar o Direito como mecanismo de ação e, por consequência, refletir o caráter que as ações populares podem adquirir, faz com que se problematize se o exercício de tal remédio constitucional se aproxima mais da ideia de práxis política, ou então, pende mais para o lado dos fenômenos simultâneos de Judicialização da Política e Politização da Justiça. Para uma contextualização dinâmica, expõe-se a ideia de Julio Aurélio Vianna Lopes sobre a apropriação da política pelo direito, o cientista político e jurista coloca que

A dificuldade de lidar conceitualmente com o avanço do direito sobre as arenas políticas tem sido apreendida (pelos cientistas sociais que o reconhecem) como um processo de “judicialização da política”. Segundo esta tese, por um lado, os operadores do direito (especialmente os juízes) se mobilizam para interferir na luta política e, de outro lado, os agentes políticos (especialmente administradores e parlamentares) adotam procedimentos análogos aos judiciais no desempenho de suas funções. (LOPES. 2005, p. 65)

Portanto, é possível raciocinar tal incorporação, contudo, é importante também caracterizar cada elemento envolvido no processo como um todo. Numa ação popular, irá compor o polo requerente, aqueles que sentiram-se lesados a título de coletividade num contencioso que envolva a esfera pública estatal, enquanto que o requerido irá se colocar como o oposto, isto é, o polo que provoca as atitudes lesivas em questão. Somado ao exposto, deve-se pensar a conotação da Jurisdição e o papel do Juíz para que o impasse entre práxis política e judicialização da política seja apurado. Olhando o mencionado polo dos requerentes, é latente a essência da práxis inerente à ação levantada, sendo o teor político o enlace entre o âmbito do Estado e a matéria reivindicada, enquanto que o polo dos requeridos e o Poder Judiciário, acabam por serem absorvidos e ainda, este último, por movimentar a toda esta práxis num cenário institucionalizado.

Quando se sai de uma análise do ponto de vista micro e passa-se a analisar as atuações do Judiciário sob um ponto de vista macro, vê-se que a Contemporaneidade, principalmente no cenário latino-americano, lega uma aura à Jurisdição contribuindo para, como pensou Eugênio Raúl Zaffaroni, o seu fortalecimento e sua credibilidade perante o povo mesmo invadindo pautas de tangenciam o seu conteúdo. Sobre este panorama, o jurista argentino aponta que

O limite entre o político e o judicial não pode definir-se formalmente no Estado Moderno. A justiça moderna não pode ser “apolítica” neste sentido, e hoje mais que nunca deve reconhecer-se que o poder judicial é “governo” [...] A tudo isso deve agregar-se que boa parte dos países latino-americanos sofreram prolongadas ditaduras. A interrupção constitucional impediu que as estruturas mostrassem suas falhas, porque não foram operantes durante longos anos. A ilusão de que as estruturas judiciais são idôneas, em muitos países declina quando, depois de várias décadas, voltam a operar constitucionalmente. (ZAFFARONI. 1994, p. 5 e 6)³

Isto é, Zaffaroni ilustra as fusões entre o judicial e o político, e ainda expõe a forma como historicamente a América Latina entrou em exposição a tal fenômeno. Logo, pode-se pontuar que teor político, é algo extremamente raro de não ser encontrado na configuração atual no Direito e quando se menciona tal configuração, é necessário que se faça o exercício proposto pelo jurista argentino de compreender as conjunturas que designaram as relações entre Direito e Estado para a atualidade. Todavia, também deve-se atentar para uma linha que separa os acontecimentos que são considerados ação transformadora em detrimento dos que são apropriação desmedida e indevida da política pelo direito, sendo nestas delimitações que se diferencia e classifica o viés das ações

3 Tradução livre do idioma espanhol, “El límite entre lo político y lo judicial no puede definirse formalmente en el estado moderno. La justicia moderna no puede ser “apolítica” en este sentido, y hoy más que nunca debe reconocerse que el poder judicial es “gobierno” [...] A todo esto debe agregarse que buena parte de los países latinoamericanos hemos sufrido prolongadas dictaduras. La interrupción constitucional impidió que las estructuras mostrasen sus fallas, porque no fueron operativas durante largos años. La ilusión de que las estructuras judiciales son idôneas, en muchos países se desbarata cuando, después de varias décadas, vuelven a operar constitucionalmente.”

populares como práxis, visando compreender o índice e o teor político que a atividade jurídica pode tomar e vislumbrar os limites das relações jurídicas com o político.

A FLUIDEZ ENTRE O ÂMBITO POLÍTICO E A CIDADANIA

Entender a Constituição brasileira de 1988 é, com o advento da Nova República, adentrar às raízes estruturais e características do Brasil como Estado. É, portanto, a interpretação da Carta, uma forma de desmistificar o funcionamento da ambivalente relação entre sociedade e organização. Um relevante aspecto, primordial nos atuais debates que envolvem direitos fundamentais e a formatação do texto constitucional, extraído destas interpretações é a roupagem que os constituintes deram à política e, por consequência, aos direitos políticos legalmente previstos. O professor José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, racionaliza a forma como os direitos políticos são constitucionalmente expostos. Num primeiro momento, o autor coloca os referidos direitos como um “conjunto de normas que regula a atuação da soberania popular” (SILVA. 2015, p. 348), num segundo momento, acrescenta que “a Constituição emprega a expressão direitos políticos em seu sentido estrito, como conjunto de regras que regula os problemas eleitorais, quase como sinônima de direito eleitoral” (SILVA. 2015, p. 348), em síntese, seu pensamento expressamente declara a íntima relação destes com o princípio da soberania popular.

Contudo, é necessário e propício não deixar que o sentido mais amplo dos direitos políticos seja esquecido. O voto é ato e dever político do povo brasileiro, mas também o é a atividade de fiscalização das pautas que envolvem o Estado, neste aspecto volta-se às maneiras e meios pelos quais o povo exerce sua soberania e fazem a manutenção do ciclo protagonizado pelo Estado e a sociedade. Portanto, a ideia de ações populares, como um remédio constitucional presente no rol de direitos fundamentais da CF/88, transita entre âmbitos diversos porém complementares, permitindo assim a menção à cidadania, à práxis e ao Estado.

As perspectivas por trás das ações populares e outros mecanismos de fiscalização, formam e simultaneamente reiteram o fato de

A norma constitucional é de natureza política, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la. (BONAVIDES. 2013, p. 475)

Isto é, ao mesmo tempo que o texto constitucional é condicionado por uma conjuntura e a reflete em seu desenvolvimento, é também ele responsável por sustentar o *modus operandi* da sociedade que o segue. Logo, o debate que permeia sistemas políticos e atividades delegadas ao povo, tem matriz Constitucional e irá intercambiar os polos que compõem as relações institucionais e sociais da sociedade brasileira.

AS CONCEPÇÕES DE CIDADANIA NA HISTÓRIA

Historicamente, as formulações que entornaram o conceito de cidadania ou do que de fato seriam as práticas cidadãs passaram por processos de ressignificação que vieram acompanhados das novas formas que os indivíduos incorporaram à organização das sociedades. Citando Aristóteles, o professor Fábio Konder Comparato expõe que o filósofo colocou que “sem participação dos cidadãos no governo da *polis*, não há Estado” (COMPARATO. 1993, p. 86). A noção levantada por Aristóteles, salvo todas as mudanças históricas referentes à organização social das sociedades posteriores à que viveu o filósofo, mantém-se até a Contemporaneidade. Os movimentos dos indivíduos passíveis do exercício da cidadania, segundo Comparato (1993), seja no contexto greco-romano, no contexto do Estado Liberal ou no do Estado Social, implicam na construção instantânea do direito público.

Para além da práxis cidadã vista no contexto greco-romano e no Estado Liberal, a concepção contemporânea de cidadania traz como

grande inovação o mote de “fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a idéia de participação.” (COMPARATO. 1993, p. 92), isto é, agora permite-se ir além das liberdades públicas típicas no Estado Liberal e tal feito ganha espaço nas constituições produzidas para o Estado Social, o que Comparato (1993) ilustra colocando que “a ideia de que a proteção da pessoa humana não se realiza apenas pelo instituto das liberdades públicas, pedra angular do Estado liberal, mas exige também a promoção compulsória da igualdade social, permeia todo o direito constitucional contemporâneo” (COMPARATO. 1993, p. 93).

Entretanto, seria impróprio tratar as heranças dos Estados greco-romano e Liberal como implicações jurídicas cíclicas, isto porque a produção de seus efeitos direta ou indiretamente não cessaram com advento do Estado Social, logo, deve-se pensar tais heranças como perspectivas que em maior ou menor grau se fazem presentes na atual forma de se organização social e de sua Jurisdição.

ORGANIZAÇÃO SOCIAL E ASSIMILAÇÃO DA CIDADANIA: OS DESENHOS IDEOLÓGICOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Os processos de molde do Direito Constitucional no Brasil, bem como a tradição expressa nas Cartas Magnas passadas, mostram que

Em regra, as constituições brasileiras recheadas de abstrações racionais não apenas abafaram as manifestações coletivas, como também não refletiram as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade. (WOLKMER. 1998, p 114)

Com fatos que consolidaram o retorno às noções de justiça, ética e moral, utilizada aqui no sentido social, emerge a necessidade de se conceber uma nova Constituição ao país, reforço, tal necessidade pauta-se tanto em acontecimentos de reverberação interna, como a chamada “redemocratização brasileira”, quanto em acontecimentos que reverberaram internacionalmente, como os pactos internacionais surgidos após à Segunda Grande Guerra.

A sucessão de fatos encaminhada pela História mundial na segunda metade do século XX foi preponderante para instituir na Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado um dos fundamentos da República. A problemática aqui exposta para se pensar o viés da nova Carta Magna brasileira está na subsequência dos valores suscitados no Estado Liberal nesta, para o professor Antônio Carlos Wolkmer (1998) este

Retrato igualmente liberal, formalista e vulnerável não inviabiliza um alcance múltiplo: afinal, tanto serve “à legitimação da vontade das elites e à preservação do status quo”, quanto “poderá representar um instrumento de efetiva modernização da sociedade”, pois, além de consagrar mecanismos da democracia direta e de maior participação e autonomia municipal, novos direitos comunitários foram previstos, principalmente aqueles instrumentalizados pela figura inovadora dos sujeitos sociais, como entidades sindicais, associações civis etc. (WOLKMER. 1998, p. 114)

Logo, é possível traçar a ideia de que a práxis, novamente, será um pilar para a aplicação e contração do Direito, sendo ela um dos aspectos que ilustrarão as tendências materiais prováveis para levantamento a partir do texto constitucional. Para Wolkmer (2003)

a Constituição de 1988, mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, - além de ter contribuído para enterrar a longa etapa de autoritarismo e repressão do golpismo militarista -, expressou importantes avanços da sociedade civil e materializou a consagração de direitos alcançados pela participação de movimentos sociais organizados. (WOLKMER. 2003, p. 114 – 115)

A conotação que ganham as ações populares no panorama apresentado, suportam uma carga voltada aos suspiros mais diretos da participação popular e podem ser vistos como outra dimensão de interferência nos caminhos que a jurisdição ganha.

PRÁXIS POLÍTICA ENQUANTO CONCEITO

A ideia de práxis é bastante contundente no materialismo-histórico-dialético, podendo se encontrar aspectos de sua significação, primeiramente, em escritos de Karl Marx e Friedrich Engels. Desde então, o conceito não se perdeu na tradição legada pelos dois autores. Uma explicação que sintetiza a ideia de práxis, trazida por Tom Bottomore em seu *Dicionário do pensamento Marxista*⁴, com a qual se inicia o pensamento da concepção de ação transformadora neste artigo. O autor pontua que

A expressão práxis refere-se, em geral, a ação, a atividade, e, no sentido que lhe atribui Marx, à atividade livre, universal, criativa e auto criativa, por meio da qual o homem cria (faz, produz), e transforma (conforma) seu mundo humano e histórico e a si mesmo; atividade específica ao homem, que o torna basicamente diferente de todos os outros seres. (BOTTOMORE. 2001, p. 292)

Logo, à luz das ideias pinceladas pelo materialismo histórico-dialético, pode-se refletir que o ser humano é, necessariamente, o agente da práxis, o campo da ação humana sustenta os intercâmbios entre o material e o ideal, e sua ação, isto é, a práxis, é um movimento transformador.

Tratar de práxis política no contexto das ações populares enquanto direito positivado, é abordar uma garantia constitucionalmente prevista, assumida pela coletividade ou em nome desta, afim de mover uma dinâmica de transformação quanto à esfera pública. A ideia de participação contida nas ideias de cidadania fará entender a politização deste movimento de transformação. O caminho que tal configuração de ação política que transforma percorreu para ganhar tal significado irá envolver as já mencionadas concepções de Estado, atividade e adimplência jurídica, bem como, metamorfoses dos direitos e garantias fundamentais positivados na Carta Magna do país.

Deste modo, garante-se na dinâmica social da práxis política uma via de mão dupla no que diz respeito ao grau de transformação que as ações populares irão encarnar. O interesse legítimo da coletividade contra lesão do patrimônio público, por exemplo, estabelece uma dimensão participativa e criativa por parte do povo na modelagem do

4 BOTTOMORE, Tom (Org.). *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Estado, enquanto que, com a absorção das demandas populares por parte do Estado, a própria construção do ser humano em formato de instituição, acaba por envolvê-lo e ditar as regras.

O HISTÓRICO DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE AÇÃO POPULAR NO BRASIL

O termo ação popular pode ser encontrado no Art. 157 da primeira Carta Magna brasileira, isto é, a *Constituição Política do Império do Brasil*⁵, contudo a conotação do termo encontrada nesta, possui maior associação à esfera penal. O significado mais remoto previsto constitucionalmente que tenha maior afinidade com a previsão de ação popular em vigor na CF/88 está no Art. 113, n. 38 da *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*⁶, do ano de 1934, “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (BRASIL, 1934). Com exceção da *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*⁷, de 1937, as constituições que se sucederam trouxeram em sua redação a garantia ao direito de ação popular.

No entanto, a CF/88 traz um acréscimo ao objeto de abrangência da ação popular, pois diferentemente das experiências previstas nas constituições anteriores e até mesmo na lei n° 4.717⁸, que regulamenta a demanda, o texto atualmente vigente não se limita à concessão deste direito apenas em decorrência de ato lesivo ao patrimônio dos entes federados, como foi previsto em cinco das seis constituições que a precederam. Segundo o art. 5, inc. LXXIII da CF/88

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988)

5 Outorgada no dia 25 de março de 1824, pelo então imperador D. Pedro I (1798 – 1834)

6 Promulgada no dia 16 de julho de 1934, pelo então presidente Getúlio Vargas (1882 – 1954)

7 Outorgada no dia 10 de Novembro de 1937, pelo então presidente Getúlio Vargas (1882 – 1954)

8 Lei n° 4.717, de 29 de Junho de 1965.

A fragmentação explicativa dos atos lesivos passíveis de anulação por meio do exercício político delegado à coletividade, traz a dimensão de que, ao menos em aparência, a CF/88 suscita uma nova aura sob o espectro de participação no Brasil. A contextualização faz-se necessária na tentativa de buscar compreender o fim da Ditadura Civil-militar brasileira como uma das influências que teria a nova Carta Magna do país.

Na década de 1980, ocorreu no Brasil uma série de eventos históricos que marcaram de forma impactante um curso de mudanças em toda a conjuntura política, jurídica e administrativa. O processo de redemocratização, simboliza o fim de uma era governamental e a conquista de espaços para a expressão de novos ideários de gestão aplicada. Em âmbito internacional, os documentos e constituições surgidos após à Segunda Grande Guerra (1939 – 1945) também assumem influência direta sobre o novo regimento brasileiro, podendo-se mencionar como exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁹.

A Constituição Federal de 1988, tem na República Federativa do Brasil, caráter soberano que eleva suas escrituras ao âmbito de lei máxima, seus apontamentos a respeito das diretrizes para o Estado brasileiro e para a estrutura a ser mantida na *práxis* política, sintetizam que “a democracia como valor, é a própria menina dos olhos da Constituição brasileira” (BRITTO. 2001, p. 40), como apontado pelo professor Carlos Ayres Britto numa análise a respeito do processo originário de uma constituição.

Enfatiza-se então, que a nova matéria basilar do poder judiciário compõe uma nova era na história brasileira e tem uma aparência voltada à ruptura para com viés autoritário na forma como era outrora expresso, é válida a lembrança de que o passado autoritário ainda assombra as estruturas políticas e sociais brasileiras, e aqui a referência não é apenas ao período ditatorial, mas sim a toda a construção organizada após a invasão portuguesa às terras brasileiras e o empreendimento do projeto colonizador. Estas tentativas de mistificar as reproduções legadas pelo colonialismo tendem a reforçar o apelo às reconstruções das concepções de cidadania e participação como forma de estabelecimento de um novo contexto histórico, o que na maioria das vezes, não logra êxito no plano material.

9 Aprovado como Decreto-legislativo pelo Congresso Nacional Brasileiro no ano de 1991.

ACÇÃO POPULAR: O EXERCÍCIO POLÍTICO E A DINÂMICA DA SOCIEDADE

As metamorfoses desta construção de cidadania passaram a definir o molde que a história jurídica lega ao longo de sua trajetória, a contemporaneidade brasileira não foge a este comportamento. A proposição de ação popular deve ser feita por um cidadão brasileiro, e nesta categoria estão as pessoas passíveis de determinados direitos e deveres num Estado¹⁰, neste caso, o Estado brasileiro. Chama atenção, que um inciso como o das ações populares possa ter tanto arsenal simbólico e prático, fazendo-se pensar que, além dos direitos políticos constitucionalmente contemplados, ele é uma das janelas que os cidadãos brasileiros têm para agir diretamente numa estrutura maior.

É necessário neste momento, voltar ao conceito de práxis, para se contextualizar a ideia do indivíduo que move uma ação transformadora, como são as ações populares, e o impacto disso para a conjuntura social. Segundo Marx (2008), as relações de produção fazem surgir uma outra rede de relações entre indivíduos, rede esta que não constitui diretamente o mundo do trabalho mas tem nele suas origens. O produto das relações é o que Karl Marx chamou de Superestrutura, ela é “composta por configurações culturais e ideologias, espécies e graus de poder, bem como instituições jurídicas e políticas” (WOLKMER, 2000, p. 65). Portanto, é possível sintetizar que tanto a esfera jurisdicional quanto a esfera política recebem influências da relação sistemática de produção. Logo, quando alguém vem a insurgir contra atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa e ao patrimônio histórico e cultural, sua ação conota noções principiológicas da democracia. Para José Afonso da Silva, “o autor popular invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando a tutela de interesses coletivos, não de interesse pessoal” (SILVA, 2015, p. 466). Tal pensamento, aproxima-se da ideia de Karel Vasak (1982), de que após a Segunda Grande Guerra (1939 – 1945), os processos de redemocratização e documentos produzidos pela Organização das Nações

10 Ver: José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 466.

Unidas (ONU), nós de fato entramos numa dimensão de consolidação, no rol dos direitos fundamentais, dos direitos coletivos.

As transformações estruturais vistas no Estado Social, romperam com a ideia dominante no Estado Liberal de se trabalhar apenas com relações de sujeitos determinados, esta é a chamada consolidação das relações de interesses difusos. Segundo Comparato (1993)

Com o advento da sociedade de massas, máxime na era pós-industrial em que vivemos, o relacionamento transindividual, tendo por objeto bens ou interesses não ligados a pessoas determinadas, passou ao primeiro plano. Daí a necessidade de se remodelar o sistema jurídico, no que diz respeito aos mecanismos de proteção a essa espécie de interesses, com a revisão do tradicional princípio da legitimidade do exercício de pretensões e ações judiciais. (COMPARATO. 1993, p. 96)

Em vista do exposto, a nova perspectiva é a que legitima o requerimento da ação popular e também o que a torna de fato popular. As conquistas no campo dos direitos fundamentais representam, pois, uma via de mão dupla em que é, de maneira simultânea, proveniente dos adventos da contemporaneidade e fomentadora dos novos ditames jurisdicionais. Os apelos de terceira dimensão vistos no texto constitucional referente a ação popular também se encaixam aos apontamentos de Vasak (1982) a respeito da preocupação com o meio ambiente, algo não visto nas constituições anteriores. Trabalha-se agora, também com a ideia de atos lesivos aos princípios da administração pública.

DOS LIMITES À PRÁXIS POLÍTICA ATRAVÉS DAS AÇÕES POPULARES

Num cenário recente, a América do Sul pôde ver um cenário de ascensão de governos e nomes proeminentes na Direita e extrema-direita, a ênfase para a atividade destes grupos se deu na segunda metade da década de 2010, onde líderes como Mauricio Macri e Jair Bolsonaro assumiram à presidência da Argentina e do Brasil, respec-

tivamente. Com maior atenção ao caso brasileiro, é válido o destaque de que a expressão de cidadãos que se denominam conservadores aumentou, contudo, uma parcela considerável de discursos impulsionados por esta onda ganharam mais espaço.

Em Janeiro de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) precisou extinguir uma ação popular, que ia contra a Resolução do Conselho Federal de Psicologia n° 01/99, movida por psicólogos ligados a grupos religiosos em face da liminar emitida pela ministra Cármen Lúcia cassando uma decisão judicial que autorizaria uma suposta “cura gay”. Entrou-se então numa discussão acerca do que seria a liberdade de expressão e o que seria censura e se a ação popular, enquanto meio judicial de garantia de direitos e vontade dos cidadãos, não deveria ser considerada.

Diante de tal caso, expõe-se que apesar da ação em questão representar um desejo de determinado grupo de pessoas, o teor do documento desafia prerrogativas humanitárias e direitos já adquiridos. Percebe-se que a própria ciência é desafiada, visto que a homossexualidade não se encontra classificada enquanto doença pela Organização Mundial da Saúde (OMS), não sendo possível falar em cura para tal. Sendo assim, o conteúdo da ação movida pelos referidos psicólogos pode sim ser entendida enquanto uma ação política, contudo, deve ser descartada pois fere direitos que atingem a noção de dignidade da pessoa humana e os ideais de tolerância. Não tolerar o intolerante não seria, portanto, uma censura, mas sim um meio de proteger direitos e não permitir que a finalidade do remédio constitucional de ação popular seja transviado.

INFERÊNCIAS

Conforme trabalhado, as ações populares, bem como os demais remédios constitucionalmente previstos, visam a garantia de Direitos Fundamentais, tendo estes a dignidade da pessoa humana enquanto premissa e princípio motriz. Deve-se dar ênfase que a ação popular, e os demais remédios constitucionais, não podem promover ideais que coloquem em risco este princípio.

A previsão expressa de direitos caracteriza-se como fato prove-

niente das relações sociais. Portanto, se há posituação normativa, certamente, existiu anteriormente a ela, conduta que, no ponto de vista do grupo que opera a legislação, necessitava de regulamentação. As abordagens jurídicas, no entanto, levam o debate para uma dimensão histórica que se faz presente nos documentos, é inegável, por exemplo, que “o Constitucionalismo brasileiro nunca deixou de ser o contínuo produto da ‘conciliação-compromisso’ entre o patriarcalismo autoritário modernizante e o liberalismo burguês conservador” (WOLKMER. 1998, p. 116), e que tal fato permite interpretar a própria garantia fundamental de ação popular como uma concessão dotada de ambiguidade.

O processo que elencou e se voltou às querelas e demandas vistas em diferentes contextos da história, revelou uma espécie de práxis política mesmo em sua conjuntura e, de fato, apresentou novos ad-ventos às formações sociais onde implementou-se, todavia, é funda-mental a exposição de que

Nas sociedades subdesenvolvidas, por outro lado, a essa impes-soalidade da relação política acresceu-se o pronunciado desnível sócio-econômico entre regiões geográficas, setores econô-micos e classes sociais, ocasionando o falseamento do sistema tradicional de garantia das libedades individuais. A liberdade e a igualdade, como se sabe há muito, não são valores sociais igualmente garantidos, tanto aos ricos quanto aos pobres. (COMPARATO. 1993, p. 92)

Este viés deixado por Comparato (1993) é que irá equilibrar a refle-xão do direito de ação popular não como uma garantia insignificante, mas também não como um direito que alcançou sua plenitude, o que demonstra aspectos da criação jurisdicional consciente explicada por Evguiéni B. Pachukanis (2017, p. 67) na obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*¹¹.

Como visto, o avanço jurídico não chega a todas as esferas na mesma dinâmica e temporalidade, precisa fazer-se valer da previsão legal para se reformular a lógica da Jurisdição. Tratando-se da cons-trução do Direito brasileiro, Wolkmer (1998) pontua que

11 PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

O processo histórico nacional evidencia que as instâncias do Direito Público jamais foram resultantes de urna sociedade democrática e de urna cidadania participativa, pois a evolução destas foi fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais. (WOLKMER. 1998, p. 116)

Portanto, reforço, a dinâmica apresentada no contexto da garantia constitucional prevista no art. 5, inc. LXIII da CF/88 é um avanço louvável no que diz respeito à participação popular e aprimoramento da relação povo – Direito, mas não deve-se frear a ideia de que tal direito é passível de expansão. Todo poder emana do povo, o trecho retirado do art. 1º, parágrafo único da CF/88, traz consigo o princípio da República e da ideia de democracia, ao menos na teoria.

Entende-se que “a nova cidadania comporta, pois, duas dimensões: uma universal e outra nacional. Todo homem é, doravante, protegido em seus direitos naturais, independentemente de sua nacionalidade; mas somente os nacionais são titulares de direitos políticos” (COMPARATO. 1993, p. 89), esta ideia, cunhada ainda no Estado Liberal, mantém-se até a Contemporaneidade e pode ser problematizada, afinal, mesmo que não considerado parte dos nacionais, não poderia um membro que acompanha e vivencia as práticas de determinada sociedade, propor ação visando reparar ato lesivo ao patrimônio e moralidade pública? Este exemplo, carrega uma das noções dos campos ainda não explorados pelas garantias fundamentais em geral.

Dá-se, portanto, seguimento à necessidade de efetivação da participação popular, desde a década de 90 no Brasil, já existiam ideias que pensassem, por exemplo, “a necessidade de se criar um órgão específico de censura popular do Poder Público, a atuar como verdadeiro Tribunal de Ética Política” (COMPARATO. 1993, p. 100). A práxis política incrustada no mote das ações populares tem margem suficiente para que as manifestações coletivas saiam do espectro dos nacionais e passem a englobar a população.

A cada dia, o Direito, como componente da superestrutura, irá se manter sob uma aura legada pelo desenho do Estado ao qual acompanhará, contudo, o teor político, em sentido amplo, pode ser a ferramenta para que os indivíduos que compõem a estrutura possam

tentar reduzir danos ao coletivo. Alguns pontos podem sintetizar a dinâmica de encerramento, destacando-se as noções de que a participação, sob a ótica das ações populares, estão positivadas em lei, no entanto, deve-se ter por base, que a própria ideia de participação pode ter extensão, ter a ideia dos indivíduos como sujeitos em potencial para formulação de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOTTOMORE, T. (Org.). *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*.
- BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*.
- BRITTO, C. A. Poder Constituinte versus Poder Reformador. In: MAUÉS, A. G. M.(Org). *Constituição e Democracia*. São Paulo: M. Limonad, 2001.
- COMPARATO, F. K. Uma nova cidadania. *Lua Nova* , São Paulo, n. 28-29, p. 85-106, abril de 1993. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso>. acesso em 07 de setembro de 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LOPES, J. A. V. *A Invasão do Direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.
- SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- VASAK, K. *The International Dimensions of Human Rights*. Paris: UNESCO, 1982.
- WOLKMER, A. C. *História do Direito no Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ZAFFARONI, E. R. *Estructuras Judiciales*. 1ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 1994.

TRABALHO E FISCALIDADE EM TEMPOS DE CRISE PANDÊMICA: REGULAÇÃO LEGAL EXCEPCIONAL NO BRASIL E NA EUROPA

LABOR AND TAXATION IN PANDEMIC CRISIS: EXCEPTIONAL
LEGAL FRAMEWORK IN BRAZIL AND EUROPE

Mateo Scudeler¹

Ângela Fernandes de Castro Amaral²

João Pedro Dutra Pietricovsky de Oliveira³

Resumo: Em todo o mundo, os estados nacionais têm-se deparado com o desafio de regular as relações jurídicas em um cenário excepcional, incerto e volátil de isolamento social e deterioração econômica. Nesse contexto, o estudo comparado de medidas de regulação laboral e fiscal adotadas por países que enfrentam essas dificuldades – objetivo deste trabalho – revela-se uma importante ferramenta de revisão crítica da ciência jurídica. Partindo de uma revisão das medidas legislativas adotadas pelo Brasil e pelos quatro Estados-Membros da União Europeia mais afetados pela pandemia até o momento (Alemanha, Espanha, França e Itália), este artigo buscará, ao fim, promover a organização de um cotejo sistemático e consolidado de informações dessas jurisdições, a partir de uma metodologia quantitativa e qualitativa de pesquisa, colheita, tratamento e revisão de dados. Por fim, pretende-se demonstrar que, conquanto comunguem, em geral, dos mesmos objetivos essenciais no direcionamento de suas regulamentações, as jurisdições analisadas apresentem divergências quantitativas e qualitativas substanciais nos modelos e escopos das suas medidas, com diferentes reflexos no quadro geral dos respectivos ordenamentos jurídicos.

Palavras-chave: Regulação da crise COVID-19; Brasil; União Europeia; Direito do Trabalho; Direito Fiscal.

1 Advogado. Professor voluntário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Doutorando em Direito pela Universidade do Porto (U.Porto). Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade do Porto (U.Porto). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

2 Bacharelanda em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).

3 Bacharelando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Abstract: All over the world, nation states are striving with the challenge to regulate the legal relations in an exceptional, uncertain and volatile scenario of social isolation and economic deterioration. In this context, the comparative analysis of labor and fiscal legislative measures adopted by countries that face these difficulties – objective of this work – proves to be an important tool for a critical review in law studies. Based on a review of the legislative measures adopted by Brazil and the four European Union member states most affected by the pandemic so far (Germany, Spain, France and Italy), this article seeks, in the end, to promote a systematic and consolidated legal framework from these jurisdictions, founded on a quantitative and qualitative methodology for researching, collecting, processing and reviewing data. Finally, it shall be demonstrated that, in spite of a certain degree of convergence to essential objectives in directing their regulations, all the analyzed jurisdictions present substantial quantitative and qualitative divergences in the models and scopes of their measures, with different consequences in general frameworks of their legal systems.

Keywords: COVID-19 crisis regulation; Brazil; Europe Union; Labor Law; Fiscal Law.

INTRODUÇÃO

Tal qual preconizado por Zygmunt Bauman na virada do século⁴, a incerteza é a grande certeza do século XXI; marca da transição de uma modernidade sólida para uma – outra – líquida. A dinâmica da globalização contemporânea, das sociedades em rede e da integração dos mercados, mais do que um desafio estrutural às fronteiras do Estado Nacional tradicional, imprime um ritmo diferente às relações e demandas humanas, ditando necessidades de regulações estratégicas e imediatas de diversos setores da vida.

A crise pandêmica de *COVID-19*, causada pelo coronavírus *SAR-S-CoV-2*, é mais um exemplo de que os Estados-Nação têm precisado permanentemente reinventar as formas de intervenção e gestão social para acompanhar o passo cada vez mais acelerado da história.

Os desafios que se impõem, especialmente nos setores *desenvolvidos* do planeta – aqui entendidos como aqueles integrados à dinâmica econômica e produtiva mundial –, têm escalas cada vez maiores, com repercussões em cadeias potencialmente irrestritas. No campo da regulação jurídica da vida em sociedade, as funções dos *Estados Democráticos de Direito* passam cada vez mais de um paradigma ultrapassado de *soberania total* para uma nova conformação de *soberanias partilhadas*, com integração de responsabilidades e compartilhamento de informações e padrões legais mínimos (Neves, 2012. p. 283).

Partindo da premissa essencial de que o Direito, enquanto sistema atual e histórico de ordenação e legitimação dos Estados, é a ferramenta maior de regulação das sociedades – derivada do próprio *pacto social* –; e considerando que, de acordo com os subsídios conceituais que Teubner (*apud* Neves, 2012, pp. 263-265) fornece para a atualização da semântica jurídica, espera-se uma maior interação circular e heterárquica entre as ordens políticas e os sistemas jurídicos mundiais; tem-se que a comparação das respostas jurídicas dadas por diferentes sistemas nacionais a fenômenos de ordem transnacional é relevante.

Isso posto, pretende este estudo apreciar, de forma objetiva e comparada, as principais medidas legais adotadas até o momento pelo Brasil e pela União Europeia – e seus Estados-Membros mais afetados –,

4 BAUMAN, Zygmunt. **Liquid Modernity**. Cambridge: Polity, 2000.

no campo da regulação das relações jurídicas do trabalho e da tributação-fiscalidade diante dos impactos econômicos e sociais causados pela crise pandêmica de *COVID-19*.

Para esse mister, serão comparadas as legislações – e quaisquer outras medidas excepcionais em geral que se lhe equiparem – editadas ou aplicadas desde o advento da pandemia pelo governo federal do Brasil, pela União Europeia e pelas autoridades centrais de países europeus selecionados – nomeadamente: Alemanha, Espanha, França e Itália – para a regulação das relações de trabalho, tributação e fiscalidade no período.

A seleção dos países europeus respeita a relação mundial de incidência dos casos de contaminação confirmada pelo coronavírus, conforme o relatório de situação *COVID-19* n° 81, de 10 de abril de 2020, divulgado pela Organização Mundial da Saúde⁵. Nesse sentido, foram eleitos como paradigmas os quatro países integrantes da União-Europeia e da Zona Euro que encabeçam o *ranking* de casos totais confirmados⁶.

Dessa feita, partindo-se de um quadro objetivo de comparação das regulações laborais e fiscais excepcionalmente adotadas pelo Brasil, pela União Europeia e pelos estados comparados – e observando-se, ainda, o tratamento fiscal dessas medidas em cada respectivo ordenamento –, buscar-se-á o atingimento de uma conclusão conformativa-comparativa das situações jurídicas desses estados, de forma a permitir uma valoração interpretativa e inicial das primeiras posições brasileiras nessas matérias *vis-à-vis* as primeiras posições europeias.

Utilizando-se sobretudo de métodos quantitativos e qualitativos de pesquisa, colheita, tratamento e revisão de dados – nomeadamente legais-regulamentares e sempre a partir de repositórios institucionais-oficiais –, os autores esperam que este estudo, mesmo que ainda em momento recente e incerto da crise pandêmica, possa servir de panorama comparativo preliminar das respostas legislativas (ou equivalentes) da República Federativa do Brasil, da União Europeia e dos seus Estados-Membros mais severamente afetados pelo *SARS-CoV-2*.

5 Disponível em <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200410-sitrep-81-covid-19.pdf?sfvrsn=ca96eb84_2>.

6 Em 10.04.2020, conforme base de referência citada: Espanha (152.446 casos), Itália (143.626 casos), Alemanha (113.525 casos) e França (85.351 casos).

Por fim, importante destacar que, considerada a heterogeneidade das conformações constitucionais do poder e da administração pública nos estados avaliados – estruturas de governo republicanas ou monárquicas; e de estados federais (mais ou menos apertada) ou centrais –, as medidas reguladoras objeto deste estudo são, *a priori*, aquelas adotadas pelas autoridades legislativas e executivas nacionais; eventualmente, especialmente nos estados federais com maior tradição de autonomia regional, algumas providências locais poderão ser referidas – mormente quando relevante para a abordagem proposta.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Conforme o relatório de situação *COVID-19* nº 81 da Organização Mundial da Saúde, de 10 de abril de 2020⁷, o Brasil possui 15.927 casos confirmados (testados) de contaminação pelo coronavírus *SARS-CoV-2*, totalizando 800 mortes e integrando o grupo de países com *transmissão comunitária*⁸.

Por meio da Portaria nº 188/2020, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 04.02.2020, o Ministério da Saúde reconheceu a *emergência em saúde pública* de importância Nacional em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), sobretudo com vistas a organizar um Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) capaz de planejar, organizar, coordenar e controlar as ações das autoridades de saúde federais para enfrentamento da pandemia.

Já em 17.03.2020, foi publicado o Decreto (Presidencial) nº 1.076/2020, que instituiu o Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da pandemia, articulando, portanto, o primeiro grupo interministerial de autoridades federais para a organização técnica e política das medidas de enfrentamento estratégico da crise.

7 Data de corte da pesquisa, base para a sistematização dos dados interpretados. No momento da publicação deste artigo, já alguns meses à frente, os números de contaminados e mortos são, infelizmente, muito superiores.

8 Fase de contágio na qual a disseminação viral é alargada e indeterminada no território nacional e entre toda a população, expressamente reconhecida pelo Ministério da Saúde do Brasil por meio da sua Portaria nº 454/2020.

Na sequência de diversas medidas antecipadas e preventivas de *lockdown* de comércios e serviços e de isolamento social adotadas por autoridades estaduais e municipais⁹, o Congresso Nacional brasileiro – composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal em assembleia única – editou o Decreto Legislativo nº 6 de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000, o estado de calamidade pública federal, nos termos da solicitação da Presidência da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93 de 18 de março de 2020.

No que respeita ao Direito do Trabalho e ao Direito Fiscal e Tributário, objetos de estudo desta pesquisa, tem-se que os regramentos exarados pelo Governo Federal têm apontado para medidas de prestígio a (i) manutenção da viabilidade econômica das empresas, (ii) incentivo à preservação dos empregos, (iii) assistência social a trabalhadores formais e informais, (iv) prorrogação de obrigações tributárias principais e acessórias, (v) suspensão de prazos administrativos e de procedimentos fiscalizadores ou persecutórios, (vi) refinanciamento de dívidas privadas, (vii) financiamento subsidiado de folhas de pagamento e atividades estratégicas e (viii) flexibilização de regras orçamentais e de responsabilidade fiscal. Em sequências, as principais medidas de ambas as áreas serão expostas em detalhes.

Regramento jurídico excepcional das relações de trabalho e emprego

A Medida Provisória nº 927/2020, publicada no DOU extraordinário de 22.03.2020, estabeleceu medidas trabalhistas passíveis de adoção, pelos empregadores em geral, para preservação do emprego e da renda no contexto de enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6 de 2020 e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia.

Dentre as principais novidades da medida, destacaram-se as

⁹ No Brasil, a vanguarda das medidas de isolamento social foi liderada, em regra, pelos governos das Unidades da Federação mais afetadas com contaminações iniciais, com destaque para as autoridades do Distrito Federal e dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Pernambuco, Goiás e Santa Catarina.

autorizações para (i) prevalência da negociação individual sobre a coletiva¹⁰ (art. 2º), (ii) instituição de regime de teletrabalho (*home office*) sem controle de jornada¹¹ a critério exclusivo do empregador, inclusive para estagiários e menores aprendizes (art. 4º), excetuadas apenas as atividades de teleatendimento e *telemarketing* (art. 33), (iii) antecipação imediata e unilateral, pelo empregador, das férias individuais, desde que com aviso prévio de 48 horas e observância de período não inferior a cinco dias, com pagamento no quinto dia útil do mês subsequente e prorrogação do prazo para quitação do terço constitucional até a data limite de pagamento do salário trezeno (artigos 6º a 10), (iv) concessão de férias coletivas sem necessidade de observância dos procedimentos do art. 139 da Consolidação da Leis do Trabalho (artigos 11 e 12), (v) aproveitamento e antecipação de feriados, inclusive em regime de banco de horas (art. 13), (vi) interrupção das atividades e constituição de regime especial de compensação de jornada (banco de horas) por meio de negociação individual ou coletiva, com prazo de até dezoito meses (artigos 15 a 17), (vii) suspensão dos contratos de trabalho (sem pagamento de salário) com direcionamento do empregado para qualificação¹² (art. 18), (viii) diferimento do pagamento dos depósitos fundiários (FGTS) referentes a março, abril e maio de 2020, com possibilidade de parcelamento (em até seis vezes) e prorrogação da obrigação a julho de 2020, sem quaisquer juros, multas ou encargos legais (artigos 19 a 22), (ix) suspensão de prazos em fiscalizações e processos administrativos trabalhistas ou fundiários por 180 dias (art. 28), (x) afastamento da possibilidade de consideração presuntiva do *COVID-19* como doença ocupacional (art. 29), (xi) ultratividade das normas coletivas a critério do empregador (art. 30), (xii) redução do rigor das fiscalizações trabalhistas por 180

10 Juridicamente controversas, porém, as autorizações para redução de jornada e salário ou mesmo suspensão do contrato de trabalho (sem pagamento de salário) apenas pela via negocial individual – sem intervenção sindical, portanto –, uma vez que, em se tratando de legislação ordinária (MP), haveria indício de inconstitucionalidade em face da previsão expressa do art. 7º, XIII, da CF/88, segundo o qual é “*facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*”.

11 Conforme art. 62, III, da Consolidação das Leis do Trabalho.

12 Disposição mais polêmica da norma – exatamente por permitir a supressão da renda –, suscitou reação negativa imediata dos mais variados setores da sociedade – inclusive de associações de Magistrados e membros do Ministério Público do Trabalho –, tendo sido imediatamente suprimida pela Medida Provisória nº 928/2020.

dias (art. 31), (xiii) extensão expressa das disposições aos trabalhos temporário, rural e doméstico (art. 32), e (xiv) convalidação de providências já adotadas por empregadores antes da edição da Medida Provisória, desde que a ela conformadas (art. 36); e, especificamente no que respeita aos trabalhadores da área de saúde, (i) suspensão de férias ou licenças (art. 7º) e (ii) instituição de jornada extraordinária com possibilidade de compensação em até dezoito meses, inclusive para o regime 12x36 (artigos 26 e 27).

Entretanto, já no dia 23 de março de 2020, o Governo Federal editou e publicou a Medida Provisória nº 928/2020, que revogou *in totum* o art. 18 da Medida Provisória nº 927/2020, encerrando a possibilidade de suspensão dos contratos de trabalho sem pagamento de salários e apenas mediante concessão de cursos de qualificação.

Complementando o regramento excepcional das relações de trabalho no período de crise, o Poder Executivo federal editou, em 1º de abril de 2020, a Medida Provisória nº 936/2020, que instituiu, sob supervisão do Ministério da Economia, o *Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda* e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública e a emergência de saúde.

O programa federal insaturado pelo diploma tem por objetivos (i) preservar o emprego e a renda (art. 2º, I), (ii) garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais (art. 2º, II), e (iii) reduzir o impacto social da calamidade pública decretada (art. 2º, III), autorizando, para esse fim, (i) o pagamento de benefício emergencial para trabalhadores com atividades laborais suspensas ou reduzidas (art. 3º, I), (ii) a redução proporcional de jornadas e empregadores, mediante acordos celebrados entre empregados e empregadores (art. 3º, II), e (iii) a suspensão total da prestação de serviços, com supressão do pagamento de salários, também por ajuste entre patrões e empregados (art. 3º, III).

As medidas, a partir do momento em que instituídas, ficam limitadas em todo caso a um período máximo de 90 dias, sendo que, para a suspensão dos contratos, o prazo limite é de 60 dias (artigos 7º e 8º). A contrapartida ao empregado, a saber, é a garantia no emprego – *estabilidade provisória* – durante todo o período em que perdurar a suspensão ou redução do labor; e ainda após o restabelecimento da

jornada de trabalho e de salário ou do encerramento da suspensão temporária do contrato, pelo período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão (art. 10). A máxima estabilidade possível, pois, é de 180 dias (90 mais 90)¹³.

Os valores pagos a título do *Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda* (BEM) serão custeados integralmente pelo orçamento federal¹⁴; e a gestão do benefício caberá ao Ministério da Economia – por meio da Caixa Econômica Federal –, a quem cabe disciplinar as formas de transmissão das informações e comunicações pelo empregador e de concessão e pagamento do benefício. De toda forma, o prazo dos empregadores aderentes para comunicar o Ministério da Economia acerca da celebração dos acordos individuais ou coletivos de redução ou suspensão do trabalho é de dez dias a contar da data da celebração (art. 11, § 4º); *conditio sine qua non* para o pagamento da parcela em até trinta dias.

As negociações, por seu turno, poderão ser individuais ou coletivas para os empregados (i) com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais) ou (ii) portadores de diploma de nível superior e com salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (art. 12, I e II); para os demais – salários intermediários a ambas as faixas citadas –, a negociação deverá necessariamente ser coletiva (art. 12, parágrafo único).

Os valores dos benefícios, por sua vez, atrelam-se ao percentual da redução da jornada de trabalho fixada e correspondem a fração do valor nominal da faixa de *seguro-desemprego* aplicável ao trabalhador¹⁵. Na hipótese de suspensão, o pagamento corresponde à integralidade do que seria devido a título de seguro desemprego ao trabalhador se se tratar de empresa empregadora com faturamento

13 As dispensas por *justa causa* ou *a pedido do empregado* continuam possíveis. Já na hipótese de dispensa *sem justa causa* durante a estabilidade provisória, serão asseguradas indenizações proporcionais, conf. § 1º do art. 10.

14 Cujas rubricas iniciais para essa finalidade correspondem a cerca de R\$ 51,64 bilhões, conforme crédito suplementar instituído pela Medida Provisória nº 935/2020, também de 01.04.2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv935.htm>.

15 Benefício esse que, por sua vez, é pago de acordo com a divisão em três faixas salariais, fixadas pela Portaria ME nº 914/2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-914-de-13-de-janeiro-de-2020-237937443>>.

anual de até R\$ 4,8 milhões; ou a 70% sobre o que seria o benefício se a empresa ostentar faturamento anual superior a R\$ 4,8 milhões, com acréscimo de complemento mensal de 30% do salário original custeado pelo empregador.

Os ajustes redutores ou suspensivos vigorarão durante a calamidade ou pelo prazo fixado (desde que observados os limites temporais pertinentes), sendo que, em qualquer hipótese, o empregador poderá cancelá-los antecipadamente (mediante aviso prévio de 48 horas).

A medida não se aplica, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos órgãos da administração pública direta e indireta, às empresas públicas e sociedades de economia mista – inclusive às suas subsidiárias – e aos organismos internacionais (art. 2º, parágrafo único). Para o empregado com contrato de trabalho intermitente formalizado até a data de publicação do diploma, o benefício emergencial mensal corresponde ao valor único e mensal de R\$ 600,00 (seiscentos reais), pelo período total de três meses (art. 18).

Por fim, os empregadores que aderirem à suspensão ou redução estarão isentos de recolhimentos e encargos previdenciários, fundiários e fiscais sobre a parte da folha economizada, assim como sobre os *auxílios compensatórios* que venham a instituir e pagar por liberalidade durante esse período (os quais podem ser cumulados com o benefício).

Assim como no caso da Medida Provisória nº 927/2020, a autorização legal ordinária para celebração de acordos individuais de redução de jornadas e salários ou mesmo suspensão de contratos de trabalho é juridicamente controversa à luz da disposição do art. 7º, XIII, da CF/88, segundo o qual é *“facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”*.

Questionando exatamente a conformidade da disposição com o texto constitucional, o partido político *Rede Sustentabilidade* ingressou com *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI) contra essa autorização legal perante o Supremo Tribunal Federal¹⁶. Em decisão liminar proferida em 6 de abril de 2020, o relator do caso, Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, consignou que:

16 Trata-se da ADI nº 6363/DF, distribuída em 02.04.2020. Andamento do feito disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>>.

[...] com fundamento nas razões acima expendidas, defiro em parte a cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes. Solicitem-se informações à Presidência da República. Requistem-se a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República. Comuniquem-se, com urgência. Publique-se.

Ou seja: vislumbrando possível incompatibilidade entre a disposição ordinária da Medida Provisória e a Constituição Federal, o Ministro determinou em sede de tutela cautelar que os acordos individuais eventualmente celebrados para suspensão ou redução do trabalho poderão, aquando da comunicação ao sindicato competente-interessado, ensejar a deflagração de negociação coletiva pela entidade de classe; e, apenas na hipótese de inércia deste – ou, obviamente, de manifestação expressa –, estaria convalidado o ato.

A decisão, ao mesmo tempo em que não invalida por completo o mecanismo de ajuste individual desenhado pelo Governo Federal – reconhecendo, portanto, um contexto de necessidade excepcional –, agrega um fator de complexidade no processo, consubstanciado exatamente na agregação da possibilidade de deflagração de contenda coletiva pelo sindicato.

O entendimento, contudo, reflete a posição do eminente relator e, pelo seu próprio cariz liminar, não é definitivo. A questão foi incluída em pauta de julgamento pelo presidente da Corte, com data preliminarmente designada para 16 de abril de 2020. Diante do contexto, seria precipitada qualquer tentativa de antecipação do entendimento a prevalecer; todavia, certo é que subsiste efetiva dúvida e, portanto, alguma insegurança jurídica sobre o ponto.

A Lei nº 13.982, editada em 2 de abril de 2020, criou parâmetros adicionais de caracterização da vulnerabilidade social – para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC) – e estabeleceu medidas excepcionais de proteção social a serem observadas durante o período de crise pandêmicas.

O diploma trouxe como grande novidade a instituição de um *Auxílio Emergencial* de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais, por três meses, aos trabalhadores que (i) sejam maiores de dezoito anos de idade, (ii) não tenham emprego formal ativo, (iii) não sejam titulares de benefício previdenciário ou assistencial – tampouco de seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, (ressalvado o *Bolsa Família*), (iv) detenham renda familiar mensal de até meio salário-mínimo *per capita*, ou total de até três salários mínimos, (v) no ano de 2018, não tenham recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos), e (vi) exerçam atividades profissionais na condição de microempreendedores individuais (MEI), contribuintes individuais do RGPS ou ainda informais, autônomos e desempregados de qualquer natureza – inclusive intermitente inativo (art. 2º, I a VI).

O auxílio em questão é limitado a dois membros de uma mesma família e substituirá o benefício *Bolsa Família* quando mais vantajoso, sendo que, para as *mulheres provedoras de família monoparental*, a cota do auxílio é dobrada (R\$ 1.200,00). A lei foi regulamentada pelo Decreto (Presidencial) nº 10.316/2020¹⁷ e pela Portaria nº 351 do Ministério da Cidadania¹⁸.

Por fim, a Medida Provisória nº 946, de 7 de abril de 2020, extinguiu o PIS-Pasep, transferindo todo o patrimônio liquidado para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem como autorizou temporariamente o saque dos saldos de FGTS entre 15.06.2020 a 31.12.2020, até o limite de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais) por trabalhador.

Regramento jurídico excepcional das relações fiscais e tributárias

17In <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.316-de-7-de-abril-de-2020-251562799>>.

18 De 07.04.2020, in <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-351-de-7-de-abril-de-2020-251562808>>.

A Resolução nº 4.782 do Banco Central, de 16 de março 2020, estabeleceu critérios temporários – até 30.09.2020 – para a caracterização das reestruturações de operações de crédito, nomeadamente para fins de gerenciamento de risco de crédito – afastamento da observância do disposto nos incisos I e III do § 1º do art. 24 da Resolução BC nº 4.557/2017, em função de eventuais impactos econômicos da pandemia.

Com a Resolução nº 17 da Câmara de Comércio Exterior, de 17 de março de 2020, concedeu-se redução temporária da alíquota do imposto de importação (II) a diversos insumos médico-hospitalares, tendo por objetivo facilitar a aquisição desses materiais pelo sistema de saúde nacional; tal medida deu-se com amparo do art. 50, “d”, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66/1981.

O Comitê Gestor do Simples Nacional, por meio de sua Resolução nº 152, de 18 de março 2020, prorrogou o prazo para pagamento dos tributos federais no âmbito do Simples Nacional, adiando para 20 de outubro, 20 de outubro e 21 de dezembro de 2020, respectivamente, as parcelas contributivas do regime beneficiado referentes aos períodos de apuração de março, abril e maio de 2020.

A Portaria nº 555 da Secretaria Especial da Receita Federal, de 23 de março de 2020, prorrogou o prazo de validade das *Certidões Negativas e Positivas com Efeitos de Negativas de Débitos* relativas a créditos tributários federais e dívida ativa da União, estendendo automaticamente por noventa dias o prazo de validade desses documentos.

Já a Resolução nº 4.791 do Banco Central, também editada em 26 de março de 2020, alterou a supracitada Resolução nº 4.782/2020, acrescentando aos critérios temporários – observáveis no mesmo período (até 30.09.2020) – maiores detalhes acerca da caracterização das reestruturações de operações de crédito para fins de gerenciamento de risco de crédito, especialmente no que tange aos artigos 24 e 27 da Resolução BC nº 4.557/2017.

A Medida Provisória nº 930, de 30 de março de 2020, alterou o tratamento tributário incidente sobre a variação cambial do valor dos investimentos realizados por instituições financeiras e demais ins-

tuições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil em sociedade controlada domiciliada no exterior, incluindo, a partir de 2021, o *hedge* do valor do investimento realizado na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil; a norma também versou, dentre outros assuntos, sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do *Sistema de Pagamentos Brasileiro*, alterando a Lei nº 12.865/2013.

Com a Instrução Normativa nº 1.932, de 3 de abril de 2020, a Receita Federal prorrogou o prazo para apresentação da *Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais*, da *Escrituração Fiscal Digital da Contribuição para o PIS/Pasep*, da *Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social* (Cofins) e da *Contribuição Previdenciária sobre a Receita* (EFD-Contribuições).

A Medida Provisória nº 938, de 2 de abril de 2020, determinou que a União prestará apoio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por meio da entrega do *quantum* correspondente à variação nominal negativa entre os valores creditados a título dos *Fundos de Participação* de que tratam as alíneas “a” e “b” do inciso I do *caput* do art. 159 da CF/88, de março a junho do exercício de 2020, ainda que condicionado a algumas limitações. Para tanto, o valor do apoio financeiro aos entes federativos que recebem recursos do *Fundo de Participação dos Estados* e do *Fundo de Participação dos Municípios*, com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública, será de até R\$ 4 bilhões por mês; e totalizará até R\$ 16 bilhões no período.

Em 2 de abril de 2020, ainda, a Receita Federal do Brasil lançou comunicado oficial¹⁹ informando que o governo federal (i) desonerará operações de crédito da incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), (ii) diferirá as contribuições de PIS/Pasep, Cofins e contribuição patronal para previdência das empresas e entes públicos, e (iii) prorrogar o prazo de entrega da declaração de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), referente a 2019, de 30 de abril para 30 de junho do corrente ano.

19 Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2020/abril/governo-proroga-prazo-para-contribuicoes-e-entrega-do-irpf-e-desonera-iof-para-operacoes-de-credito>>.

A Resolução CGSN nº 154, de 3 de abril de 2020, prorrogou o prazo para pagamento dos tributos no âmbito do *Simples Nacional*, sendo que, para os microempreendedores individuais (MEI), todos os tributos apurados no *Programa Gerador do DAS-MEI* – ou seja, os tributos federal (INSS), estadual (ICMS) e municipal (ISS) – ficarão prorrogados por seis meses; para os demais optantes do *Simples Nacional*, o ICMS e o ISS apurados no *Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório* (serão prorrogados por três meses).

Já as Medidas Provisórias de números 921 (07.02.2020), 924 (13.03.2020), 929 (25.03.2020), 935 (01.04.2020), 937 (02.04.2020), 940 (02.04.2020), 941 (02.04.2020), 942 (02.04.2020) e 943 (03.04.2020) abrem créditos extraordinários em favor de variados Ministérios, para direta ou indiretamente custear despesas sistêmicas e administrativas relacionadas ao manejo e enfrentamento da crise pandêmica causada pelo coronavírus.

Acerca do impacto fiscal dessas medidas, a Instituição Fiscal Independente do Senado Federal (Brasil, 2020, pp. 14-15) estima que a perda de arrecadação somada aos gastos diretos e indiretos do Governo Federal com o manejo da crise e dos incentivos para a recuperação econômica certamente impactarão o déficit primário orçamental de R\$ 124,1 bilhões originalmente previsto na Lei de Diretrizes Orçamentárias vigente.

Ainda no campo da fiscalidade, tramita perante o Supremo Tribunal Federal a *Ação Direita de Inconstitucionalidade* de nº 6357/DF²⁰, de relatoria do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes. Nos autos, em 29.03.2020, foi concedida liminar *ad referendum* do plenário para:

[...] com base no art. 21, V, do RISTF, para CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado

20 Distribuída em 27.03.2020 pelo Presidente da República; andamento processual disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>>.

pela disseminação de COVID-19. Ressalto que, a presente MEDIDA CAUTELAR se aplica a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19. Intime-se com urgência. Publique-se.

A decisão, nesses termos, atende ao pedido da União de que exigências da Lei de *Responsabilidade Fiscal* (LRF) e da *Lei de Diretrizes Orçamentárias* (LDO) fossem afastadas em relação aos programas de combate à pandemia, suspendendo-se a aplicabilidade dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF, inclusive para as Unidades da Federação e os Municípios que tenham declarado estado de calamidade pública em virtude do *COVID-19*.

Por fim, a Medida Provisória nº 944, de 3 de abril de 2020, instituiu o *Programa Emergencial de Suporte a Empregos*, destinado à facilitação da concessão de crédito a empresários e sociedades empresárias e cooperativas com receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) – excetuadas as sociedades de crédito –, com a finalidade de custeio da folha salarial de seus empregados. Para essa finalidade, foram transferidos R\$ 34 bilhões do tesouro nacional para o BNDES, destinados à execução do programa (art. 8º).

A UNIÃO EUROPEIA E O ENFRENTAMENTO DA CRISE

Em 19 de março de 2020, a Comissão Europeia aprovou um quadro jurídico temporário – vigente até dezembro de 2020 – para que seus Estados-Membros tenham maior flexibilidade na adoção de medidas de suporte econômico para superação da crise pandêmica mundial. Nesse sentido, foram autorizados cinco tipos de auxílios para os estados interessados, que vão desde subvenções diretas a empréstimos subsidiados (União Europeia, 2020b).

Preconiza o artigo 107º, 2 (b) e 3 (b), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²¹ (TFEU) que:

21 In <<https://eur-lex.europa.eu/legal-contentvnt/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TX->

OS AUXÍLIOS CONCEDIDOS PELOS ESTADOS

Artigo 107º (ex-artigo 87º TCE)

[...]

2. São compatíveis com o mercado interno:

[...]

b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários;

[...]

3. Podem ser considerados compatíveis com o mercado interno:

[...]

b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro;

Da leitura do dispositivo regulamentar dos *auxílios concedidos pelos estados*, a primeira diferença que se percebe reside na variação do comando dos parágrafos 2 e 3; isso porque, enquanto as medidas elencadas no parágrafo 2 “*são compatíveis*” com o mercado interno – e, portanto, independem *a priori* de um juízo prévio de validade por parte de qualquer organismo europeu²² –, o parágrafo 3 preconiza que “*podem ser considerados compatíveis*” os recursos que elenca – a implicar uma prévia avaliação da conformidade do auxílio.

Especificamente no campo das medidas de interesse, por sua vez, a diferença está na natureza em si do tipo de auxílio; enquanto em 2 (b) fala-se expressamente de uma ajuda para “*remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários*” – circunstância essa que depende da caracterização prévia e incontroversa da calamidade ou acontecimento extremo –, em 3 (b) referem-se “[o]s auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro” – aqui

T&from=PT>.

22 O que não afasta, por certo, um controle posterior, caso em que será do denunciante da medida o ônus de provar a sua desconformidade ou inadequação ao desiderato extraordinário.

é mais subjetiva a hipótese de incidência, cabendo ao estado interessado na adoção da medida demonstrar e justificar que as condições de importância, interesse comum ou perturbação grave estão caracterizadas.

Em síntese, pode-se dizer que, enquanto o primeiro dispositivo está no campo da ação pública emergencial e dos distúrbios na ordem econômica (como é o caso da pandemia em si), autorizando medidas imediatas para a contenção atempada de crises, o segundo promove a possibilidade de políticas públicas durante necessidades sazonais ou desequilíbrios cíclicos na ordem econômica regular, a partir de repercussões mais calculadas.

Nesse contexto, foram as seguintes as medidas estaduais referendadas pela União.

Medidas de auxílio estatal sob o artigo 107º, 2 (b), do TFUE

No âmbito do socorro comunitário emergencial a países afetados por *COVID-19*, as medidas registradas pela Comissão Europeia (União Europeia, 2020b, p. 1) desde a deflagração da pandemia foram: (i) regime de auxílio dinamarquês de € 12 milhões para compensação de danos causados por cancelamentos de grandes eventos públicos (12.03.2020, comunicado de imprensa IP/20/454); (ii) regime de auxílio dinamarquês de € 1,3 bilhão para socorro a perdas de trabalhadores autônomos impedidos de trabalhar (25.03.2020, comunicado de imprensa IP/20/515); (iii) regime de auxílio francês para diferimento e prorrogação do pagamento de taxas operacionais por companhias aéreas em virtude do impacto econômico imediato sofrido pelo setor (31.03.2020, comunicado de imprensa IP/20/514); e (iv) regime de auxílio dinamarquês de € 5.4 bilhões para compensação de perdas sofridas por companhias especialmente afetadas pela pandemia (08.04.2020, comunicado de imprensa IP/20/541).

Medidas de auxílio estatal sob o artigo 107º, 3 (b), do TFUE

Em relação às medidas políticas e prospectivas de fomento e saneamento das economias dos Estados-Membros, o quadro jurídico

temporário desenvolvido pela Comissão Europeia redundou na autorização para concessão dos seguintes auxílios (União Europeia, 2020b. pp. 1-4): (i) três suportes de liquidez do governo francês, no valor total de € 300 milhões, para empresas afetadas (21.03.2020, comunicado IP/20/503); (ii) regime de garantia dinamarquês de € 130 milhões para suporte a empresas de pequeno e médio porte (21.03.2020, comunicado IP/20/505); (iii) dois pacotes para injeção e suporte de liquidez do governo alemão para empresa de todos os tamanhos, no valor limite de € 1 bilhão por empresa beneficiária (22.03.2020, comunicado IP/20/504); (iv) regime de ajuda italiano de € 50 milhões para produção e fornecimento de equipamentos médicos, sobretudo ventiladores artificiais, máscaras e óculos de proteção (22.03.2020, comunicado IP/20/507); (v) quadro regimes de garantia do governo português, no valor total de € 3 bilhões, para empresas de pequeno e médio porte sensivelmente afetadas pelo surto viral (22.03.2020, comunicado IP/20/506); (vi) empréstimos subsidiados e garantidos do governo letonês, no total de € 250 milhões (23.03.2020, comunicado IP/20/508); (vii) regime luxemburguês de apoio custeio operacional para empresas e profissionais liberais, no importe de € 300 milhões (23.03.2020, comunicado IP/20/516); (viii) regime de garantia alemão para apoio econômico aprofundado, contendo amplo pacote de subvenção, resgate e custeio de setores produtivos (24.03.2020, comunicado IP/20/517); (ix) regime alemão de subsídio direto para empresas (24.03.2020, comunicado de IP/20/524); (x) regime espanhol de garantia no valor de € 20 bilhões, destinado a empresas e trabalhadores autônomos comprovadamente afetados pela pandemia (24.03.2020, comunicado IP/20/520); (xi) regime de garantia italiano para suporte de pequenas e médias empresas afetadas, com moratória limitada a 33% do débito total (25.03.2020, comunicado IP/20/530); (xii) regime de garantia luxemburguês para apoio econômico aprofundado, contendo amplo pacote de subvenção, resgate e custeio de setores produtivos (27.03.2020, comunicado IP/20/540); (xiii) fundo de solidariedade francês de € 1,2 bilhão para pequenas empresas em dificuldade temporária vinculada ao surto pandêmico (30.03.2020, comunicado IP/20/556); (xiv) regime de garantia dinamarquês de € 130 milhões para empresas exportadoras de pequeno e médio porte afetadas pela crise (30.03.2020, co-

municado IP/20/555); (xv) suporte estoniano de € 1,75 bilhão para apoio da ordem econômica (30.03.2020, comunicado IP/20/559); (xvi) suporte irlandês de € 200 milhões para apoio da ordem econômica (31.03.2020, comunicado IP/20/557); (xvii) empréstimo de € 200 milhões do governo dinamarquês ao Fundo de Garantia de Viagens, para auxílio em razão dos múltiplos cancelamentos no setor (01.04.2020, comunicado IP/20/576); (xviii) extensão do regime alemão de empréstimos subsidiados para apoio da economia (02.04.2020, comunicado IP/20/580); (xix) regime de garantia maltês de € 350 milhões para apoio da ordem econômica (02.04.2020, comunicado IP/20/578); (xx) *guarda-chuva* espanhol para proteção da ordem econômica, com amplo rol de medidas (02.04.2020, comunicado IP/20/581); (xxi) regime de garantia sueco no valor de € 9,1 bilhões para proteção da ordem econômica (02.04.2020, comunicado IP/20/579); (xxii) regime de garantia holandês de € 23 milhões para apoio da ordem econômica (03.04.2020, comunicado IP/20/597); (xxiii) regime público de garantia do governo polonês, com alçada de € 22 bilhões para apoio da ordem econômica (04.04.2020, comunicado IP/20/596); (xxiv) regime de garantia português de € 13 bilhões para apoio da ordem econômica (04.04.2020, comunicado IP/20/599); (xxv) regime de garantia croata de € 790 milhões para empresas exportadoras afetadas pela crise (06.04.2020, comunicado IP/20/601); (xxvi) regime grego de adiantamentos reembolsáveis, no total de € 1 bilhão (07.04.2020, comunicado IP/20/611); (xxvii) regime húngaro de suporte amplo à ordem econômica, na monta de € 140 milhões (08.04.2020, comunicado IP/20/629); (xxviii) linha de crédito do governo português de € 20 milhões para pesca e aquicultura (08.04.2020, comunicado IP/20/609); (xxix) regime de garantia búlgaro de € 255 milhões para suporte a pequenas e médias empresas (08.04.2020, comunicado IP/20/627); (xxx) linha de crédito especial do governo polonês no importe de € 700 milhões (08.04.2020, comunicado IP/20/614); (xxxi) regime de garantia lituano de € 110 milhões para socorro da ordem econômica (08.04.2020, comunicado IP/20/623); (xxxii) transferência direta de € 1,2 bilhão do estado grego às pequenas e médias empresas (08.04.2020, comunicado IP/20/624); (xxxiii) regime luxemburguês de incentivo à pesquisa e investimento na produção de itens necessários ao combate do surto

viral, no valor de € 30 milhões (08.04.2020, comunicado IP/20/637); (xxxiv) suporte de liquidez do governo austríaco no valor total de € 15 bilhões (09.04.2020, comunicado IP/20/633); (xxxv) apoio croata de € 1 bilhão para empresas sensíveis à pandemia (09.04.2020, comunicado IP/20/640); (xxxvi) suporte econômico lituano de € 150 milhões (10.04.2020, comunicado IP/20/644); (xxxvii) suporte de € 3 bilhões para manutenção da economia flamenga (10.04.2020, comunicado IP/20/636); (xxxviii) regime polonês de suporte adicional no valor de € 115 milhões (10.04.2020, comunicado IP/20/635); (xxxix) regime de garantia romeno de € 3,3 bilhões para suporte a pequenas e médias empresas (11.04.2020, comunicado IP/20/649); (xl) aditamento aos regimes alemães já aprovados, com ampliação do rol de medidas (11.04.2020, comunicado IP/20/651); (xli) regime de garantia belga no valor total de € 50 milhões (11.04.2020, comunicado IP/20/648); (xlii) regime de garantia sueco para empresas aéreas, no importe de € 455 milhões (11.04.2020, comunicado IP/20/647); (xliii) regime belga de diferimento das taxas de concessão dos aeroportos da Valônia (11.04.2020, comunicado IP/20/645).

REINO DE ESPANHA

A Espanha, de acordo com os dados de 10 de abril de 2020 do relatório de situação COVID-19 nº 81 da Organização Mundial da Saúde, é país europeu que lidera a lista de casos totais, com 152.446 infectados e 15.238 mortos pelo vírus.

Por meio do Decreto Real nº 463²³, de 14 de março de 2020, o governo espanhol decretou *estado de alerta* em razão da situação de emergência sanitária provocada pelo surto de *COVID-19*. Conforme disposições dos artigos 1 e 2 do diploma, a declaração de emergência e alerta afeta todo o território nacional, com duração inicial de quinze dias.

Adotando medidas de isolamento social e *lockdown*, determinou-se que durante a vigência do decreto, as pessoas unicamente poderão circular pelas vias públicas atividades essenciais de deslocamento definido, aquisição de alimentos, remédios e mantimentos de primeira necessidade, assistência a dependentes e necessitados e

23 Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con>>.

outras atividades similares ou justificadas (art. 7). Também foram restringidas as atividades comerciais não essenciais, culturais, recreativas e turísticas (art. 10), além da redução mínima de 50% na oferta de transportes públicos (art. 14, 2) e da restrição aduaneira (art. 16).

Na esteira do quanto indicado no tópico anterior, também foram implementadas, com espeque no artigo 107º, 3 (b), do TFUE, ajudas estatais sob a forma de subvenções diretas, adiantamentos reembolsáveis, vantagens fiscais, garantias sobre empréstimos e taxas de juros subsidiadas para apoio amplo de diversos setores produtivos afetados pela pandemia.

O Decreto-Lei Real nº 8²⁴, de 17 de março de 2020, disciplinou por seu turno as medidas urgentes e extraordinárias para enfrentamento do impacto econômico e social do surto de *COVID-19*.

No âmbito laboral, implementou as seguintes providências: (i) regime preferencial de teletrabalho (art. 5º), com direito à adaptação de horário e à redução da jornada (art. 6º); (ii) prestação de auxílio extraordinário aos trabalhadores independentes ou autônomos cujas atividades tenham sido suspensas ou reduzidas em ao menos 75% em relação ao semestre anterior (art. 17); (iii) flexibilização dos mecanismos de ajuste da jornada de trabalho para prevenção às demissões (artigos 22 a 24); (iv) proteção especial aos desempregados (art. 25); (v) autorização de jornadas extraordinárias para trabalhadores de saúde (art. 36, 1); e (vi) permissão para contratação especial, na área de saúde, sem previsão de receita (art. 36, 2).

No âmbito fiscal-tributário, autorizou as seguintes medidas: (i) suplemento de crédito de € 300 milhões para a criação de um fundo social destinado exclusivamente aos impactos sociais da crise pandêmica (art. 1º), (ii) destinação do excedente de entidades locais referente a 2019 e aplicação em 2020 da provisão adicional de zesseis do texto consolidado da lei que regula a tributação local (art. 3º); (iii) garantia de subsídios nas tarifas de água e energia elétrica para consumidores reputados vulneráveis (art. 4º); (iv) moratória da dívida hipotecária para aquisição de imóvel residencial (art. 7º); (v) linha de empréstimo subsidiada pelo estado para empresas, profissionais liberais e autônomos (art. 29); (vi) ampliação do limite de en-

24 Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/18/pdfs/BOE-A-2020-3824.pdf>>

dividamento junto ao Instituto de Crédito Oficial (art. 30); (vii) linha extraordinária de crédito no valor de € 2 bilhões para pequenas e médias empresas (art. 31); (viii) suspensão de todos os prazos administrativo-tributários, tanto para pagamento de tributos, quanto para postulação contenciosa em geral (art. 33); (ix) suspensão dos contratos públicos cuja execução tenha sido impedida pela pandemia (art. 34); (x) abertura de crédito extraordinário para o Ministério da Ciência e Inovação (art. 37); (xi) estabelecimento de regimes especiais de convênios públicos relacionados a *COVID-19* (art. 39); (xii) suspensão de prazos para entrega, pelas sociedades de direito privado, de documentos obrigatórios à fiscalização tributária, tais quais prestações de contas e balanços anuais (art. 40, 3); (xiii) medidas especiais de controle e regulação de sociedades anônimas cotizadas, negociadas junto ao mercado comum europeu (art. 41); (xiv) isenção do pagamento de imposto de transmissão para a novação de contração de empréstimos e créditos hipotecários durante (primeira disposição final); (xv) plano *acellera*, consistente na aceleração do processo de digitalização das pequenas e médias empresas (anexo); e (xvi) estímulo fiscal ao desenvolvimento de pesquisas científicas relacionadas ao enfrentamento e tratamento do coronavírus.

Ainda no campo trabalhista, destacam-se: (i) o Decreto-Lei Real nº 11, de 31 de março de 2020, que autoriza moratória das cotas contributivas da segurança social para empresas (entre abril e junho de 2020) e trabalhadores autônomos (entre maio e julho de 2020); e (ii) o Decreto-Lei Real nº 13, de 7 de abril de 2020, pelo qual se alteram as regras do trabalho rural no território nacional.

REPÚBLICA ITALIANA

A Itália, que liderou durante algum tempo o *ranking* de casos de *COVID-19* na Europa – apenas recentemente sendo ultrapassada pela Espanha –, ainda ocupa a primeira posição quando se trata do total de mortes pela doença, com 18.281 vítimas (OMS, 2020. p. 1).

Engajado com o combate frontal do surto viral, o estado italiano norteia suas políticas públicas a partir de uma lógica de (i) contenção e retardo da contaminação, (ii) incremento e ampliação do sistema

nacional de saúde, e (iii) apoio a empresas e famílias diante dos impactos econômicos da pandemia.

Particularmente a partir de março de 2020, as autoridades italianas gradualmente intensificaram as medidas de isolamento social e *lockdown*, destacando-se, dentre outros diplomas, o Decreto-Lei nº 9, de 2 de março de 2020²⁵, cujo art. 35 proíbe ordens emergenciais locais que contrastem com determinações do governo central.

Em relação ao regramento jurídico laboral, na fase de *lockdown*, o Presidente do Conselho de Ministros editou uma série de Decretos (DPCMs) que restringiram liberdades individuais e atividades econômicas variadas, a saber: (i) DPCM de 8 de março de 2020, restringiu as atividades não essenciais de qualquer natureza, (ii) DPCM de 9 de março de 2020, estendeu a restrição anterior a todo o território, (iii) DPCM de 11 de março de 2020, determinou o fechamento de todo o comércio varejista e os estabelecimentos de restauração alimentar, com renovação da recomendação de adoção de regime de *teletrabalho*, (iv) DPCM de 22 de março de 2020, encerrou, depois de negociação com sindicatos e associações, todas as atividades comerciais e produtivas não essenciais, e (v) Decreto do Presidente da Região da Lombardia, de 21 de março de 2020, impôs multas locais de até € 5.000,00 (cinco mil euros) para desobediência civil da ordem de isolamento social²⁶.

Já o Decreto-Lei nº 18, de 17 de março de 2020²⁷, instituiu auxílio emergencial mensal de até € 600,00 (seiscentos euros) para trabalhadores autônomos (artigos 27 e seguintes) afetados pela crise pandêmica, a ser administrado pelo sistema de segurança social italiano, padronizou práticas de *trabalho inteligente* (teletrabalho) para diversos setores privados e equiparou, para fins previdenciários, os períodos de quarentena a afastamentos por doença e as contaminações por *COVID-19* no ambiente de trabalho a acidente laboral. Para empregados considerados de *baixa-renda*, foi autorizada a emissão de *vouchers* governamentais de € 100,00 (cem euros), a serem pagos em abril de 2020. E as demissões por motivos de produção, organização do trabalho e seu funcionamento estão bloqueadas por 60

25 In < <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/02/20G00026/sg>>.

26 Disponíveis em: <<http://www.governo.it/it/approfondimento/coronavirus/13968>>.

27 In <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/17/70/sg/pdf>>.

dias, sendo que as empresas podem recorrer ao fundo de redundância da *Cassa Integrazione Guadagni* (CIG) para custeio da força de trabalho não utilizada.

No campo da fiscalidade e da tributação, no estágio inicial de *Estado e Emergência*, o Departamento de Proteção Civil valeu-se de poderes administrativos extraordinários para determinar (i) a suspensão do pagamento de empréstimos bancários nas áreas original e inicialmente isoladas (Ordem n° 642), (ii) o esclarecimento do alcance e do conteúdo dos Decretos editados pelo Presidente do Conselho de Ministros (Ordem n° 646), e (iii) a aplicação a todo o território nacional de algumas medidas inicialmente limitadas, nos indigitados Decretos, apenas a determinadas áreas do território (Ordem n° 648)²⁸.

Para o momento posterior de recuperação econômica, também inaugurado pelo Decreto-Lei n° 18, de 17 de março de 2020 e intitulado politicamente de “*Cura Itália*”, o governo central editou um pacote maciço de medidas (127 artigos) focado em (i) reforço orçamental do sistema de saúde e das forças de segurança, (ii) suspensão de prazos para contribuições previdenciárias e encargos sociais, (iii) liberação de créditos subsidiados e incentivos para empresas, (iv) isenção tributária para doações, (v) criação de fundos emergenciais de liquidez para a economia, (vi) custeio, pela *Cassa Integrazione Guadagni* (CIG), da força de trabalho não utilizada, e (vii) disponibilização de € 400 milhões para as autoridades municipais emitirem vales-alimentação para cidadãos desempregados e em estado de vulnerabilidade.

As medidas serão custeadas direta ou indiretamente pelo orçamento do estado italiano, estando autorizada a emissão de € 25 bilhões em dívida pública nova para esse fim (art. 106).

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

A Alemanha, com 113.525 infecções e 2.373 mortes registradas até 10.04.2020, instaurou o *Ato de Proteção Infeciosa* (*Infektionsschutzge-*

²⁸ Disponíveis em: <<http://www.protezionecivile.gov.it/risk-activities/health-risk/emergencies/coronavirus>>

setz²⁹), dando às autoridades competência para adotar diferentes medidas de enfrentamento da pandemia, classificadas pelo diploma como normas de (i) monitoramento (§§ 6 ff. IfSG), (ii) prevenção (§§ 16 ff. IfSG) e (iii) combate às doenças infecciosas (§§ 24 ff. IfSG).

Indigitado ato ainda possibilita (i) a imposição de quarentena (§ 30 IfSG), (ii) o banimento de atividades determinadas (§ 31 IfSG), e (iii) o fechamento de instalações provedoras de cuidado de menores (§ 33 IfSG). As autoridades competentes também podem restringir ou proibir eventos e atividade de qualquer natureza, desde que ensejadoras de aglomeração social (§ 28 I S. 2 IfSG)

De se notar, porém, que o substrato de validade para as medidas restritivas, consubstanciado em cláusula geral que permite às autoridades adotar “*todas as medidas necessárias*” (§ 28 I S. 1 IfSG), não pode ser excessivamente interpretado como expressamente autorizador de medidas extremas como *lockdowns* completos.

Para além, o caráter descentralizado das competências administrativas do estado alemão faz com que o governo federal somente possa emitir recomendações, esperando que os governos estaduais colaborem e acatem; trata-se, portanto, de um modelo regionalista, com pouco espaço para tomada de decisão e ação efetiva por parte do governo central

Ainda de acordo com o diploma, o *Robert-Koch-Institute*³⁰ e o responsável por prestar as informações e recomendações técnicas para o subsídio da tomada de decisão das autoridades competentes no nível estadual (cf. § 5 IfSG); esse mesmo instituto, ainda, foi o responsável pela elaboração do *Plano de Preparação para a Pandemia* – que, entretanto, não é vinculativo, mas apenas sugestivo.

Sob a ótica jurídica laboral, é pertinente destacar que o conceito de *Estado de Segurança Social* alemão impõe às autoridades públicas a obrigação de cuidado securitário geral para com todos os residentes, nos termos do § 193 III da Lei de Contratos de Seguros (*Versicherungsvertragsgesetz*³¹), assim como o dever de fornecer seguro saúde a todos

29 Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/>>.

30 Agência do Governo Federal alemão e instituto de pesquisa responsável pelo controle e prevenção de doenças.

31 Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/_193.html>.

os trabalhadores – inclusive transfronteiriços –, estudantes, segurados, assistidos e pensionistas, conforme § 5 do Código de Seguridade Social (*Sozialgesetzbuch Fünftes Buch*³²).

No que concerne às jornadas de trabalho, o regramento temporário de benefícios em período de crise (*Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld*³³), de 13 de março de 2020, autoriza a redução dos custos patronais com a folha de pagamentos a partir da autorização para que empregadores afetados com a perda de horas de trabalho de mais de 10% de seus empregados possam aderir à flexibilização das jornadas, com reembolso das contribuições securitárias pela Agência Federal de Emprego. Os trabalhadores afetados pela redução, a sua vez, habilitam-se ao recebimento de compensações previdenciárias pela perda remuneratória, que passam de doze para até vinte e quatro meses. Também são permitidos acordos para fixação de outras modalidades de compensação.

Já da perspectiva fiscal-tributária, ao amparo do artigo 107º, 3 (b), do TFUE, a Alemanha instituiu, a partir de 1º de abril do ano corrente, sistema de empréstimos subsidiados pelo governo federal dentro do quadro jurídico temporário de apoio à economia durante o período de surto de *COVID-19*³⁴.

Tais medidas fazem parte de um pacote com validade até 31.12.2020, cujo objetivo é a garantia da manutenção de liquidez do mercado, de forma a promover a continuidade regular das atividades econômicas; o auxílio estatal, no caso, dá-se pela via indireta do subsídio das taxas de juros aplicadas aos empréstimos.

No âmbito legislativo interno, a base legal do regime de garantia de liquidez é o *Bundesregelung Beihilfen für niedrigverzinsliche Darlehen 2020*. A ajuda prevista no instrumento é concedida pelo governo central aos estados federados e às municipalidades, a partir de fomentos e repasses a bancos nacionais e regionais.

O público alvo da ajuda é composto por todos os profissionais e empresários que desenvolvem atividades econômicas em solo ale-

32 Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_5.html>.

33 Disponível em: <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/2020/kurzarbeit-wird-erleichtert-gesetztentwurf-de-bundestags.pdf?__blob=publicationFile&v=5>.

34 *State Aid SA.56863 (2020/N)*, aprovado pela Comissão Europeia em 02.04.2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202014/285363_2145045_45_2.pdf>.

mão, desde que não estivessem em dificuldades financeiras agravadas antes do dia 01.01.2020 e atenda às condições do Regulamento Geral de Isenção por Categoria (GBER).

Quaisquer instituições financeiras podem operar como intermediárias do sistema subsidiado de empréstimos; e todos os setores produtivos de todas as regiões da Alemanha se podem beneficiar do programa – exceto as próprias instituições financeiras. Para a contratação dos empréstimos com juros reduzidos, o contrato deve ser assinado até 31.12.2020, o financiamento do crédito não poderá exceder a seis anos e o valor máximo deve ser observar o ponto 27 (d) da *Quadro Jurídico Temporário*. A cumulação de benefícios por uma mesma pessoa é limitada; e como o programa insere-se nas condicionantes do artigo 108º, 3, do TFUE e é categorizado como *auxílio* nos termos do artigo 107º, 1, do mesmo Tratado, todas as provisões pertinentes devem ser adimplidas.

REPÚBLICA FRANCESA

A França ocupa a quarta posição no número total de casos de *COVID-19* na Europa, com 85.351 infectados e 12.192 mortos em 10 de abril de 2020 (OMS, 2020, p. 2). Tendo reconhecido um estágio terciário de pandemia e adotando medidas de isolamento já em 31.01.2020, o tratamento jurídico da crise do surto de coronavírus tem, desde cedo, expressamente regulado e alterado as dinâmicas de trabalho e tributação do estado francês.

Pela Lei nº 2020-290³⁵, de 23 de março de 2020, foi aprovado um regime urgente de enfrentamento da epidemia; o texto determina a instauração de um *Estado de Emergência Sanitária* em todo o território, pelo período de dois meses, com restrição a liberdades individuais de circulação e reunião, especialmente para atividades não reputadas essenciais.

Em relação às medidas de Direito do Trabalho, o Ministério do Trabalho da França destaca, antes de tudo, ser obrigação de todo empregador garantir condições seguras e salubres de labor para seus empregados, nos termos do art. L.4121-1 do Código do Traba-

35 In <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&-dateTexte=202003>>

lho³⁶. Nesse sentido, é destacada a posição ativa do estado francês na responsabilização direta das empresas – e dos empregadores de modo geral – pela adequação das condições dos trabalhadores durante o período de crise.

A partir da caracterização do terceiro estágio de pandemia viral pelas autoridades de saúde francesas, incide imediatamente o regramento do art. L.1222-9 do Código do Trabalho, segundo o qual o *teletrabalho* é um direito garantido desde 22 de setembro de 2017, que deve ser privilegiado no estado de emergência de saúde pública.

Também é garantida indenização salarial aos laboristas que (i) necessitem de afastamento para cuidar de menor de 16 anos e (ii) tenham que adotar medidas de isolamento devido ao risco de contaminação; tudo nos termos dos artigos L.321-1 e L.622-1 do Código de Seguridade Social³⁷ e L.732-4 e L.742-3 do Código Rural e da Pesca Marítima³⁸.

De se lembrar que o art. L.3141-5 do Código do Trabalho preconiza que se não se tratar de doença ocupacional ou acidente de trabalho, não é possível a apresentação de pedido para recebimento de licença remunerada, caso não se possa comparecer ao trabalho.

Para adequação dessa previsão excludente geral, o Decreto nº 2020-73³⁹, de 31 de janeiro de 2020, autoriza que todo trabalhador que possua atestado médico ou diagnóstico de *COVID-19* possa receber indenizações remuneratórias ou benefícios diários por ausência ao trabalho. E o Decreto nº 2020-193⁴⁰, de 4 de março de 2020, afasta a aplicação dos prazos de carência para os infectados por *SARS-CoV-2*, com o intuito de não comprometer o pagamento dos benefícios pelo empregador desde os primeiros dias da licença.

Para as hipóteses em que o trabalhador francês labore em área

36 *Code du travail*, consolidado em 1º de abril de 2020 e disponível para consulta virtual em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>.

37 *Code de la sécurité sociale*, consolidado em 1º de abril de 2020 e disponível para consulta virtual em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073189>>.

38 *Code rural et de la pêche maritime*, consolidado em 29 de março de 2020 e disponível para consulta virtual em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071367>>.

39 *In* <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041513432&categorieLien=id>>.

40 *In* <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041686873&categorieLien=id>>.

fronteiriça da Alemanha, do Luxemburgo ou da Suíça, (i) o empregador poderá aplicar medidas de prevenção, desde que mantido integralmente o salário, (ii) o empregado não poderá demandar o benefício de jornada parcial ou reduzida com espeque na legislação francesa, mas apenas a partir da lei do estado em que exerça suas atividades, e (iii) a seguridade social francesa não poderá ser demandada ou responsabilizada.

Quanto às medidas de Direito Tributário e Fiscal, o Ministério da Economia e das Finanças da França anunciou, em 17 de março de 2020, o lançamento de um plano emergencial de gestão da crise no valor total de € 45 bilhões

Como medidas de medidas imediatas de apoio às empresas⁴¹ destacam-se (i) o diferimento do pagamento de encargos sociais e fiscais, nomeadamente impostos sobre folha de pagamento e contribuições previdenciárias (URSSAF), (ii) a solicitação, mediante estudo de caso desenvolvido por contador público, de parcelamento de dívidas e débitos tributários, com possibilidade de isenção parcial ou total se comprovada extrema dificuldade econômica (análise discricionária e casuística), (iii) o adiamento do vencimento de faturas de energia elétrica, gás e água encanada para pequenas empresas, com possibilidade de suspensão temporária e justificada do pagamento de alugueis a partir de abril, (iv) a instituição de um *Fundo de Solidariedade* a pequenos e micro empreendedores e autônomos, com auxílio mensal de até € 1.500,00 (mil e quinhentos euros), (v) a ajuda financeira para tomada de empréstimos, que serão garantido pelo estado, (vi) a mediação para renegociação de taxas de créditos e condições de pagamento de contratos financeiros, (vii) a regulação do estado de *desemprego parcial*, que permitirá o pagamento de benefício correspondente à maior parte dos salários do trabalhadores, (viii) o sistema de mediação de conflitos entre empresas, com ferramenta de consulta *online*, e (ix) a moratória para taxas e contribuições públicas, sem incidência de encargos e multas legalmente previstos.

41 Sítio oficial: <<https://www.economie.gouv.fr/coronavirus-soutien-entreprises#>>.

CONCLUSÃO

Como se pode notar das revisões legislativas realizadas neste estudo, tanto o Brasil quanto os Estados-Membros da União Europeia selecionados – Alemanha, Espanha, França e Itália – têm norteado a regulação jurídica do contexto de crise pandêmica – *a priori* e em sede principiológica de justificação⁴² – a partir de uma perspectiva que, no campo do Direito do Trabalho, visa à preservação do emprego, da renda e da viabilidade empresarial; enquanto que, no âmbito do Direito Tributário-Fiscal, visa à manutenção da ordem econômica, da dinâmica dos setores produtivos, das relações comerciais internas e externas e da paz social, ainda que à custa da responsabilidade fiscal e do equilíbrio orçamental imediatos.

Enquanto no âmbito da União Europeia os Estados-Membros necessitam – em razão do ajuste político-econômico-monetário entre si estabelecido – de recorrer à Comissão Europeia para a autorização ou chancela das medidas corretivas das crises e preventivas dos desequilíbrios que pretendem adotar, com fundamento no art. 107, 2 (b) e 3 (b), do TFUE, no Brasil, a flexibilização dos limites orçamentais tem sucedido a partir de um alinhamento entre os Poderes Legislativo e Executivo para suspensão, inicialmente temporária, de alguns dos mecanismos de austeridade aprovados no passado recente.

É entretanto muito importante diferenciar que, enquanto os Estados europeus estão vinculados aos Tratados e às demais regras da União no que concerne à coordenação econômico-financeira-monetária, a indicar uma certeza da provisoriedade das flexibilizações e derrogações dos padrões de limite ao endividamento neste momento – que corresponde a típico movimento contracíclico de estabilização macroeconômica –, o Brasil, por não se vincular a um organismo supranacional que o imponha esse tipo de compromissos e por ter apenas recentemente desenvolvido boa parte dos seus mecanismos de austeridade fiscal⁴³, corre o sério risco de degradar as contas públicas ao ponto de retornar

42 No particular, importante frisar que tal alegação sucede da interpretação do quanto consignado nos preâmbulos justificadores das normas analisadas no contexto deste trabalho acadêmico.

43 A esse respeito, basta recordar que o Novo Regime Fiscal, limitador dos gastos públicos, foi instituído por emenda à Constituição apenas em 2016, sendo que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal data de 2000.

a um estado anterior de desorganização orçamental-institucional que poderá representar grave retrocesso civilizatório ao nosso estado democrático (Scudeler, 2018. pp. 54-56).

Isso porque a crise momentânea, ainda que de escala sem precedentes, não pode servir de pretexto para o relaxamento da disciplina fiscal duramente conquistada e aprimorada ao longo dos anos recentes, inclusive sob pena de fragilização da capacidade de crescimento e desenvolvimento sustentável do país (Salto; Almeida, 2016. pp. 15-25).

No que respeita ao conteúdo das medidas de socorro a trabalhadores, empresas e setores produtivos em geral, diferença significativa reside na complexidade dos mecanismos jurídicos de subvenções diretas e indiretas dos Estados europeus e do Brasil, que, *ultima ratio*, são mais vultosas nos primeiros em razão da maior disponibilidade orçamental para endividamento, decorrente da própria credibilidade da Zona Euro em que se inserem.

Apesar das discrepâncias de escala naturalmente esperadas, sobretudo em razão dos valores investidos nas medidas de enfrentamento da crise – e que redundam em uma variação quantitativa de medidas –, nota-se um alinhamento geral principiológico entre a direção das medidas adotadas, orientadas para a preservação dos postos de trabalho, da renda e ordem econômica interna e externa. Todavia, ressalta-se que, no campo qualitativo dessas providências de emergência, os parâmetros e escopos das normas europeias têm-se demonstrado mais atentos às particularidades e complexidades de cada setor produtivo afetado, a redundar em normas visivelmente mais adequadas – e menos suscetíveis à judicialização – do que no caso brasileiro.

Talvez por ainda estar em momento anterior do combate – com alguns dias de atraso em relação à Europa –, o Brasil ainda não se tenha debruçado com mais propriedade sobre medidas de apaziguamento da ordem econômica e social em um cenário pós-pandemia⁴⁴. De toda sorte, o natural seria que o estado federal brasileiro seguisse a lógica de intervenções corretivas contracíclicas nesse momento futuro, com edição de novos pacotes de medidas para subvenções diretas e indiretas de setores produtivos lesados.

44 O lapso temporal entre o momento de recorte da pesquisa e a data da publicação do artigo, uma vez mais, não se revelou alvissareiro no que refere ao avanço esperado da regulamentação para o cenário *pós-pandêmico*.

Contudo, não se pode descurar que o esforço entre os atores políticos do Brasil – notadamente da cúpula dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União – têm-se revelado mais lento e menos integrado do que seria esperado em face a uma crise que avança em tamanha velocidade, a comprometer as perspectivas sobre as medidas futuras.

No bloco europeu, por seu turno, também sucedem divergências – sobretudo ideológicas – entre lideranças nacionais e europeias. A estrutura supranacional e a vanguarda de alguns dos estados mais afetados, todavia, têm contribuído para a conformação de um cenário de maior suporte qualitativo – e mesmo quantitativo – para a crise.

De todo modo, fato é que, ao fim, todos os estados nacionais evoluídos – inclusive o Brasil – sairão enfraquecidos do ponto de vista fiscal, com majoração nominal e proporcional (ao PIB) das suas dívidas públicas. Da perspectiva jurídico-normativa, o que interessa é avaliar se esses incrementos nos endividamentos estão a ser promovidos dentro das balizas técnicas postas nos respectivos ordenamentos.

No quadro europeu, considerando-se a adequação apriorística dos socorros ao artigo 107º, 2 (b) e 3 (b), do TFUE, parece haver adequação técnico-normativa entre as providências e as normas, sem rupturas significativas.

Já no contexto brasileiro, lado outro, a promoção de realocações entre rubricas orçamentais originalmente destinadas ao serviço da dívida para a cobertura de despesas emergenciais, conjugada com os prognósticos de ultrapassagem dos limites de crescimento da despesa em face dos mecanismos de ordenação fiscal constitucional e legalmente postos (IFI Brasil, 2020), sinalizam para uma condição institucional-normativa fragilizada, que poderá levar à ruptura de sistemas jurídicos de responsabilidade fiscal ainda não suficientemente consolidados no ordenamento nacional.

Essa, portanto, parece ser a principal distinção entre os estados europeus avaliados e o Brasil no enfrentamento da crise pandêmica de *COVID-19* por meio de regulamentações emergenciais, com indicação de uma possível alteração substancial do pacto social brasileiro – mormente nos campos laboral e orçamental-fiscal –, diferentemente da realidade europeia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Ato de Proteção Infeciosa (Infektionsschutzgesetz)**. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Lei de Contratos e Seguros (Versicherungsvertragsgesetz)**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/__193.html>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Código de Seguridade Social (Sozialgesetzbuch Fünftes Buch)**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/__5.html>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Regramento temporário de benefícios em período de crise (Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld)**. Disponível em: <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/2020/kurzarbeit-wird-erleichtert-gesetzentwurf-de-bundestags.pdf?__blob=publication-file&v=5>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Sistema de empréstimos subsidiados pelo governo federal dentro do quadro jurídico temporário de apoio à economia durante o período de surto de COVID-19 (State Aid SA.56863 (2020/N))**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202014/285363_2145045_45_2.pdf>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Bundesregelung Beihilfen für niedrigverzinsliche Darlehen 2020**. Comunicado do Ministério da Economia e Energia (BMWi) de 16.04.2020. Diário Oficial da União de 24.04.2020, B2.

BAUMAN, Zygmunt. **Liquid Modernity**. Cambridge: Polity, 2000.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Banco Central do Brasil. **Resolução 4.791, de 26 de março de 2020**. Altera a Resolução nº 4.782, de 16 de março de 2020, que estabelece, por tempo determinado, em função de eventuais impactos da Covid-19 na economia, critérios temporários para a caracterização das reestrutu-

rações de operações de crédito, para fins de gerenciamento de risco de crédito. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4.791-de-26-de-marco-de-2020-250188774>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 4.782, de 16 de março de 2020**. Estabelece, por tempo determinado, em função de eventuais impactos da Covid-19 na economia, critérios temporários para a caracterização das reestruturações de operações de crédito, para fins de gerenciamento de risco de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/Resolucao%20n%C2%BA%204782-20-Bacen.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Câmara de Comércio Exterior. **Resolução nº 17, de 17 de março de 2020**. Concede redução temporária da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus / Covid-19. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-17-de-17-de-marco-de-2020-248564246>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Comitê Gestor do Simples Nacional. **Resolução nº 152, de 18 de março de 2020**. Prorroga o prazo para pagamento dos tributos federais no âmbito do Simples Nacional. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=107839>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Comitê Gestor do Simples Nacional. **Resolução nº 154, de 3 de abril de 2020**. Dispõe sobre a prorrogação de prazos de pagamento de tributos no âmbito do Simples Nacional, em razão da pandemia da Covid-19. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=108368#2114637>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Congresso Nacional. **Decreto Legislativo nº 66, de 1981**. Aprova o texto do Tratado de Montevideu 1980, firmado pelos Plenipotenciários dos Governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República da Bolívia, da República Colômbia, da República dos Estados Unidos Mexicanos, da República do Paraguai, da República Peru, da República Oriental do Uruguai, da República da Venezuela, a 12 de

agosto de 1980. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1980-1987/decretolegislativo-66-16-novembro-1981-361276-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020.** Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Instituição Fiscal Independente do Senado Federal. **Relatório de Acompanhamento Fiscal nº 38: Março 2020.** Brasília: IFI, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569834/RAF38_MAR2020.pdf>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Ministério da Cidadania. **Portaria nº 351, de 7 de abril de 2020.** Regulamenta os procedimentos de que trata o Decreto nº 10.316/2020, a respeito do Auxílio Emergencial instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-351-de-7-de-abril-de-2020-251562808>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Ministério da Economia. **Portaria nº 914, de 13 de janeiro de 2020.** Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS. (Processo nº 10132.100009/2020-20). Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-914-de-13-de-janeiro-de-2020-237937443>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Ministério de Saúde. **Portaria nº 188, de 3 fevereiro de 2020.**

Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Ministério de Saúde. **Portaria nº 454, de 20 de março de 2020**. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 10.277, de 16 de março de 2020. Institui o Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10277.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm#:~:text=Regulamenta%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.982,coronav%C3%ADrus%20\(covid%2D19\).>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm#:~:text=Regulamenta%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.982,coronav%C3%ADrus%20(covid%2D19).>)>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória 921, de 7 de fevereiro de 2020**. Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Defesa, no valor de R\$ 11.287.803,00, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv921.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória 924, de 13 de março de 2020**. Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Educação e da Saúde, no valor de R\$ 5.099.795.979,00, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_

Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv924.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória nº 927, de 27 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em 12.04.2020. em jun.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória 929, de 25 de março de 2020**. Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, das Relações Exteriores, da Defesa e da Cidadania, no valor de R\$ 3.419.598.000,00, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv929.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória nº 930, de 30 de março de 2020**. Dispõe sobre o tratamento tributário incidente sobre a variação cambial do valor de investimentos realizados por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil em sociedade controlada domiciliada no exterior e sobre a proteção legal oferecida aos integrantes do Banco Central do Brasil no exercício de suas atribuições e altera a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, que dispõe, dentre outras matérias, sobre os arranjos de pagamento e sobre as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-930-de-30-de-marco-de-2020-250468779>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória nº 935, de 1º**

de abril de 2020. Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Economia, no valor de R\$ 51.641.629.500,00, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv935.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória 937, de 2 de abril de 2020.** Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Cidadania, no valor de R\$ 98.200.000.000,00, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv937.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória nº 938, de 2 de abril de 2020.** Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federativos que recebem recursos do Fundo de Participação dos Estados - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv938.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória 940, de 2 de abril de 2020.** Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Saúde, no valor de R\$ 9.444.373.172,00, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv940.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória 941, de 2 de abril de 2020.** Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Educação, da Saúde e da Cidadania, no valor de R\$ 2.113.789.466,00, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv941.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória 942, de 2 de abril de 2020.** Abre crédito extraordinário, em favor da Presidência da República e dos Ministérios da Educação, da Justiça e Segurança Pública, e da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, no valor de R\$ 639.034.512,00, para os fins que especifica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>.

br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv942.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória 943, de 3 de abril de 2020**. Abre crédito extraordinário, em favor de Operações Oficiais de Crédito, no valor de R\$ 34.000.000.000,00, para o fim que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv943.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória 944, de 4 de abril de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória nº 946, de 7 de abril de 2020**. Extingue o Fundo PIS-Pasep, instituído pela Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, transfere o seu patrimônio para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-946-de-7-de-abril-de-2020-251562794>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Presidência da República. **Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020**. Disponível em: <https://lex.com.br/legis_27991293_MENSA-GEM_N_93_DE_18_DE_MARCO_DE_2020.aspx>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Secretaria Especial da Receita Federal. **Instrução Normativa nº 1.932, de 3 de abril de 2020**. Prorroga o prazo da apresentação da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) e da Escrituração Fiscal Digital da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição Previdenciária sobre a Receita (EFD-Contribuições). Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-1.932-de-3-de-abril-de-2020-251138205>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Secretaria Especial da Receita Federal. **Portaria nº 555, de 23 de março de 2020**. Dispõe sobre a prorrogação do prazo de validade das Certidões Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND) e Certidões Positivas com Efeitos de Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CPEND), em decorrência da pandemia relacionada ao

coronavírus (COVID-19). Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-555-de-23-de-marco-de-2020-249439539>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357/DF**. Distribuição em 27 de mar. de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF**. Distribuição em 02 de fev. de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>>. Acesso em 12.04.2020.

ESPAÑA. **Decreto Real nº 463, de 14 de março de 2020**. Se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Decreto-Lei Real nº 8, de 17 de março de 2020**. Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/18/pdfs/BOE-A-2020-3824.pdf>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Decreto-Lei Real nº 11, de 31 de março de 2020**. Adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/31/11/con>> Acesso em 12.04.2020.

_____. **Decreto-Lei Real nº 13, de 7 de abril de 2020**. Adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4332-consolidado.pdf>>. Acesso em 12.04.2020.

FRANÇA. **Lei nº 2020-290, de 23 de março de 2020.** Estado de urgência sanitária. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&dateTexte=202003>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Código do Trabalho, de 1 de abril de 2020.** Enfatização das condições de trabalho durante a pandemia. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Código de Seguridade Social, de 1 de abril de 2020.** Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073189>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Código Rural e da Pesca Marítima, de 29 de março de 2020.** Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071367>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Código Rural e da Pesca Marítima, de 29 de março de 2020.** Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071367>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Decreto nº 2020-73, de 31 de janeiro de 2020.** Adoção de condições adaptáveis para benefício para aqueles que foram expostos ao COVID-19. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041513432&categorieLien=id>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Decreto nº 2020-193, de 4 de março de 2020.** Aplicação de prazos de carência para os afetados por COVID-19. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041686873&categorieLien=id>>. Acesso em 12.04.2020.

ITÁLIA. **Decreto-Lei nº 9, de 2 de março de 2020.** Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/02/20G00026/sg>>. Acesso em 12.04.2020.

_____. **Decreto (DPCM) de 8 de março de 2020.** Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria. Dispo-

nível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/08/20G00029/sg>>. Acesso em: jun. 2020.

_____. **Decreto (DPCM) de 9 de março de 2020.** Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/09/20G00030/sg>>. Acesso em: jun. 2020.

_____. **Decreto (DPCM) de 11 de março de 2020.** Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/09/20G00030/sg>>. Acesso em: jun. 2020.

_____. **Decreto (DPCM) de 17 de março de 2020.** Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/17/70/sg/pdf>>. Acesso em: jun. 2020.

_____. **Decreto do Presidente da Região da Lombardia de 21 de março de 2020.** Disponível em: <<http://www.governo.it/it/approfondimento/coronavirus/13968>>. Acesso em: jun. 2020.

_____. **Decreto (DPCM) de 22 de março de 2020.** Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/22/20A01807/sg>>. Acesso em: jun. 2020.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

OMS. **COVID-19 Situation Report 81.** Genebra: OMS, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200410-sitrep-81-covid-19.pdf?sfvrsn=ca96eb84_2>. Acesso em 10.04.2020.

SCUDELER, Mateo. **Entre Estabilidade e Crescimento e Ordem e**

Progresso: o controlo jurídico dos défices públicos como mecanismo de sustentabilidade económica na União Europeia e no Brasil. Porto: FDUP, 2018.

SALTO, Felipe; ALMEIDA, Mansueto. **Responsabilidade fiscal é a chave para voltar a crescer.** In Finanças Públicas: da contabilidade crítica ao resgate da credibilidade. Coord. Felipe Salto e Mansueto Almeida. 1^a ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Communication from the Commission: Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak.** Bruxelas: Comissão Europeia, 2020a. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_temporary-framework.pdf>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Comissão Europeia. **Coronavirus Outbreak: List of Member State Measures approved under Article 107(2)b TFEU and under the Temporary State Aid Framework.** Bruxelas: Comissão Europeia, 2020b. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/State_aid_decisions_TF_and_107_2_b.pdf>. Acesso em 12.04.2020.

_____. Comissão Europeia. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU).** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:12016ME/TXT>>. Acesso em 12.04.2020.

RAZÕES, REGRAS E INTERPRETAÇÃO: O RETORNO DO LEGISLADOR RACIONAL NA FILOSOFIA DO DIREITO

REASONS, RULES, AND INTERPRETATION: THE RETURN OF THE RATIONAL LEGISLATOR IN THE JURISPRUDENCE

Matheus Thiago Carvalho Mendonça¹

Resumo: No último terço do século XX, insistiu-se sobre a utilidade e o rendimento teórico de abarcar as regras jurídicas em termos de razões. Um subgrupo de teóricos do direito considera que a noção de razão, por um lado, outorga uma dimensão explicativa ao fenômeno prático do direito e, por outro lado, que essa noção é conceitualmente primordial em relação à regra. Nesse contexto, o presente artigo almeja demonstrar que os teóricos que mantêm a necessidade de pressupor razões ou a necessidade de encontrar razões incorreram em uma falácia *non sequitur* no tocante às suas pressuposições teóricas. Para tal, pretende-se argumentar que, embora possa ser verdade que a noção de razão constitua uma categoria central para a análise das normas jurídicas, dela foram extraídas conclusões injustificadas. Também argumentar-se-á que isso determinou a revitalização de um pressuposto antigo, contrário ao espírito do juspositivismo clássico: a ideia do legislador racional. Pretende-se demonstrar que aqueles que deram esse salto injustificado confundiram a noção de razão necessária para interpretar uma linguagem com a ideia de razão prática.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Teoria do Direito; Processo Legislativo; Normas Jurídicas; Filosofia da Linguagem.

¹ Graduando na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Integrante dos grupos de pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA), e “Direito dos Refugiados e o Brasil”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro e Pesquisador-Assistente da Human Development & Capability Association.

Abstract: In the last third of the 20th century, there was an insistence on the usefulness and theoretical performance of embracing legal rules in terms of reasons. A subgroup of legal theorists considers that the notion of reason, on the one hand, gives an explanatory dimension to the practical phenomenon of law and, on the other hand, that this notion is conceptually paramount in relation to the rule. In this context, this article aims to demonstrate that theorists who maintain the need to assume reasons or the need to find reasons have incurred a non sequitur fallacy with respect to their theoretical assumptions. To this end, it is intended to argue that, although it may be true that the notion of reason constitutes a central category for the analysis of legal rules, unjustified conclusions were drawn from it. It will also be argued that this determined the revitalization of an old assumption, contrary to the spirit of classical juspositivism: the idea of the rational legislator. It is intended to demonstrate that those who took this unjustified leap confused the notion of reason necessary to interpret a language with the idea of practical reason.

Keywords: Philosophy of Law; Theory of Law; Legislative Process; Legal Rules; Philosophy of Language.

1. INTRODUÇÃO

No último terço do século XX, têm-se insistido sobre a utilidade e o rendimento teórico de abarcar as regras jurídicas em termos de razões. Um subgrupo de teóricos do direito considera que a noção de razão, por um lado, outorga uma dimensão explicativa sobre o fenômeno prático do direito e, por outro lado, que essa noção é conceitualmente primordial em relação à regra. Entender as regras jurídicas em função das razões subjacentes – ou em função das razões afetadas pelas regras – tem sido assumido, nesse subgrupo de teóricos, como uma categoria central a partir da qual é possível explicar diferentes fenômenos centrais do direito, como o da autoridade ou o da interpretação das normas jurídicas.

O alcance e o desempenho da categoria da razão, no entanto, nem sempre foram instrumentalizados de forma consequente. É possível argumentar que alguns teóricos extraíram conclusões injustificadas sobre como ela deve ser utilizada. A adoção da ideia da razão como central no empreendimento teórico levou a supor que todo direito e toda regra não pode ser entendida sem a noção de razão. Nesse sentido, o direito e as regras jurídicas seriam, em qualquer caso, uma função de um conjunto de razões que devem ser pressupostas ou devem ser encontradas. Assim, seja qual for o caso, argumenta-se, não é possível perceber o fenômeno prático do direito e das regras jurídicas sem a noção de razão.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que um subgrupo de teóricos que mantém a necessidade de pressupor razões ou a necessidade de encontrar razões incorreu em uma falácia *non sequitur* no tocante aos seus pontos de partida teóricos. Este salto no raciocínio será chamado aqui de *non sequitur interpretativo*. Em termos de objetivos específicos, pretende-se argumentar que, embora possa ser verdade que a noção de razão constitua uma categoria central para a análise das normas jurídicas, dela foram extraídas conclusões injustificadas. Também argumentar-se-á que isso determinou, em um sentido importante, a revitalização de um pressuposto antigo, contrário ao espírito do juspositivismo clássico: a ideia do legislador racional. Ao final, se almeja demonstrar que aqueles que deram esse

salto injustificado confundiram a noção de razão necessária para interpretar uma linguagem (aqui chamada de *razão conceitual*), com a ideia de razão prática (aqui chamada de *razão avaliativa*).

Esse texto argumentará principalmente que essa confusão (1) provém de uma interpretação errônea de noções fundamentais da teoria da linguagem – paradigmaticamente da doutrina de Donald Davidson; (2) impede a possibilidade de descrever o direito; (3) desempenha certo papel ideológico na medida em que atribui aos processos coletivos de tomada de decisão – como os de sancionar uma lei, por exemplo – uma propriedade da racionalidade que eles não têm ou podem não ter. Ademais, tentará mostrar que esse *non sequitur*, originado pela interpretação errônea de certas teorias da linguagem, não é atribuível – como alguns positivistas acreditam – à noção mais refinada da lei natural atual, incorporada na figura de John Finnis. Não se trata de defender a doutrina de Finnis, mas de indicar em que sentido a ideia de razão e interpretação pode ser bem ou mal compreendida, e por que se considera que o *não se segue* que pode ser atribuído a alguns teóricos (paradoxalmente juspositivistas) não é atribuível a autores como Finnis.

Por fim, ressaltar-se-á que a ideologia do legislador racional põe em risco precisamente a possibilidade de detectar e denunciar a passagem de premissas descritivas para prescritivas (do *ser* ao *dever ser*). A subestimação ou esquecimento da famosa guilhotina de Hume não apenas impede a atividade teórica daqueles que (como no caso de juspositivistas exclusivos) consideram como valor a possibilidade de descrever fenômenos sociais, mas também daqueles que acreditam (como no caso de filósofos críticos do direito) que o interessante é ter ferramentas para detectar e denunciar atos de exercício do poder e os espaços através dos quais a violência e o controle são exercidos e essa prática é encoberta sob o eufemismo da racionalidade.

Em resumo – a partir da investigação bibliográfica como metodologia –, será discutido: (i) que o uso indevido da noção de razão no campo do direito reavivou a ideia de um legislador racional; (ii) que a ideia de um legislador racional contém uma carga ideológica que busca ocultar a maneira eficaz pela qual os processos de tomada de decisão coletiva são realizados; (iii) que a referida suposição impede

o uso da noção básica da guilhotina de Hume; (iv) que a guilhotina de Hume é importante tanto para quem quer se limitar a descrever fenômenos sociais sem avaliá-los, quanto para quem deseja descrevê-los com o objetivo de indicar ou expor as formas de poder e controle social que estão ocultas por trás da retórica jurídica.

2. A IDEIA DE RAZÃO SUBJACENTE EM SCHAUER

Um dos usos mais refinados da noção de razão no campo do direito é o apresentado por Frederick Schauer (1991; 2004). Segundo esse autor, toda regra possui um conjunto de razões subjacentes que, mais cedo ou mais tarde – e isso dependerá de qual modelo de decisão for adotado –, gerarão o efeito de *sobre* e *subinclusão* em relação às consequências escolhidas como relevantes pela regra. Assim, uma regra de trânsito que proíba superar os 60 km/h e que tenha como razão subjacente a proteção da integridade dos transeuntes e dos cidadãos em geral, será sobreinclusiva no caso de uma ambulância que precise transportar um ferido, transitando em velocidade superior aos 60 km/h; e será subinclusiva no caso de quem dirige abaixo dessa velocidade, mas que tenha, por exemplo, propensão a sofrer ataques epiléticos ou desmaiar em estações de alta temperatura. A *pretensão* da regra (seus motivos subjacentes) visava, de uma maneira ou de outra, evitar acidentes e maximizar a integridade física no trânsito. Claramente, essa justificativa subjacente não é satisfeita nem no caso da ambulância (a regra inclui algo que, de acordo com a justificativa subjacente, não deveria ser incluída por ela, daí a sobreinclusão), nem no caso de alguém que sofre desmaios repentinos (a regra não inclui um caso em que, de acordo com a máxima “maximizemos a segurança nas ruas”, deveria ser incluída, daí a subinclusão).

É importante ressaltar que Schauer concebe a possibilidade de sobre e subinclusão como uma característica constitutiva, estrutural ou endêmica de um sistema de regras jurídicas que visa orientar o comportamento de outros (sejam eles juízes ou cidadãos).

A possibilidade de evitar a tensão potencial ou atual que surge entre as razões subjacentes e as consequências previstas por uma re-

gra não dependerá, em nenhum caso, da existência ou não de razões subjacentes (uma vez que estão sempre presentes), mas da atitude que se decida adotar frente a essa tensão. Basicamente, é possível escolher entre: i) um modelo opaco das regras com relação às razões subjacentes (modelo *entrincheirado* de regras ou *baseado em regras*), ii) um modelo permeável ou transparente com relação às razões subjacentes (modelo *não-entrincheirado* ou *particularista*). O que esta apresentação não elimina é a existência, em qualquer caso, de ditas razões subjacentes. Em qualquer caso, o aplicador, ou um grupo de pessoas, pode adotar as regras *como se fossem opacas* em relação às razões subjacentes. A escolha de um ou de outro modelo, portanto, não é imposta pela *ausência* de razões subjacentes (que imporiam a tomada apenas das regras e suas consequências independentemente de qualquer outra consideração), mas pela posição ou decisão tomada em relação a qual modelo seria mais conveniente em um Estado de Direito²

Ou seja, dado que será gerada uma tensão entre adotar um modelo baseado em regras ou um modelo particularista, a escolha de um deles deve ser decidida pelos motivos que justificam a adoção de um ou outro. A adoção do primeiro modelo (*entrincheirado* ou opaco em relação às razões subjacentes) tem uma vantagem e uma desvantagem.

- a. A vantagem é que o legislador escolhe uma situação precisa (não transitar a mais de 60 km/h, v.g.) que concorda – mas não se sobrepõe completamente – com as razões subjacentes e impede que seja reaberto (no nível de aplicação do direito) o balance de razões sobre o estado de coisas que maximizariam a satisfação das razões subjacentes. Nesse sentido, a possibilidade de decisão discricionária do juiz é encerrada e um órgão eleito não democraticamente resta impedido de decidir

² Isso, por sua vez, coloca a discussão em termos de duas opções: a que sustenta que existem boas *razões* para considerar as *razões subjacentes* frente a que sustenta que existem boas *razões* para confiar em um modelo de regras. Essa distinção, em Schauer, origina dois tipos de justificativas ou razões a favor dos modelos: a justificativa *substantiva* e a justificativa para a *geração de regras*. De acordo com a definição do próprio autor, “[...] [a] *justificativa substantiva* determina as razões ou objetivos subjacentes à regra [...]. A *justificativa para geração de regras* fornece o fundamento para especificar a justificativa substantiva na forma de regras” (SCHAUER, 1991, p. 94; 2004, p. 154).

sobre assuntos exclusivos do Poder Legislativo³. As vantagens políticas, nesse sentido, consistem em evitar, em primeiro lugar, a delegação de Poder Legislativo, impossibilitando a reabertura do equilíbrio de razões pelo juiz; em segundo lugar, o ideal de segurança jurídica é reforçado. Mediante regras claras e precisas, é possível que o cidadão saiba antecipadamente e exaustivamente qual é o estado de coisas que deve evitar ou ao qual deve ajustar sua conduta;

- b. A desvantagem, por sua vez, consiste precisamente no fenômeno de sobre e subinclusão. Casos extravagantes podem sempre surgir onde se mostra custoso adotar um sistema de regras entrincheirado. No caso de sobreinclusão, porque se considera que há um estado de coisas que deve ser excluído do escopo da norma; no caso de subinclusão, porque estima-se que algo que não se enquadre no escopo da norma deveria, de acordo com suas razões subjacentes, estar incluído nela. A desvantagem é precisamente que existem situações que se pretendia favorecer ou desencorajar, mas que, dada a técnica de entrincheiramento e opacidade, são reguladas de maneira subóptima (SCHAUER, 1991, p. 100-101; 2004, p. 160-161).

Pelo contrário, o segundo modelo (não entrincheirado ou não focado em decisões baseadas em regras) pode considerar que a satisfação das razões subjacentes é um valor supremo, razão pela qual se justifica adotar fórmulas legislativas que, em vez de especificar exaustivamente um estado de coisas, limita-se a expressar com mais ou menos clareza as razões ou valores que busca favorecer. Assim, por exemplo, é possível alterar a técnica legislativa, abandonando o modelo das regras e formulando um princípio que (segundo o exemplo anterior) teria o seguinte conteúdo: “Devem ser sancionados os atos que ponham em perigo ou efetivamente prejudiquem transeuntes e motoristas no trânsito” ou “Deve maximizar-se a segurança no trânsito”. Naturalmente, a adoção do segundo modelo também possui um claro grupo de vantagens e um claro grupo de desvantagens:

3 Esta é paradigmaticamente uma das maneiras pelas quais o problema do argumento contra-majoritário ou do ativismo judicial pode ser discutido no campo da Filosofia Política e do Direito Constitucional. Em outras palavras, a possibilidade e a conveniência de que juízes tomem para si poderes que deveriam estar nas mãos de órgãos democráticos. (cf. GARGARELLA, 2000). Quanto à relevância da discussão na esfera constitucional, ver FERRERES COMELLA, 2000.

- a. Como vantagem, elimina o efeito da sobre e subinclusão, uma vez que uma fórmula com tal amplitude está em condições de lidar ou resolver corretamente casos extravagantes, incluindo casos como o de pessoas com problemas de saúde que não devem dirigir (que, no modelo anterior, restavam fora do alcance da regra) e excluindo casos como o da ambulância (que, no modelo anterior, era atingido pela regra);
- b. Como desvantagem aparece precisamente a negação das duas vantagens do modelo anterior. Em primeiro lugar, é delegado a um órgão não legislativo a possibilidade de decidir qual seria o estado das coisas que corresponde a uma fórmula ampla – como “maximizar a segurança no trânsito”, v.g. Em segundo lugar, a segurança jurídica está seriamente comprometida, vez que não é possível saber com antecedência e com precisão quais estados de coisas o cidadão deve buscar ou evitar. Finalmente – e como consequência do anterior –, a autonomia individual das pessoas é seriamente comprometida, já que que não são previamente informadas das regras e condições pelas quais poderiam elaborar um determinado plano de vida⁴.

Como indicado anteriormente, esta apresentação das opções entre dois modelos visa retratar uma certa tensão e dilema frente a qual se deve decidir pelo modelo que protege e favorece as razões subjacentes escolhidas pelo legislador, que outorga poder aos juizes e que põe em risco a segurança jurídica; ou por aquele que nem sempre satisfaz a justificativa subjacente, não delega poder aos órgãos de aplicação e favorece a certeza ou o princípio da legalidade em um sentido amplo. Basta dizer aqui que o trabalho de Schauer visa apoiar uma defesa do modelo baseada em regras opacas às suas razões subjacentes. No entanto, não planeja estacionar nesse ponto, mas tem interesse nos elementos a partir dos quais Schauer realiza esse tipo de análise e o tipo de *entidades* que o autor supõe existir em qualquer análise do direito.

Acerca da *ontologia* de Schauer, pode-se dizer que o autor pres-supõe pelo menos três tipos de entidades ou elementos no campo do direito: (i) razões ou propósitos subjacentes buscados pelo legislador; (ii) regras opacas a essas razões ou propósitos; (iii) princípios ou normas que não são opacas às razões.

4 Sobre a relação entre certeza, autonomia e plano de vida, ver BAYÓN, 1996.

Ora, é fácil perceber que o modelo de Schauer sustenta que, em qualquer caso, as regras têm um propósito ou motivo subjacente que pode ou não ser levado em conta de acordo com o modelo que se decide adotar. Em nenhum caso existe a possibilidade de regras ditadas irracionalmente, às cegas, sem conhecimento de propósitos ou sem a previsão de certos propósitos ou objetivos a serem protegidos ou alcançados. Regras sem razões subjacentes são definitivamente excluídas. Esse pode ser considerado o primeiro passo para revitalizar a ideia do legislador racional. Toda regra, seja qual for o caso, terá uma razão subjacente que – por razões políticas, morais ou prudenciais – pode ser deixada de lado (adotando um modelo de regras entrincheirado e opaco). Não se sustenta que há casos em que existem regras desprovidas de razões ou que foram emitidas sem a menor consideração de que estado de coisas se pretendia favorecer. Em vez disso, argumenta-se que sempre existem essas considerações que podem ou serem consideradas relevantes ao decidir um caso, e isso dependerá dos valores (certeza, autonomia, divisão de poderes etc.) que se pretende proteger. Postula-se que, definitivamente, não há regras sem razões.

Posteriormente, esse argumento será retomado com o intento de demonstrar como o ponto anterior contribui para uma tergiversação da maneira como os processos de decisão coletiva realmente se processam e como essa análise não é capaz de descrever os casos (bastante usuais) em que o legislador age por engano, desinteresse ou desconhecimento do tipo de interesses ou valores que, em última instância, favorece. Por fim, exclui a distinção entre o que se chamaria de um bom legislador – reflexivo, aberto à discussão e ao equilíbrio de razões – e um mau legislador – aquele que não leva em consideração o conjunto de valores em jogo ao legislar⁵.

5 Como será visto, a análise aos moldes de Schauer inviabiliza a utilização, em primeiro lugar, da máxima conhecida segundo a qual uma coisa é o direito, outra o seu mérito ou demérito – que, no presente caso, deveria ser: “uma coisa são as regras ou leis, outra é se são, de fato, produto de uma decisão racional ou levam em consideração as razões. Em segundo lugar, evita levar em conta os casos em que o legislador desconhece completamente o tipo de valores (supondo que existam) ou a ideologia que ele favorece em última instância, o que constitui um elemento central de análise para aqueles que acreditam que os funcionários (e qualquer cidadão em geral) atua como um veículo inconsciente de poder (Foucault), *i.e.*, agindo pelos interesses de outras pessoas e fortalecendo certas estruturas de poder sem perceber.

Mas, antes de analisar com mais detalhes as possíveis origens dessa posição por parte de Schauer, analisar-se-á um discurso teórico que segue a linha de Schauer e que tenta extrair dessa teoria consequências concretas para a interpretação de certas instituições jurídicas, como o abuso de direito e a fraude à lei – a saber, a análise realizada por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero em *Ilícitos Atípicos* (2000).

3. REGRAS E PRINCÍPIOS EM ATIENZA E RUIZ MANERO

Tomando a estrutura de Schauer descrita anteriormente, os autores distinguem claramente entre dois tipos de normas: regras e princípios. As regras, por sua vez, são subdivididas em dois tipos: as regras de ação e as regras finais. As regras de ação são diretrizes específicas de conduta que estabelecem mandatos ou permissões e têm a seguinte estrutura: um antecedente ou condição de explicação que contém um conjunto fechado de propriedades (no caso mencionado anteriormente, a máxima de 60 km/h) e um conseqüente ou solução normativa com dois elementos, uma ação ou classe de ações e sua qualificação deôntica (e.g., “é obrigatório penalizar com multa de 130 a 880 reais”) (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975). As regras finais, por outro lado, preveem, como solução ou consequência normativa, não a execução de uma ação (punir, sancionar etc.), mas a conquista de um certo estado de coisas (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2000, p. 16-17). Para a presente análise, o primeiro tipo de regras será suficiente.

Por sua vez, os princípios são definidos, em oposição às regras, como normas que possuem uma característica:

[...] que seu antecedente ou condição de aplicação não contém mais do que a propriedade de que há uma oportunidade de realizar a conduta prescrita no conseqüente; e esse último contém uma proibição, um dever ou permissão *prima facie* de realizar uma determinada ação (no caso dos princípios, em sentido estrito) ou de dar lugar a certo estado de coisas, tanto quanto possível (no caso das diretrizes ou normas programáticas) [...]. Dessa forma, os prin-

cípios – diferentemente das regras – não pretendem excluir a deliberação do destinatário como base para determinar a conduta a ser seguida, mas, ao contrário, exigem tal deliberação [...] (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2000, p. 18-19, tradução livre).

Para esses autores, a diferença central entre regras e princípios é precisamente que, no antecedente da regra, existem condições fechadas, enquanto, nos princípios, existem condições abertas de aplicação que forcem (ou estimulam) a deliberação sobre o estado das coisas que seria correspondente ao objetivo do princípio. Como segunda diferença, enquanto as regras estipulam a ação seguida como consequência da verificação das condições da aplicação (e.g., a consequência de sancionar, punir etc.), os princípios estipulam consequências que têm o peso ou o valor dos deveres ou qualificações deonticas *prima facie*, *i.e.*, são aplicadas na ausência de outros princípios que *derrotem* o princípio em questão⁶. Por outro lado, e no que diz respeito à presente discussão, os autores distinguem – como visto no parágrafo citado – entre princípios no *sentido estrito* e princípios como *diretrizes* ou *normas programáticas*. Os princípios, no sentido estrito, têm a função fundamental de fornecer a justificativa subjacente às regras. Assim, a regra da velocidade máxima no trânsito tem um princípio no sentido estrito que lhe justifica, segundo o qual “é valioso maximizar a segurança no trânsito” ou “devem-se minimizar situações de perigo ou danos a terceiros”.

Para os autores, a função primordial dos princípios é fornecer a justificativa subjacente para as regras, o que os aproxima ainda mais da posição de Schauer no sentido de que eles simples e claramente afirmam que as regras têm esse aspecto subjacente, o qual, mais tarde, poderá ser desconsiderado, ao levar em conta apenas o estado de coisas *entrenchado* pela regra, descartando sua base justificativa. É

6 A diferença entre deveres absolutos e *prima facie* se origina de uma distinção derivada da filosofia moral e atribuída a David Ross (2001). A terminologia também foi adotada no campo do direito, a fim de explicar a distinção proposta por Ronald Dworkin entre princípios e regras. Segundo Dworkin, as regras têm uma dimensão de tudo ou nada (elas esgotam o espaço lógico de aplicação), enquanto os princípios têm uma dimensão de peso que permite a relação de conflito e superação entre elas (derrotabilidade). Também tentou-se falar ou reconstruir as regras em termos de deveres *prima facie* e derrotabilidade. A literatura nesse sentido está começando a se tornar infinita. Acerca da presente discussão, recomenda-se, minimamente, ver ALCHOURRÓN, 1996 e BAYÓN, 2001.

essa concepção das regras que permite aos autores distinguir entre o elemento propriamente *diretivo* das normas e o aspecto *justificativo*. Nas suas palavras:

[seria necessário] distinguir entre o elemento propriamente diretivo das normas – sua função de direcionar a conduta – e o elemento justificativo – o que faz com que a conduta proibida apareça como desvaliosa, a obrigatória como valiosa e a permitida como indiferente. Há, portanto, uma relação intrínseca entre normas e valores, posto que estabelecer, por exemplo, a obrigatoriedade de uma ação ‘p’ implica necessariamente atribuir a essa ação um valor positivo [...] (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2000, p. 20-21, tradução livre).

Àquilo que os autores se referem com a expressão “*o que faz com que a conduta apareça como desvaliosa, valiosa ou indiferente*” é precisamente a ideia de valor, razão ou justificativa subjacente. Ou seja, aquilo que está subjacente a toda diretiva e que lhes permitirá dizer mais tarde, seguindo Schauer, que todas as regras apresentarão esse defeito endêmico ou estrutural da *sobre* e *subinclusão* em relação às razões que motivaram sua promulgação. Esse compromisso teórico leva Atienza e Ruiz Manero a terminar assumindo que “não se pode descartar a possibilidade de que, em um determinado caso, o que a regra ordena ou permite difira do que é ordenado ou permitido por sua justificativa subjacente – o princípio do qual regra é uma especificação” (2000, p. 23, tradução livre).

Parece resultar claramente da transcrição – e especialmente da parte destacada – que os autores estão dispostos, como Schauer, a partir do pressuposto de que toda regra tem ao menos um princípio subjacente ou uma razão que a justifique. Portanto, assumem que toda regra possui uma razão e que pode expressar um juízo de desaprovação (se for proibitiva), de aprovação (se for obrigatória) ou de indiferença (se for permitida).

Ocorre que, considerando o compromisso com a descrição das normas que emanam do Poder Legislativo, não está clara a necessidade do compromisso em assumir que toda norma que expressa uma obrigação possui uma razão subjacente ou base justificativa considerada pelo legislador ao momento de produzir a norma. Ora,

parece perfeitamente imaginável a situação de um Poder Legislativo que continuamente sanciona as leis sem entender o que está sancionando, sem levar em consideração as razões que favorece ou sem pensar em qualquer razão ou estado de coisas aos quais favorecer ou proteger. É inteiramente possível contar com legisladores – maus legisladores, é preciso dizer – que aprovam leis sem nenhum mérito, razão ou justificativa. Reitera-se: os atos do Legislativo são uma coisa (e é isso que um teórico do direito deveria limitar-se a descrever), seus méritos ou deméritos, outra⁷.

Na próxima seção, analisar-se-á a relevância da noção de razão no campo da interpretação da linguagem, com o intuito de demonstrar que os tipos de razões necessárias para interpretar a linguagem de terceiros não precisam supor o tipo de razão sobre as quais teorizaram Schauer, Atienza e Ruiz Manero.

4. A ORIGEM DA CONFUSÃO: A NECESSIDADE DE ATRIBUIR RAZÕES À SITUAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO

4.1 Razões conceituais e razões avaliativas na interpretação. O *non sequitur* interpretativo

Após a virada “pós-positivista” da filosofia anglo-saxônica nos anos cinquenta do século passado, assumiu-se, como resposta aos desafios céticos, que a noção de interpretação e tradução de uma linguagem está intimamente ligada à necessidade conceitual de atribuir razões ao falante ou sujeito a ser interpretado⁸. Em particular,

⁷ Em vez disso, os autores poderiam estar a pensar na ideia de regra *como* razão, que é atribuída ao pensamento de H. L. A. Hart e, mais precisamente, à noção de regra do segundo Wittgenstein. Contudo, se fosse esse o caso – e esse texto retornará a esse ponto em um momento ulterior –, a tergiversação é dupla. Porque nem Hart e nem Wittgenstein acreditam que *por trás* da regra subsistem razões, mas sim que a regra *é* uma razão para quem a segue, *i.e.*, quem vê um motivo para segui-la e está disposto para, a partir dela, formular um juízo de reprovação ante o desvio ou desobediência. Esse conceito de regra não inclui algo subjacente ou algo *em virtude* do qual uma coisa se torna ou se apresenta como outra (uma regra como função de suas razões subjacentes), mas a noção de identidade segundo a qual *ter* uma regra é *ter* uma disposição para segui-la e criticar sua desobediência.

⁸ Sobre o impacto do pós-positivismo no campo do direito, ver PATTERSON, 1996. Sobre a mesma guinada, mas no campo exclusivamente filosófico (com uma análise do trabalho

considera-se que não é possível tentar interpretar uma linguagem (jurídica ou prática em geral) se não se parte de certas suposições ou atribuições às intenções do falante.

De acordo com essa maneira de ver as coisas, seria impossível empreender uma tentativa de averiguar o conteúdo semântico de uma linguagem sem assumir que a pessoa interpretada assume, pelo menos, algumas das suposições que o intérprete leva em consideração para construir seu manual de tradução – no presente caso, um texto de dogmática ou qualquer obra de doutrina que tente decifrar o que o legislador quis dizer. Argumenta-se que, se fosse baseado no fato de o falante não atender a certas condições mínimas da linguagem, a atividade de interpretar constituiria um absurdo e a queda no ceticismo seria inevitável. É nesse contexto que se enquadra o trabalho de Donald Davidson, e especialmente dois de seus artigos que tentam, por um lado, escapar ao ceticismo e, por outro, explicar os compromissos teóricos mínimos que devem ser assumidos para ao interpretar a linguagem de um terceiro⁹.

Voltando à noção do princípio de *Caridade* usado por Quine – que, por sua vez, toma de Neil L. Wilson (SANCHEZ DURÁ Y VIDARTE, 1999, p. 172) –, Davidson sustenta que devem-se assumir certas suposições conceituais ou lógicos acerca do falante interpretado. Em especial, o princípio da caridade inclui a atribuição ao falante de certas categorias que aqui serão chamadas *conceituais*. Segundo tais categorias, deve-se assumir que o falante usa os princípios da não-contradição e do terceiro excluído, e que as informações que fornece sobre o mundo são verdadeiras – ou seja, o falante não padece de alucinações nem pretende enganar sobre as coisas as quais se refere. Por fim, a linguagem deve ser interpretada de maneira *teleológica* ou *intencional*, isso é, nos termos dos propósitos do sujeito interpretado. Aqui surgem duas possibilidades: ou atribuímos ao falante a *intenção* ou *atitude proposicional* de descrever o mundo (*i.e.*, a expressão de uma crença) ou atribuímos ao falante a *intenção* ou *atitude proposicio-*

do segundo Wittgenstein e suas conexões com Quine, ver HACKER, 1996, onde é analisado especificamente o que o mesmo autor chama de *repúdio à análise*.

⁹ A teoria de Davidson, na realidade, vincula estreitamente a teoria da ação com a da linguagem e interpretação. Os pontos básicos da teoria da ação em Davidson – com repercussões em *On the Very Idea of a Conceptual Scheme* (1984) e em *A Coherence Theory of Truth and Knowledge* (1986) são encontrados em *Actions Reasons and Causes* (1969).

nal de que um determinado estado do mundo mude em certo aspecto (a expressão de um desejo).

Assim, em termos práticos, se o interlocutor expressa que não deseja que os carros circulem a mais de 60 km/h, deve-se *pressupor* pelo menos – e isso pode ser refutado posteriormente, dependendo de outros testes empíricos – que, quando ele disse “carro”, não se referiu a veículos de tração animal (princípio de identidade), que não concorda ao mesmo tempo que se circule e *não* se circule a mais de 60 km/h (princípio da não-contradição), que não tentou enganar e que deseja que o mundo mude *nesse* aspecto. Ou seja, que sua expressão ou ação é explicada por sua vontade de que os veículos não atinjam essa velocidade e não, por exemplo, por outra crença mítica ou irracional. Assume-se, portanto, que a razão subjacente a essa expressão de desejos é que o indivíduo considera essa velocidade indesejável.

Até agora, pode-se ver qual o papel que a atribuição ou pressuposição desses esquemas ou categorias no falante desempenha na situação da interpretação (princípio da não contradição, identidade, veracidade etc.). Se não fosse possível partir dessas suposições, mas sim partir da suposição de que o falante identifica minimamente o mundo como o intérprete, e tampouco fosse possível atribuir a seus desejos uma certa explicação em termos do que o sujeito queria ou não queria, seria impossível empreender qualquer atividade teórica de interpretação¹⁰. Em determinada hipótese, pode-se dizer que é necessário atribuir ao falante (ou conjunto de falantes) um *minimum* de racionalidade sem o qual a tradução não pode começar. Chamar-se-á a esse conjunto de pré-compromissos de *razões conceituais ou lógicas*.

Como se pode ver, elas constituem uma série de pressupostos *epistemológicos* a partir dos quais deve-se elucidar o significado e o conteúdo das palavras ou textos de outros¹¹. Essas razões ou pressu-

10 Para Davidson, constitui uma espécie de contradição (teórica) em termos de sustentar que uma linguagem existe, mas não é traduzível: “[...] nada pode contar como evidência de que uma determinada atividade ou prática não possa ser interpretada em nossa linguagem sem implicar, ao mesmo tempo, prova de que essa linguagem não é realmente uma instância de comportamento linguístico [...]” (DAVIDSON, 1984, p. 185, tradução livre).

11 Faz-se necessário informar que, na verdade, a teoria de Davidson é completada com mais dois princípios: o princípio da *autonomia semântica* e o *princípio do triângulo* (ACERO; BUS-TOS; QUESADA, 1989, p. 235-239). Para os fins do presente trabalho, não é necessário fazer referência a eles. Por outro lado, deve-se esclarecer, para evitar confusão, que não há relação entre a noção davidsoniana de autonomia semântica e a que Schauer (1991, p. 53-62; 2004,

postos conceituais, por sua vez, só podem ser utilizadas sob certas restrições. As restrições se referem especialmente a que ou quanto é admissível *atribuir* ou *pressupor* ao falante quando de sua interpretação. Se *todas* as categorias, crenças e convicções do intérprete fossem simplesmente pressupostas no falante, a linha entre descrição e invenção (tergiversação de dados) desapareceria, vez que tudo o que o teórico pensa que o falante *deveria* ter seria transformado em *tudo* que o falante pensa ou acredita. Em suma, não haveria distinção entre crenças e o mundo, entre hipóteses e realidade. Nas palavras de Acero, Bustos e Quesada:

O intérprete há de atribuir ao interlocutor aquelas crenças e intenções que otimizam o acordo mútuo sobre qual seja a causa racional do enunciado. Em outras palavras, o Princípio da Caridade pede ao intérprete que atribua ao falante as crenças e intenções que constituiriam para o primeiro uma racionalização do enunciado. Obviamente, esse princípio é válido dentro de certos limites, e a primeira restrição a que deve submeter-se é aquela que não nos leva a pensar que o falante tenha desejos e/ou crenças explicitamente contraditórias, e que ele o sabe. Se tal conclusão fosse alcançada, seria necessário admitir que o intérprete havia cometido um equívoco em suas designações anteriores e seria necessário prosseguir para sua localização. Por outro lado, esse princípio também não abre as portas para atribuir ao interlocutor quaisquer crenças e desejos e, por conseguinte, essa atribuição está sempre à custa de informação ulterior. Em suma, a racionalização que o intérprete faça das preferências dos falantes tem todo o caráter de uma hipótese empírica passível de ser confirmada ou definitivamente falsada. O Princípio da Caridade não é de todo incompatível com as demandas da pesquisa científica (ACERO, BUSTOS; QUESADA, 1989, p. 236, tradução livre).

Pelo que foi dito, segue-se que, embora seja verdade que devem-se atribuir razões de um certo tipo devam à pessoa que expressa seus desejos em uma linguagem, essas razões não têm porquê ir – embora de fato possam ir – além do mínimo necessário para entender em que aspecto esse indivíduo pretende mudar o mundo.

p. 113-122) tem em mente.

Supõe-se que o falante, quando diz o que diz, acredita que é conveniente para o mundo se adaptar a esse desejo, mas não se segue necessariamente que o indivíduo tenha uma concepção de quais são os fatos ou razões subjacentes a seus desejos. Seu desejo se *explica* em virtude de que se atribui uma certa *intenção*, mas não se segue que essa intenção, por sua vez, possa necessariamente ser racionalizada em uma concepção mais ampla do que ele considera valioso sobre o mundo ou o trânsito. Só é necessário pressupor, para *começar* a interpretar sua linguagem, razões conceituais que indicam que o falante quis dizer o que disse e que deseja que o mundo mude exatamente em relação ao estado de coisas que ele expressou, que ninguém circula a mais de 60 km/h, por exemplo.

É, portanto, uma questão de fato, desnecessária ao iniciar uma atividade interpretativa, se o falante tiver mais razões do que aquelas expressas por seu enunciado interpretado sob razões do tipo conceituais. É certo que, na verdade, o indivíduo pode conceber seu desejo como enquadrado em uma teoria mais ampla do bem-estar social, mas a existência dessa concepção subjacente a seus desejos é uma questão de fato que não se precisa pressupor para iniciar a tradução de sua linguagem.

É possível, então, que autores como Schauer, Atienza e Ruiz Manero considerem a ideia de razões ou justificativas subjacentes como o conjunto de critérios ou pré-compromissos epistemológicos que se deve pressupor para que seja possível começar a interpretar a linguagem jurídica. No entanto, como demonstrado, as razões conceituais que devem ser assumidas para que a tradução seja lógica e teoricamente possível não incluem os tipos de razões nas quais esses autores estavam pensando. Não incluem necessariamente a existência de valores ou razões subjacentes. É perfeitamente possível começar a interpretação de uma linguagem pressupondo apenas *razões conceituais* sem pressupor o que aqui se convencionou chamar de *razões avaliativas* (*i.e.*, razões que incluem uma certa concepção de que estado das coisas constituiria um mundo *valioso, bom, belo* ou *correto*). E, o mais importante, é possível que o resultado ou a conclusão da interpretação produza um resultado intrigante: que o falante não tenha em mente nada além de seu desejo de que o mundo mude nesse aspecto e somente nesse aspecto.

Portanto, a atribuição de razões *avaliativas* não é *logicamente* necessária no início de uma interpretação, nem *empiricamente* necessária no final da investigação linguística. Dito noutra forma, pode ser o caso de que, ao final da investigação dogmática, se descobre que o legislador não tinha em mente nenhuma concepção de bem ou de segurança no trânsito. Posto isso, é evidente que não há espaço no modelo Schauer-Atienza-Ruiz Manero para uma conclusão semelhante. Chamar-se-á a desse raciocínio inválido – segundo o qual, se razões devem ser atribuídas, deve-se atribuir razões avaliativas – o *non sequitur interpretativo*.

4.2 Razões conceituais e razões avaliativas na descrição do direito. A metodologia da teoria do Direito. O *non sequitur* descritivo.

Alguns autores, a exemplo de Dworkin (1986) e Finnis (1980), argumentaram – ao contrário do que foi dito na subseção anterior – que a própria teoria do direito é impossível se não tentar ao menos explicar um aspecto central do direito e das regras: sua referência a valores e princípios substantivos. Essa abordagem é um pouco diferente e mais ampla do que aquela que sustenta que se deve pressupor valores ou razões subjacentes ao interpretar. Enquanto o modelo acima argumenta – incorrendo no *non sequitur interpretativo* – que se deve pressupor razões avaliativas como *pressupostos epistemológicos* ou *interpretativos*, esse modelo sustenta, antes, que *de fato* o direito é uma questão de valores e princípios substanciais do tipo moral, acrescentando que a descrição dos valores só pode ser feita *através* de avaliações análogas às descritas. Assim, neste caso, parece somar-se ao pressuposto epistemológico da seção anterior um pressuposto ontológico segundo o qual o direito, como fato prático, consiste em razões justificativas regularmente independentes das fontes sociais. Dworkin, por exemplo, argumentou que o direito em si mesmo é um conceito interpretativo, *i.e.*, um conceito que não se pode entender, a menos que se entenda o valor ou o objeto do direito; em suas palavras, “uma concepção de direito deve explicar como o que é considerado direito fornece uma justificativa para o exercício do poder coercitivo pelo Estado” (DWORKIN, 1986, p. 190, tradução livre).

Não se pretende aqui entrar na discussão sobre os problemas dessa abordagem. Uma resposta rápida a essa concepção – que a torna, por sua vez, rapidamente contestável – pode ser oferecida argumentando-se que, ainda que se admitisse que a tarefa central de um teórico do direito é dar conta do aspecto central do direito e, admitindo ainda que o propósito central do direito é tratar de proporcionar algum tipo de justificação, não se segue que quem descreve o direito deva comprometer-se em argumentos avaliativos, como deseja Dworkin (embora, como se verá adiante, essa resposta possa ser questionável). Nesse sentido, a fraqueza da abordagem de Dworkin é dupla, pois:

- 1) caso se admita que o objetivo central do direito é justificar a coerção do Estado de acordo com certos valores (morais ou avaliativos de qualquer tipo), não se segue que, para descrever essa atividade de justificação, os intérpretes devem ingressar em atividades avaliativas¹²;
- 2) não há razão para supor – e esta é a principal crítica levantada contra Dworkin – que todo direito ou todo sistema jurídico seja, de fato, intencionado como um objetivo fundamental de justificar a maneira como o controle social é exercido¹³.

12 Salvo que se pressuponha que a descrição dos valores possa ser feita apenas através de outros valores. Se, por outro lado, o que se quer dizer é que, para descrever um valor, é preciso compreender o valor ou entender mais ou menos a mesma coisa que é entendida por dito valor na comunidade em análise, então não há contradição em sustentar, sem nenhum juízo de valor, “eles consideram tal estado de coisas bom”. Hart resume essa intuição sustentando que “uma descrição ainda pode ser uma descrição, mesmo quando o que é descrito consiste em uma avaliação”. Na realidade, após essa discussão, encontra-se com o problema de até que ponto é possível entender e interpretar um conjunto de valores sem comprometer-se, nesse empreendimento, com argumentos avaliativos. O problema reside na possibilidade de descrever uma certa atitude interna ante aos fatos práticos do ponto de vista externo. No que se chamou de *virada hermenêutica* da obra hartiana, realiza-se uma tentativa de explorar a possibilidade de descrever ou explicar as práticas de uma comunidade sem a necessidade de culminar a descrição na valoração. Hart considera que não há contradição entre entender uma prática do ponto de vista externo e sua descrição como eventuais participantes dessa prática – ou seja, como indivíduos que veem em certas regras algo mais que mera regularidade. Nessa perspectiva, um analista de uma prática pode assumir um ponto de vista externo não extremo ou hermenêutico, que possibilite descrever o ponto de vista interno daqueles que aceitam essa prática e veem nela uma razão de ação. Como ver-se-á mais adiante, essa crença hartiana de que certas práticas podem ser descritas sem o uso de termos avaliativos – conforme reivindicado por um dworkiniano ou um finisiano – está sujeita à crença de que o direito (ou seus casos centrais) de fato não recorrem em todo caso às categorias avaliativas. Sobre a virada hermenêutica em Hart, cf. MACCORMICK, 1981, p. 37-40. Raz, por sua vez, parece argumentar que é possível descrever, apesar de que, para isso, o envolvimento em argumentos avaliativos é necessário (RAZ, 2001, p. 21).

13 A crítica feita a Dworkin é precisamente a caracterização do direito que ele acaba

No entanto, tem sido argumentado nos últimos tempos que o verdadeiro desafio à teoria juspositivista não é o apresentado por Dworkin, mas, na verdade, o proposto por Finnis (LEITER, 2003)¹⁴. Uma das razões para tal afirmativa deve-se ao fato que parece possível afirmar que Finnis aceitou um aspecto metodológico central da virada hermenêutica hartiana, *i.e.*, admitiu que abarcar um fenômeno como o direito só pode ser realizar-se compreendendo o que os participantes veem (ponto de vista interno) nas regras. Nesse sentido, Finnis argumenta que “ações, práticas etc. só podem ser totalmente entendidas por meio do entendimento de seus propósitos, ou seja, de seus objetivos, valores, alcance ou importância, segundo foram concebidos pelas pessoas que as realizaram, nelas se engajaram [...]” (FINNIS, 2007, p. 17).

Para Leiter, é exatamente isso que aproxima (em termos metodológicos) Hart e Finnis, e coloca o último em uma posição prioritária em relação a Dworkin na disputa pelo título de “mais importante anti-juspositivista”. Nesse sentido, Leiter sustenta:

A última observação, no entanto, não implica uma disputa entre a teoria descritiva de Hart, uma vez que o próprio Hart aceita a restrição hermenêutica própria das descrições dos fenômenos sociais, ou seja, segundo a qual uma descrição adequada de uma prática humana ou social deve se encarregar de como os participantes da prática entendem seu significado e propósito (LEITER, 2003, p. 33, tradução livre).

Consequentemente, Leiter argumenta, a autêntica disputa entre Hart e Finnis é que este último afirma que, se a preocupação teórica reside em dar conta dos casos centrais do direito, e eles se referem a questões avaliativas baseadas nas noções de importância, relevância e razoabilidade prática (*practical reasonableness*), essas categorias devem

oferecendo é do tipo *provincial* ou *local*, ou seja, que ele acaba por reconstruir como características de todo o direito as quais seriam, na realidade, as características (e isso ainda está em discussão) típicas do direito estadunidense (RAZ, 2001, p. 27-28; 35-37)

14 Embora o presente texto concorde com parte dos postulados de Leiter, deve-se observar que é exagerado argumentar que o verdadeiro desafio ao juspositivismo é o da lei natural. Ora, é possível demonstrar que juspositivistas clássicos como Kelsen compartilham com jusnaturalistas certos aspectos metodológicos, que alguns atribuem à *racionalidade* e outros à *natureza*. Em qualquer caso, seria necessário distinguir entre dois tipos de desafios ao juspositivismo: um interno ao discurso anglo-saxão – onde Finnis representaria o interlocutor máximo do juspositivismo – e um externo, representado pela Escola Crítica que dirige seus ataques a ambas as reconstruções jusnaturalistas e juspositivistas. A esse respeito, ver RUIZ, 2001, p. 10-11 e, em um sentido mais geral, CÁRCOVA, 1996.

ser usadas ao descrever. Para Finnis (1980, p. 16; 2007, p. 29), um teórico do direito deve considerar não apenas a existência do direito, mas também explicar – o que Hart não faria – por que é valioso ou relevante para uma comunidade possuir o que possui, ou seja: o direito. Para Leiter, isso constitui em Finnis um *non sequitur* em relação às premissas teóricas de partida (ponto de vista interno, concepção hermenêutica etc.). A seguir, são expostos quais são as premissas das quais Finnis incorre neste *non sequitur*, de acordo com Leiter (2003).

Segundo Leiter, o jusfilósofo australiano concluiu injustificadamente, a partir de pontos de partida epistemológico-hermenêuticos, que o valor, a importância e a racionalidade prática do direito devem ser percebidos usando esses mesmos valores. A crítica ao *non sequitur* teria o seguinte conteúdo: do fato de assumir-se que é necessário entender que tipo de razões um grupo de juristas vê no direito, não se segue que essas razões sejam aquelas que Finnis tem em mente, nem que há de se fazer da maneira que Finnis pensa. É possível descrever os compromissos práticos (em relação ao direito) mantidos por um grupo, mas não se segue necessariamente que esse grupo tenha ou desenvolva compromissos práticos em relação ao direito com base em valores, importância ou razoabilidade prática. E, o que é mais sério para Finnis, não se segue que na seleção e análise desses fatos seja o próprio teórico que deva desenvolver valorações ou avaliações levando em consideração esses elementos. Embora seja verdade que as avaliações proliferam no grupo analisado – e este ainda é um debate aberto –, não é verdade que, para a seleção e descrição dessas avaliações, também os teóricos tenham de entender o direito através dessas categorias. Por fim, Leiter argumenta que, mesmo quando se supõe que o grupo tenha certas categorias avaliativas para reconhecer e seguir o direito, não se segue que o teórico não possa descrever essas categorias (mencioná-las) sem usá-las. Portanto:

- i) É contestado que os compromissos práticos do grupo analisado consistem em ver na lei certas propriedades avaliativas ou morais,
- ii) Ao conceder (i), isso não força a aceitar que o teórico deveria usar essas mesmas categorias para a análise do objeto (o direito).

Segundo Leiter, a *genealogia* desse *non sequitur* pode ser redirecionada para parte dos postulados pós-Quineanos e pós-Kuhnianos, segundo os quais não é possível descrever certos fatos sem nenhuma carga teórica. O legado de Quine e Kuhn argumentaria que é impossível descrever um determinado fato sem fazê-lo, ao mesmo tempo, com uma certa carga teórica. Segundo Quine e Kuhn, em resumo, não haveria descrição sem avaliação e, portanto, não há afirmação que possa reivindicar os créditos de objetividade ou imparcialidade diante dos fatos. Isso equivale a colocar em crise o velho ideal de *eine wertfreie Wissenschaft* (Weber). As afirmações teóricas, lembram esses autores, são estruturalmente teórico-dependentes (*theory-laden*). Leiter, sem responder a esse postulado, apenas sustenta que teóricos como Finnis banalizaram esse pressuposto teórico, crendo ver nele a confirmação de que a descrição de fatos práticos – que Finnis já assume com um determinado conteúdo avaliativo – não pode ser feita sem, de uma forma ou de outra, usar as mesmas categorias que o grupo analisado. Em resumo, a descrição de práticas avaliativas, como o direito, não pode ser feita sem certa *intoxicação*. Finnis estaria afirmando que, se ao direito consiste em valores, e se pretende abarcá-los, então deve-se não apenas mencioná-los - como afirmaria um hartiano –, mas também usá-los.

[...] na formulação de Finnis, o *non-sequitur* tem lugar [...] como resultado do que chamarei de “A Verdade ou Afirmação Banal”, segundo a qual “[...] as avaliações [...] constituem um componente indispensável e decisivo na seleção ou formação de quaisquer conceitos a serem utilizados na descrição de aspectos de questões humanas, tais como o direito ou a ordem jurídica [...]”, a partir da qual se seguiria a afirmação de que a avaliação em questão implica “[...] decidir quais são as exigências da razoabilidade prática [practical reasonableness] que realmente existem [...]”. Considero como “A Verdade ou Afirmação Banal” o inegável legado da filosofia da ciência pós-Kuhniana e pós-Quineana segundo o qual não existe tal coisa como pesquisa sem pressupostos ou fatos que são desprovidos de “carga teórica”. Mas isso está muito longe da alegação de que os pressupostos do empreendimento descritivo exigem juízos ou enunciados do tipo que Finnis chama de “razoabilidade prática” [...] ou o ponto de vista do qual essas afirmações sobre “importân-

cia” ou “relevância” são fatos que necessariamente correspondem a um “ponto de vista prático” [...] (LEITER, 2003, p. 34, tradução livre)

O núcleo básico da crítica de Leiter a Finnis pode ser resumido precisamente usando a expressão cunhada pelas visões de Quine e Kuhn. Eles sustentam, no que é considerado um *topos* em Filosofia da Ciência e da Linguagem, que toda análise de fatos é irremediavelmente *theory-laden* (dependente da teoria). Leiter estaria argumentando que, pelo fato de as análises serem *theory-laden*, não se segue que elas também sejam *morally-laden*. Chamar-se-á ao *non sequitur* atribuído por Leiter a Finnis, o *non sequitur descritivo*, que teria a seguinte estrutura:

- i) pressupõe que o empreendimento teórico da descrição do direito deva partir de um ponto de vista hermenêutico;
- ii) sustenta que as descrições não são desprovidas de valoração ou carga teórica (*theory-free*);
- iii) dado que descrições são teórico-dependentes (*theory-laden*), portanto, são avaliativamente dependentes (*morally-laden*).

Nos parágrafos seguintes, porém, esse estudo pretende argumentar que: embora seja inegável que Finnis assuma o ponto de vista hermenêutico; e ele está ciente do problema da carga teórica ou valorativa das afirmações descritivas, não é em virtude disso que ele conclui que deve abordar o direito através desses valores. Em suma, embora possa ser verdade que Finnis assuma (i) e (ii), não é verdade, como propõe Leiter, que por isso o autor conclui (iii). Além disso, o presente estudo ambiciona questionar se a conclusão de Finnis é precisamente a que Leiter deseja extrair da análise de seu trabalho. Para tal, o intento consiste em simplesmente evidenciar que não é tão claro, a partir do texto e parágrafo citados, que Finnis está afirmando o que Leiter pretende: *i.e.*, que, como os juízos são teórico-dependentes (*theory-laden*), logo são moral ou avaliativamente dependentes (*morally-laden*). A esquemática será mostrar que Finnis concorda com Hart em (i) e discrepa do resultado desse ponto de partida, ou seja, sobre o tipo de fatos que são verificados ou constatados no direito (o conteúdo das sentenças, a atitude dos participantes em relação às regras etc.).

Como afirmado anteriormente, há um ponto de convergência entre a teoria de Hart e a de Finnis: ambos os autores concordariam quanto as bases epistemológicas a partir das quais se pode realizar uma pesquisa no terreno social (*i*). O ponto de partida hermenêutico sustenta precisamente – em resposta, por exemplo, a desafios realistas – que, se o objetivo é dar conta da dimensão social das regras, é necessário não apenas descrever seu seguimento como mera regularidade, mas também explicar o que os seguidores de regras veem nelas. Para Hart, paradigmaticamente, os participantes de uma prática observam a regra como uma razão para adequar-se ao que ela impõe e criticar o desvio ou a violação dela; aceitam-na como razão para orientar suas condutas e criticar a de outros. Sem levar em conta esse ponto de vista interno em relação às regras, uma análise do direito se perderia de toda uma dimensão explicativa do direito como fenômeno social, devendo reduzir sua análise à mera constatação estatística da regularidade e à antecipação de futuras reações dos participantes.

Até aqui estendeu-se o consenso entre Hart e Finnis. No entanto, grande parte das críticas feitas a Hart consistem em argumentar que o autor não tomou partido pelo *conteúdo* dessas razões. Argumenta-se que haveria bons motivos para pensar que o que os participantes veem como razão é, na verdade, razão baseada em valores morais. Portanto, argumenta-se, reconstruir o monitoramento das regras jurídicas em termos de razões é uma condição necessária para uma descrição completa do fenômeno social do direito, mas não suficiente. Também é necessário dar conta do conteúdo dessas razões que os participantes aceitam, o qual não poderia ser outro, conclui-se, que não sejam morais ou avaliativos.

H. L. A. Hart, em resposta a isso, argumentou claramente que o fato de os indivíduos adotarem uma regra como razão para ação, aceitá-la e estarem dispostos a criticar sua desobediência, não implica necessariamente que esse conteúdo seja de natureza moral. É perfeitamente possível, para Hart, aceitar uma regra pelas mais diversas razões, que não podem ser reduzidas – sob pena de arbitrariedade – a meros motivos ou razões morais. O direito e suas regras, argumenta Hart (1994, p. 203), podem ser aceitos pelas mais diversas razões, como oportunismo, cálculo, inércia etc.

Finnis, por outro lado, está convencido de que os participantes concebem as regras jurídicas como algo inextricavelmente ligado à avaliação e aos valores morais. Enquanto Hart postula que a aceitação e o conteúdo das regras não incluem necessariamente (nas sociedades modernas) conteúdo de natureza moral, Finnis argumenta que, observando as mesmas práticas às quais Hart faz alusão, diversas conclusões podem ser obtidas. Nesse sentido, pode-se dizer que Hart e Finnis concordam com a metodologia (*i*), mas discordam acerca dos fatos. Enquanto um acredita ter verificado que, de fato, existem regras não baseadas ou não aceitas por razões morais, o outro entende que todas as regras são seguidas com base em razões morais e aceitas em virtude de questões avaliativas – pelo menos em casos centrais do direito.

Como se pôde ver nesta reconstrução, a divergência entre Finnis e Hart parece ser empírica ou fática. Ambos concordam com as precauções que devem ser tomadas para analisar um fenômeno social (abordagem hermenêutica), mas não concordam com os resultados da investigação, uma vez que essas precauções foram tomadas. Não está absolutamente claro como uma disputa desse tipo poderia ser resolvida, *i.e.* sobre quais são os fatos que realmente existem nas práticas jurídicas – se aqueles que adotam a regra como uma razão sem considerar razões avaliativas ou morais, ou aqueles que adotam a regra como uma razão vinculada a considerações morais). De qualquer forma, não está claro qual *tribunal* deve decidir ou aferir o resultado dessas duas investigações¹⁵, declarando o erro de uma e o sucesso da outra em relação aos fatos práticos. Um grande número de casos judiciais mostra que os juízes seguem regras sem necessariamente levar em conta razões morais (e identificando e aplicando o direito de acordo com o *pedigree* ou sua fonte social), enquanto outro número grande, não menos importante, mostra que os juízes concebem o direito como algo dependente de fontes substanciais ou morais¹⁶.

De qualquer forma, parece claro que, se Hart assumisse o mesmo que Finnis como resultado de sua observação (*i.e.*, que as atitudes dos participantes para com o direito incluem aspectos morais ou avaliativos

15 Por *tribunal*, faz-se referência aqui especificamente à expressão cunhada por Quine, segundo a qual se postula a possibilidade e a conveniência de redirecionar disputas ao tribunal da experiência (método empírico) ou outro (como gostaria tanto o racionalista como o naturalista) são levantadas.

16 Como exemplo, basta citar o conhecido caso *Riggs v. Palmer* (115 N.Y. 506 [1889]), citado por Dworkin (1986).

vos), ele aceitaria a necessidade de compreender o direito em termos de valores e não de fontes sociais. Se fosse verdade que todas as razões que os participantes veem nas regras levam a valores morais, isso forçaria, de uma maneira ou de outra, a considerar isso de maneira análoga à forma como os participantes consideram: através de juízos e enunciados de valor. Se dar conta do que *eles* veem no direito implica pelo menos em fazê-lo nos *mesmos* termos em que o grupo analisado o faz (sob pena de perda do poder explicativo da teoria), parece forçosa a conclusão de que, no caso de Finnis estar certo, o direito só poderia ser descrito com, no mínimo, categorias e sentenças análogas às levadas em consideração pelo grupo analisado, ou seja, com termos conectados ou relacionados à valoração moral¹⁷.

Assim, é possível reconstruir a divergência entre Hart e Finnis como um acordo sobre a metodologia e um desacordo sobre os fatos que dela são obtidos ou observados. Se isso é verdade, então, é falso que Finnis tenha incorrido no *non sequitur* descritivo que lhe é atribuído por Leiter. Com efeito, sob a perspectiva proposta aqui, Finnis não está dizendo que, como as descrições são teórico-dependentes (intoxicadas por valorações, *theory-laden*), logo são valorativamente-dependentes (*morally-laden*). A conclusão de que os participantes, de fato, concebem o direito e as regras como uma prática baseada em valores substanciais e não em fontes sociais *não se segue* dos pontos de partida epistemológicos ou metodológicos de Finnis (se assim fosse, ele incorreria no *non sequitur* descritivo), mas dos fatos que ele pensa observar depois de realizar sua investigação social com certas precauções.

Finnis acredita ter constatado uma propriedade persistente no direito, segundo a qual o direito é concebido como uma prática relacio-

17 Hart poderia redobrar a aposta, argumentando que isso não compromete os teóricos a usar termos avaliativos ou morais ao descrever práticas (depois de assumida sua dimensão valorativa ou ligada à moral). Se essa fosse a resposta, haveria um efeito cascata precisamente sobre seu ponto de partida hermenêutico, porque afirmaria que é possível explicar um ponto de vista interno (neste caso eminentemente moral ou valorativo) em termos *completamente estranhos* à linguagem em que ditos valores são formulados e reconhecidos. Em suma, ele abandonaria a ideia de que uma explicação é melhor que outra se chegar o mais próximo possível dos termos em que a comunidade analisada concebe um fenômeno. Parece haver uma certa contradição ao argumentar que há compromisso em descrever e dar conta dos fenômenos sociais de um grupo de acordo *com a forma com que eles* os concebem e, depois, sustentar que é possível fazê-lo em termos completamente estranhos à terminologia e concepção analisada.

nada a valores substanciais e que privar a análise do direito desse componente encerraria a possibilidade de descrever o aspecto central do fenômeno. Sustenta, em suma, que o direito é uma questão de valores *uma vez que* o teórico realiza sua pesquisa com certas precauções metodológicas e não *porque* realiza essa pesquisa com essas precauções. Não existe um *non sequitur* em argumentar que, na pesquisa, um ponto de partida hermenêutico é adotado, e que o resultado da pesquisa mostra como fatos sociais um conjunto de fenômenos relacionados à moralidade. É verdade, no entanto, que Finnis acaba sustentando que os enunciados teóricos dependem de avaliações morais (*morally-laden*), mas mantém isso como resultado da conjunção entre os pontos de partida metodológicos e o resultado que a observação das práticas produziu, e não apenas, como afirma Leiter (2003), como consequência do primeiro. Portanto, Finnis argumentaria:

- i) que o empreendimento teórico da descrição do direito deve partir de um ponto de vista hermenêutico;
- ii) que o direito é uma questão de valores morais ou atitudes morais em relação ao direito;
- iii) que as descrições não são isentas de valoração ou carga teórica (*theory-free*);
- iv) que, dado que (i) e (ii) são verdadeiros, não é possível realizar uma análise do direito sem que isso implique necessariamente assumir na análise o tipo de valoração que se têm em conta no fenômeno analisado.

É precisamente no ponto (ii) que reside a discordância entre Hart e Finnis. Somente porque Finnis assume a conjunção entre um ponto de partida epistemológico e um determinado resultado da investigação realizada a partir deles, é que ele afirma que os fatos existentes devem ser descritos fazendo pelo menos as mesmas suposições e avaliações que são realizadas na linguagem-objeto. Dado que Hart não assume (ii) como propriedade necessária de todos os sistemas jurídicos, pode concluir que não é necessário, nessa descrição do ponto de vista interno, fazer avaliações do tipo que Finnis tem em mente. Para Hart, e não para Finnis, tudo o que a pesquisa sociológica sobre sistemas jurídicos modernos produz é uma certa estrutura concei-

tual que permanece (união de regras primárias e secundárias, regras como razões etc.) e um conjunto de propriedades que não permanecem (recurso à moral, conteúdo avaliativo das razões, etc.). Em termos de Raz:

Uma característica central da explicação de Hart sobre a natureza do direito se refere a que esse, em última instância, é absolutamente independente de seu conteúdo [substancial]. Em outras palavras, os critérios fundamentais para decidir a validade, aqueles cuja existência, por sua vez, não pressupõe outros, são completamente e – em última instância – independentes de seu conteúdo. A teoria do direito sustenta que os sistemas jurídicos são sistemas com uma certa estrutura (que inclui autoridades para a produção e aplicação de leis). Mas, para além disso, tudo o resto é contingente. O conteúdo do direito e a específica identidade e o poder de suas instituições são completamente dependentes das práticas de cada país, isto é, de sua regra de reconhecimento (RAZ, 2001, p. 39, tradução livre).

Para Finnis, por outro lado, não apenas a estrutura conceitual enfatizada por Hart permanece, mas outra mais importante: o recurso a valores ou avaliações morais.

Em resumo, embora a declaração empírica ou fática de Finnis possa ser discutível, parece acertado que essa declaração não decorre de um *non sequitur*, como entende Leiter. Finnis argumenta que, uma vez analisados os fatos com certa cautela, eles mostram uma certa conexão lógica com certos valores. E dado o compromisso assumido em descrever esses fatos sociais da maneira mais próxima a como são feitos na comunidade analisada, não há outra saída senão tentar explicar esses valores usando, tanto quanto possível, as noções que os participantes usam. Hart, por outro lado, não acredita que os participantes de todo sistema jurídico usem essas noções com conteúdo substancial.

Portanto, é possível permanecer respeitoso à abordagem hermenêutica formulando suas análises em termos não avaliativos. Mostra-se ser possível concluir que, se Hart aceitasse (ii), ou seja, se coincidissem com Finnis sobre a *natureza* dos fatos práticos analisados, ver-se-ia

forçado pela abordagem hermenêutica a dar conta desses fatos, pelo menos, em termos não absolutamente estranhos aos termos em que os participantes se expressam e agem, *i.e.* usando termos avaliativos.

Independentemente disso, parece claro que Finnis não incorre na banalização do legado pós-Quineano e pós-Kuhniano, como pretende afirmar Leiter. Finnis não argumenta que, dado que os enunciados são teórico-dependentes, então são avaliativo-dependentes. Pelo contrário, está dizendo que os enunciados são teórico-dependentes e devem ser usados com certa cautela metodológica. E que, *uma vez* tomada a devida cautela, sua investigação mostra que os fatos assim analisados *têm conteúdo moral ou avaliativo*. Em resumo, o *non sequitur* descritivo não seria atribuível a Finnis, pois ele não sustenta que as descrições são moral ou avaliativamente dependentes *porque* são teórico-dependentes, mas porque acredita que, de fato, o direito consiste em valores. Sua afirmação se reduz a sustentar que os enunciados descritivos são avaliativamente dependentes *porque* o direito é avaliativamente dependente.

Uma vez esclarecida a diferença entre esses dois *non sequitur*, é interessante retornar à noção de *non sequitur interpretativo*, com a pretensão de mostrar que através dele, o uso da guilhotina de Hume é esquecido e se impede a descrição dos fenômenos sociais de maneira apropriada.

5. A FALÁCIA NATURALISTA E A IDEALIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE DECISÃO COLETIVA

Um dos aspectos mais discutidos na Filosofia Analítica – ao menos até o segundo terço do século XX – tem sido a possibilidade de derivar enunciados prescritivos de enunciados descritivos ou, mais simplesmente, de derivar uma obrigação de uma descrição (*Ought from Is*). Com base nos postulados que têm suas raízes em Hume, argumentou-se que há um certo salto ou abismo lógico entre os enunciados desses dois tipos. Os problemas e desafios que surgem das declarações de Hume foram chamados de problema da *guilhotina de Hume*¹⁸. Essa discussão está intimamente relacionada à possibilidade de construir uma

18 No original, *Hume's Guillotine* – expressão proveniente de Max Black (1964, p. 166).

lógica de normas. Se a noção de consequência lógica está intimamente ligada à noção de verdade e falsidade dos enunciados contidos em um raciocínio, e se é verdade que as normas não são verdadeiras nem falsas, parece ser certo que uma lógica de normas não pode ser construída. Os problemas, então, são subdivididos em dois grandes grupos – a partir da sistemática de Von Wright (1985):

- i) É possível construir uma ponte entre enunciados descritivos e prescritivos, entre ser e dever ser?¹⁹
- ii) As normas são verdadeiras ou falsas?

A resposta referente à primeira pergunta depende em grande parte da resposta (e posição) adotada em relação à segunda. Existem dois tipos de respostas em relação a essa última. Aquela que responde com um retumbante “não, as normas não são verdadeiras nem falsas”, e aquela que responde afirmativamente. Por sua vez, isso divide a abordagem sobre as normas em dois grandes grupos: prescritivismo (não cognitivismo) e descritivismo (cognitivismo).

O prescritivista sustenta que as normas não têm valor de verdade e que sua existência depende de uma expressão ou expressão de desejo ou vontade de uma pessoa ou grupo de pessoas (autoridade normativa, autoridade legislativa etc.). Quando uma pessoa sustenta que existe uma norma pela qual se deve fazer *A*, ela expressa que esse é o seu desejo (caso de legislação autônoma: o indivíduo decide submeter-se a determinada norma) ou afirma que esse é o desejo de um grupo de pessoas (legislação heterônoma). Em todo caso, sustentar que existe uma norma sob essa concepção é sustentar pelo menos um desejo e predisposição para ajustar a conduta ao estado de coisas previsto na norma e somente isso. Em termos do dilema de Eutífron (Platão), não se quer ou se deseja algo porque é devido (bom, valioso etc.), mas algo é devido (bom ou valioso etc.) porque é desejado. É devido porque é desejado, e não vice-versa. Nesse caso, o aspecto decisivo ou volitivo, no prescritivismo, tem uma capacidade constitutiva de um dever. Se deve porque se deseja²⁰.

19 Discussão que teve Jorgen Jørgensen, Max Black e John R. Searle como os principais protagonistas.

20 Em termos de Von Wright, “[...] assentir (ou aceitar) uma norma não é afirmar sua ver-

O cognitivismo, por sua vez, afirma categoricamente a possibilidade de falar de normas e valores em termos de verdade e falsidade. Sob essa perspectiva, não haveria dificuldade em construir uma lógica de normas padrão usando a ideia de consequência lógica. Assumir que as normas são verdadeiras ou falsas supõe, por um lado, assumir um pressuposto ontológico mais forte do que o assumido pelo prescritivismo e, por outro, apagar do mapa o problema do salto ou abismo lógico entre a ilha do *ser* e a do *deve ser*. Em resumo, o cognitivismo afirma que não entende bem a razão de construir-se uma ponte entre dois locais que estão sobre a *mesma* terra firme.

Independentemente dessa discussão – a qual não se pretende abordar neste trabalho –, parece inegável que um juspositivista coerente deveria posicionar-se no campo não-cognitivist ou prescritivista das normas, e daí sustentar que aquilo que parece um salto lógico é, em realidade, um produto da decisão humana individual ou de grupal (v.g., do Poder Legislativo). A guilhotina de Hume serve precisamente para desmascarar – se é que há algo a desmascarar – a passagem de premissas descritivas para prescritivas, disfarçadas de afirmações jusnaturalistas como “[...] existe, portanto é bom; é bom, portanto, é devido [...]”. O que um prescritivista (e um juspositivista em geral) tenta mostrar é que entre essas três premissas, há pelo menos uma decisão de um grupo de pessoas que visa fazer o mundo mudar ou adaptar-se a determinado aspecto. Em termos mais simples, que existe uma decisão atribuível a alguém e cabe ao teórico verificar quem a fez, *qual é o seu conteúdo* e em que medida é justificada de acordo com outros valores (políticos, prudenciais etc.). Portanto, o desempenho dessa categoria reside precisamente no fato de reduzir a existência de obrigações jurídicas à decisão dos sujeitos e, como consequência, não reconstruir esses deveres como atribuíveis ao que é o mundo ou como é a natureza.

A atividade do teórico do direito, neste caso, consiste em detectar quando foi decidido que um determinado estado de coisa deve ocorrer, *qual o seu conteúdo* e por que essa decisão pode ser plausível, razoável ou criticável. Parece claro que isso torna-se inviável se um certo problema não for detectado na passagem das premissas descri-

– e não assentir (ou não aceitar) não implica negar sua verdade. Asseverar ou recusar uma norma se parece mais a um ato de legislação ou de outorga de uma norma a si mesmo” (VON WRIGHT, 1985, p. 278, tradução livre).

tivas às prescritivas – e não se presume que exista alguém que tenha decidido que o mundo deveria ser assim. O prescritivismo, o juspositivismo em geral, associado à guilhotina de Hume, visa sustentar:

- i) por um lado, que não existem deveres per se, ou naturais;
- ii) por outro, que é necessário aceitar um salto lógico entre ser e dever ser caso o propósito seja encontrar-se em condições de detectar onde ocorreu o salto e quem o realizou²¹;
- iii) e, por (ii), que o conteúdo e alcance desses deveres depende do conteúdo e alcance da decisão humana, i.e., da efetiva forma em que esses sujeitos decidiram ordenar o mundo e que coisas foram consideradas ao formular essas normas.

Abordagens como as de Schauer, Atienza e Ruiz Manero injustificadamente misturam essas máximas juspositivistas com certas noções jusnaturalistas e assumem que as decisões humanas (as normas promulgadas) necessariamente têm um certo conteúdo (razões subjacentes ou base justificativa) que, como mostrado acima, constitui um *non sequitur* interpretativo. Em caso de assumir que os deveres são um produto humano (fontes sociais) e que, portanto, o conteúdo desse dever *criado* depende do que esse grupo humano realmente tinha em mente ao ditá-lo – e não do que deveriam idealmente levar em consideração ao momento de legislar – pode-se concluir que não é verdade que sempre existem razões subjacentes (entendidas em sentido avaliativo) após o ditado de uma norma (após a decisão prescritivista).

A guilhotina de Hume, em conjunto com o prescritivismo, mostra que os deveres têm o conteúdo que têm, dependendo do que o

21 Na verdade, a tese de Von Wright, por exemplo, tenta mostrar que não haveria salto, porque o dever em questão não decorre dos fatos, mas de certa decisão normativa. De qualquer forma, o que Von Wright estaria assumindo é que se assume que a ponte entre ser e dever é irrecuperável, ou se assume que não houve salto de um ponto a outro, mas sim deslocamentos no terreno dos deveres e das consequências que decorrem deles. Nesse sentido, pode-se dizer que a estratégia de Von Wright é precisamente a negação da estratégia naturalista. Essa diz que não há necessidade de uma ponte porque todos os aspectos estão no mesmo âmbito do ser, ao passo que Von Wright estaria argumentando que não há necessidade de uma ponte, porque, entre prescritivistas, o ponto continua sendo os deveres e as consequências que decorrem deles. Ele acrescenta, nessa linha, que a sensação desse salto é dada por uma confusão de planos entre o que a norma prescreve e o estado das coisas que deveria existir no mundo para que essa norma fosse satisfeita – diferença entre dever “normativo” e dever “técnico” em relação à relação entre meios e fins (VON WRIGHT, 1986, p. 276-277).

grupo de sujeitos que os decretou quis ou não, e não o conteúdo que *deveriam* ter de acordo com outros sistemas de valores. Em todo caso, que a adequação entre os deveres existentes (ditados pela autoridade) e um determinado sistema de valores é um aspecto contingente. Não apenas pode ser verdade que o Poder Legislativo considere uma base axiológica diferente daquela que aplicadores ou cidadãos (caso de desacordo entre dois esquemas axiológicos), mas também pode ser verdade que a autoridade não leva em consideração nenhum sistema. Assumir que o legislador, em cada promulgação de uma norma, tenha em conta *ao menos* uma base axiológica ou justificativa a partir da qual ele decide o que decide é justamente assumir o que um juspositivista deveria negar. Desde que se pretenda preservar a possibilidade de distinguir entre o que é *de fato* o direito e o que *deveria ser*. Um juspositivista trai seus pontos de partida metodológicos não apenas quando o sistema axiológico usado pelo legislador em seu próprio sistema de valores entra em colapso, mas também quando ele assume que, seja qual for o caso, o legislador sempre tem *ao menos* um sistema de valores que pretende favorecer ou desencorajar.

Por sua vez, a conjunção dessas ferramentas metodológicas (diferenciação entre fato e valor, inderivabilidade do *ser* do *dever ser*, guilhotina de Hume, normas como produto de decisões humanas, prescritivismo etc.) não constitui apenas uma ferramenta de análise fundamental para aqueles que, como o juspositivista, decidem limitar-se a descrever os aspectos estruturais ou conceituais de um sistema jurídico, mas também para aqueles que decidem descrevê-los e submetê-los a críticas (apelando à história, economia, sociologia, política etc.).²²

22 É possível argumentar que críticos e juspositivistas discordam precisamente sobre quais são os fatos que uma teoria deve ter em conta para ser considerada *completa* ou *satisfatória*. O presente é de parecer que a teoria crítica em geral não sustenta que as análises positivistas (baseadas na lógica e na filosofia da linguagem) são falsas, mas sim reducionistas e, portanto, insuficientes. Nesse sentido, a escola Crítica não se opõe à incorreção dessas ferramentas, mas à ideia de que a análise do direito pode ser reduzida a esses e somente a esses aspectos. Nesse sentido, por exemplo, Carlos Maria Cárcova afirma: “[...] no entanto, os positivistas vernaculares tendem a incorrer mal-entendidos teóricos e excessos retóricos a esse respeito [...] é o caráter redutivo e, portanto, *insuficiente* dessa concepção, que considera apenas a dimensão normativa do fenômeno jurídico, deixando ‘de fora’, ou seja, declarando impertinentes as suas dimensões éticas, políticas, teleológicas, etc., o que viabiliza a aura de sistemática da qual é portadora” (CÁRCOVA, 2001, p. 20, tradução livre, grifo nosso).

Foi precisamente a vertente *crítica* que insistiu na necessidade de desmistificar os processos legislativos e de decisão coletiva, convidando a desconstruir os verdadeiros fatores que motivam uma decisão legislativa (ideológicos, econômicos, políticos). Não há razão para pensar que o processo de legislação se reduza – embora fosse desejável – a promulgar normas, levando em consideração o melhor estado de coisas possível para uma determinada comunidade. Em vez disso, os dados da sociologia e da história mostram que, na decisão legislativa, atuam os aspectos dos quais o legislador pode estar plenamente ciente – como o favorecimento a um grupo majoritário em detrimento das minorias ou o favorecimento de um interesse de classe em detrimento da maioria, etc. – ou completamente inconsciente. Tais fatores eventualmente estariam na base justificativa de seus atos, levando-o a atuar como um *veículo inconsciente de poder* – para usar uma terminologia cunhada por Foucault – *i.e.*, com ignorância de quais são os valores políticos ou morais que ele está promovendo.

De qualquer forma, a existência por *trás* da regra de uma concepção de como o mundo deveria ser ou o que maximizaria o bem-estar de um grupo é um aspecto contingente, que dependerá da qualidade e legitimidade de cada órgão legislativo em particular. Não é de todo óbvio que as normas emanadas do Poder Legislativo sempre possuam essa carga de *racionalidade* que costumam lhes atribuir as abordagens como as que incorrem no *non sequitur interpretativo*. Em todo caso, seria valioso que o legislador fosse *racional* – e ainda resta decidir sob quais condições chamar-se-ia a alguém *racional* –, mas *não se segue* que de fato ele seja. Também *não se segue* que seja necessário, no nível interpretativo, atribuir mais do que uma modesta carga de racionalidade baseada no que aqui se chamou de *razões conceituais*.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, o presente estudo pontua as seguintes conclusões:

- i) É falso que, para interpretar uma linguagem jurídica, mais coisas devam ser pressupostas do que o que foi chamado aqui de razões conceituais. A montagem teórica de autores como Davidson convida a atribuir apenas esses tipos de razões e deixa em aberto a possibilidade de que pesquisas empíricas demonstrem (contingentemente) que existem o que aqui se chamou de razões avaliativas;
- ii) A confusão entre razões conceituais e razões avaliativas pode ser vista como uma revitalização do legislador racional, i.e. a crença de que o legislador sempre leva em conta as circunstâncias às quais a regra se aplica e formula, com base nisso, um equilíbrio de razões que se concretizam na promulgação de regras com razões subjacentes;
- iii) É possível traçar uma distinção entre o que foi chamado de non sequitur interpretativo e non sequitur descritivo. Um atribui razões avaliativas como pressuposto ou pré-compromisso da interpretação; o outro atribui razões avaliativas com base na crença (herdada de Quine e Kuhn) de que não há enunciados descritivos puros (Leiter);
- iv) O non sequitur descritivo não seria atribuível a Finnis, dado que ele não sustenta que as descrições são moral ou avaliativamente-dependentes porque são dependentes da teoria, mas porque ele entende que, de fato, o direito consiste em valores. Sua declaração se reduz a sustentar que os enunciados descritivos são avaliativamente-dependentes porque o direito é avaliativamente-dependente;
- v) Reconstruções como a de Schauer, Atienza e Ruiz Manero contradizem abertamente os pontos de partida juspositivistas (prescritivismo, tese de fontes sociais, distinção entre ser e dever), uma vez que sustentam como necessárias características do direito que são apenas contingentes;
- vi) A distinção entre ser e dever ser e as precauções metodológicas as que a guilhotina de Hume convida são úteis tanto para um juspositivista quanto para aqueles que pretendem descrever e depois sujeitar a críticas o tipo de relações de poder que surgem e que explicam o processos de decisão coletiva;
- vii) Não é incomum para alguns teóricos do direito mitifiquem certos aspectos do direito. Isto alcança igualmente alguns positivistas e alguns jusnaturalistas. De qualquer forma – e adaptando os versos de um poeta cubano²³ – os juristas, às vezes, têm maneiras muito

23 Os versos originais seriam: “[...] *qué maneras más curiosas de recordar tiene uno / [...] hoy*

curiosas de recordar (reconstruir) certos fatos. Não obstante, pensam ver nessas memórias coisas claras que realmente emergiram do escuro, que não eram belas nem racionais, e que no momento de seu nascimento foram pouco mais que confusão, pouco mais que fumaça – como grande parte das regras jurídicas.

recuerdo mariposas, / que ayer sólo fueron humo, mariposas, / mariposas, que emergieron del oscuro [...]” (RODRÍGUEZ, 1999).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACERO, J. J.; BUSTOS, E.; QUESADA, D. *Introducción a la filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra, 1989

ALCHOURRÓN, C. E., Para una lógica de las razones prima facie. *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, v. 16, n. 2, p. 113-124, 1996

_____.; BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*. Buenos Aires: Astrea, 1975

ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta, 2000.

BAYÓN, J. C. ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, p. 35-62, 2001

_____. Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional. *Jueces para la Democracia*, n. 27, 1996.

BLACK, M. The Gap between “Is” and “Should”. *Philosophical Review*, v. 73, n. 2, p. 165-181, 1964

CÁRCOVA, C. M. Iusnaturalismo y positivismo jurídico: un debate superado. In: _____. *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Biblos, 1996.

_____. Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. In: COURTIS, C. (comp.), *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2001

DAVIDSON, D. A Coherence Theory of Truth and Knowledge. In: LePORE, E. (ed.). *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*. Oxford: Blackwell, 1986, p. 307-319.

_____. Actions Reasons and Causes. In: WHITE, A. (ed.). *Philosophy of Action*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

_____. On the Very Idea of a Conceptual Scheme. In: _____. *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 183-198

DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986

FERRERES COMELLA, V. Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, p. 29-49, 2000

FINNIS, J. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007

_____. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980

GARGARELLA, R. Los jueces frente al “coto vedado”. *Revista Discusiones*, n. 1, p. 53-65, 2000

HACKER, P. M. S. *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 1996

HART, H. L. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1994

LEITER, B. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, n. 48, p. 17-51, 2003

MACCORMICK, N. *H. L. A. Hart*. Londres: Edward Arnold, 1981

PATTERSON, D. Postmodernism. In: _____ (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Cambridge: Blackwell, 1996

RAZ, J. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. In: COLEMAN, J. (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001

RODRÍGUEZ, S. Mariposas. *Mariposas*. La Habana, Ojalá, 1999

ROSS, D. *Lo correcto y lo bueno*. Trad. Leonardo Rodríguez Duplá. México: Sígueme, 2001

RUIZ, A. E. C. Derecho, Democracia y teorías críticas al fin del siglo. In: COURTIS, C. (comp.). *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2001

SANCHEZ DURÁ Y VIDARTE, V. S. Interpretación: radical y cultural. In: DASCAL, M. (ed.). *Filosofía del Lenguaje II*. Pragmática. Enci-

clopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Trotta, 1999

SCHAUER, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991

_____. *Las reglas en juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004

VON WRIGHT, G. H. Is and Ought. In: BULYGIN, E.; GARDIES, J. L.; NIINILUOTO, I. (eds.). *Man, Law and Modern Forms of Life*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1985

O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APÓS O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.406/RJ E 3.470/RJ

THE ROLE OF FEDERAL SENATE IN BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW AFTER THE JUDGMENT OF DIRECT UNCONSTITUTIONALITY ACTION NO. 3.406/RJ AND NO. 3.470/RJ

Pedro Mendonça Araújo¹

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a proposta de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal. Desde a criação do mecanismo da suspensão da lei pelo Senado, em 1934, até os dias de hoje, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade evoluiu bastante. Diversas inovações legislativas e jurisprudenciais propiciaram uma verdadeira transposição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade do controle concentrado para o controle difuso. Diante disso, os questionamentos que surgem são os seguintes: teria o STF adotado as teorias da abstrativização do controle difuso e da transcendência dos motivos determinantes? Para responder essas perguntas, serão explorados os fundamentos utilizados pela doutrina e pelos ministros do STF acerca do assunto.

Palavras-chave: mutação constitucional; controle difuso de constitucionalidade; suspensão da execução da lei pelo Senado; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The present study aims to analyse the purpose of constitutional mutation of article 52, X of Federal Constitution. Since the mechanism of Senate's suspensive law act was created, in 1934, up to now, the brazilian system of constitutional review has changed a lot. Several legislatives and in case-law innovations provided a real incorporation of concentrated constitutional adjudication decision effect's into diffused ones. At that, the questions that arise are: would the Federal Supreme Court have adopted the theory of abstractivization of diffused control of constitutionality and the theory of transcendence of determinants reasons? To answer this questions, it will be explored the arguments used by doctrine and ministers of the Supreme Court about this issue.

Keywords: constitutional mutation; diffused control of constitutionality; Senate's suspensive law act; Federal Supreme Court.

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo debater a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal após o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ. Para tanto, essencial que se discuta previamente acerca das modalidades de controle existentes e do contexto histórico no qual foi criada a competência do Senado para suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora o modelo de controle adotado inicialmente no Brasil tenha sido o difuso, as decisões de inconstitucionalidade proferidas em nosso país produziam efeitos diversos com relação às decisões proferidas no modelo difuso norte-americano. Como o sistema brasileiro não dispõe do *stare decisis*, as decisões proferidas pelos tribunais superiores não vinculavam os órgãos judiciários de instâncias inferiores. Apenas as partes que compunham determinada relação processual eram afetadas pela decisão proferida em seu âmbito, por mais que em outros processos as questões de fato e de direito fossem as mesmas. Dessa forma, decisões contraditórias começaram a se proliferar pelo território nacional.

Para conter o avanço da insegurança jurídica, foi criado, então, o mecanismo da suspensão da lei pelo Senado Federal, em 1934. A partir de então, as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF passariam a dispor de eficácia *erga omnes*, desde que o Senado suspendesse a execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, mesmo em via incidental.

No entanto, Gilmar Ferreira Mendes, considerando as diversas alterações em matéria de controle ocorridas a partir da Constituição Federal de 1988, principalmente a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de suspensão liminar da eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, passou a afirmar que o dispositivo que prevê a suspensão da lei pelo Senado tornou-se obsoleto. (MENDES, 2004).

Nesse sentido, o doutrinador assevera que a regra constante do artigo 52, X da CRFB sofreu mutação constitucional, a qual define como uma “reforma da Constituição sem modificação do texto”. Para

ele, a prática constitucional sugere que a resolução do Senado tenha a única finalidade de tornar pública a decisão da Suprema Corte, a qual, por si só, já disporia de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (MENDES, 2004).

Ante o exposto, a finalidade do presente artigo é investigar se a Corte, enquanto instituição, adotou as teses da abstrativização do controle difuso e da transcendência dos motivos determinantes, e se o artigo 52, X da CRFB realmente sofreu mutação constitucional.

Para tanto, no primeiro capítulo serão abordados dois subtópicos. No primeiro deles, será brevemente explanada a evolução do papel do Senado no controle de constitucionalidade em face das novas Constituições e das mudanças de orientação da Suprema Corte. No segundo subtópico, serão apresentados alguns dos fundamentos que ensejam as teses da abstrativização do controle difuso e da mutação do artigo 52, X da CRFB. No capítulo, será demonstrado que a competência senatorial para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo tornou-se um mecanismo que já não corresponde mais à realidade fática.

No segundo capítulo será abordado o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, e os seguintes questionamentos serão respondidos: teria o STF adotado as teorias da transcendência dos motivos determinantes e da abstrativização? Houve mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB?

1.1 A CRIAÇÃO DA COMPETÊNCIA SENATORIAL E A EVOLUÇÃO DO DISPOSITIVO AO LONGO DO TEMPO

A adoção do controle difuso desprovido do *stare decisis* propiciou um cenário de conflito entre órgãos do Poder Judiciário e de incerteza do direito dentro do território nacional. Após intensos debates na subcomissão responsável pela elaboração do anteprojeto de Constituição de 1934² e na Assembleia Constituinte de 1934³, o instituto da

2 AZEVEDO, J. A. M. de. *Elaborando a Constituição Nacional: Atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

3 ALENCAR, A. V. A. N. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978.

suspensão da lei pelo Senado foi criado com o intuito de estender os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

A competência atribuída ao Senado Federal para suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais foi suprimida pela Constituição de 1937, mas voltou a operar nos moldes de 1934 com a promulgação da Constituição de 1946.

Em 1965, a Emenda Constitucional nº 16 instituiu a representação de inconstitucionalidade no Brasil. O artigo 2º da EC nº 16/65 inseriu a alínea “k” no artigo 101 da Carta de 1946, incluindo dentre as atribuições do STF processar e julgar “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Com a introdução da alínea “k” ao artigo 101 da Constituição de 1946, o Senado passou a ter competência para suspender também a execução de leis e atos normativos impugnados através do controle abstrato, fossem eles federais ou estaduais. Mesmo sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a competência atribuída ao Senado no controle de constitucionalidade foi preservada (ALENCAR, 1978):

A prática demonstra, portanto, que o Supremo Tribunal Federal vinha encaminhando à Câmara Alta, para os fins de que trata o art. 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69, atos julgados inconstitucionais, tanto em razão da ação direta prevista pelo art. 119, I, quanto no caso da declaração de inconstitucionalidade incidente (ALENCAR, 1978, p. 274).

No entanto, em 1977, o Supremo Tribunal Federal definiu que as declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle abstrato de normas passariam a dispor de eficácia *erga omnes*. Assim sendo, as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, ficariam restritas às declarações de inconstitucionalidade proferidas no controle incidental (MENDES, 2014).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 manteve a coexistência dos sistemas difuso e concentrado no Brasil. Se ainda havia alguma dúvida quanto à necessidade de atuação do Senado no

âmbito do controle concentrado, essa foi sanada com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que definiu expressamente no §2º do artigo 102 da CRFB que as decisões do Supremo em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante (VILELLA, 2015).

No âmbito difuso, as normas declaradas inconstitucionais pelo STF permaneceram possuindo, via de regra, eficácia *inter partes*. No entanto, a competência do Senado para suspensão da execução de lei ou ato normativo foi ratificada pela assembleia constituinte de 1988. Portanto, a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do STF em controle difuso continua dependendo da edição de resolução pelo Senado Federal:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a evolução significativa do controle de constitucionalidade no Brasil pós 1988 propiciou o surgimento a tese da mutação constitucional do dispositivo supracitado, que possui como seu principal expoente Gilmar Mendes. No próximo subtópico, serão abordados os fundamentos utilizados por doutrina e jurisprudência que deram origem ao surgimento das teses da mutação constitucional do artigo 52, X e da abstrativização do controle difuso.

1.2 – FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS ÀS TESES DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO

Em seu voto no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC⁴, o ministro Teori Zavascki afirmou que o direito brasileiro evolui “em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores”. Segundo Zavascki, foram as reformas

4 STF, RCL 4.335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Plenário, Data de publicação DJe: 22/10/2014).

ocorridas no Código de Processo Civil de 1973, principalmente após 1994, que fortaleceram os precedentes enquanto fonte do direito no Brasil.

Em seu artigo 38, a Lei nº. 8.038/1990 já conferia poder ao relator dos processos no STF e no STJ para decidir monocraticamente sobre “o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”.

A Lei nº 9.756/1998 incluiu os artigos 557 e §1º-A no CPC/73, para autorizar juízes relatores a decidir monocraticamente os recursos respaldados em súmula ou jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunais Superiores. Essa lei também criou o parágrafo único do artigo 481 do CPC/73, regra que autorizou os órgãos fracionários dos tribunais a não submeterem a questão de constitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, quando já houvesse anterior pronunciamento destes ou do Plenário do STF sobre a questão.

No que se refere ao artigo 97 da CRFB, Gilmar Mendes, em seu artigo “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, destaca que a sua aplicação pela Suprema Corte praticamente equipara os efeitos das decisões proferidas em controle abstrato e concreto. Para tanto, destaca-se o seguinte trecho da obra:

A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida incidenter tantum (MENDES, 2004, p. 18).

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 promoveu a chamada “Reforma do Judiciário”. Essa norma foi responsável por incluir os princípios da razoável duração do processo e da celeridade no rol de direitos fundamentais, a fim de agilizar a prestação jurisdicional por parte do Estado. Novos mecanismos de filtragem e barragem de recursos aos Tribunais Superiores foram criados, dentre eles a repercussão geral e a súmula vinculante, além de “um esquema de aproveitamento de entendimentos jurisprudenciais em larga escala” (ARAÚJO, 2011).

A participação dos *amicus curiae* nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal também contribuiu para a abstrativização do controle incidental. Os *amicus curiae* são pessoas ou entidades estranhas à causa, que têm como função precípua o fornecimento de informações específicas ao juízo a respeito da matéria de julgamento. Essa figura surgiu no Brasil com a edição da Lei 9868/99, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (NETO E MARINHO, 2019).

No CPC/15, é o artigo 1.038, I que concede ao relator a faculdade de admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia para auxiliar no julgamento do recurso extraordinário. Por sua vez, o artigo 1035, §4º desse mesmo diploma prevê a possibilidade de intervenção de terceiros na análise da repercussão geral. Em ambos os casos, a participação dos *amicus curiae* é de enorme importância, pois são eles que subsidiam a Suprema Corte com as mais variadas teses, argumentos e pontos de vista possíveis, a fim de tornar as suas decisões as mais qualificadas possíveis.

Além de todas essas inovações legislativas, as manifestações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal também revelam a incorporação de características do controle concentrado para as decisões proferidas em sede de controle difuso. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, por exemplo, o STF acolheu parcialmente o pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo para reduzir o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela/SP, declarando a inconstitucionalidade desse dispositivo da Lei Orgânica do Município, que fixava a quantidade de vereadores em número superior ao permitido pela Constituição (MARANHÃO, 2016).

Por motivos de segurança jurídica e excepcional interesse social, o STF se utilizou da modulação dos efeitos para conferir efeitos *ex nunc* (prospectivos) a essa decisão. Essa técnica encontra previsão no artigo 27 da Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, mas foi aplicada por analogia em sede de controle incidental pelo STF. Nesse sentido, extrai-se trecho do voto do ministro Gilmar Mendes:

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito (STF, RE 197.917-8/SP, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 06/02/2002, Plenário, Data de publicação 07/05/2004, p. 420)

In *casu*, uma eventual declaração retroativa de inconstitucionalidade teria o condão de invalidar as composições anteriores da Câmara Municipal, bem como os inúmeros projetos e leis que já foram aprovados. Vejamos como ficou a ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

[...]

7 . Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou

em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Recurso extraordinário conhecido e em parte provido (STF, RE 197.917-8/SP, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 06/02/2002, Plenário, Data de publicação 07/05/2004).

No julgamento do HC nº 82.959/SP, que deu ensejo à Reclamação nº 4.335/AC, a Suprema Corte também modulou os efeitos de sua decisão, a fim de conferi-la eficácia *ex nunc* por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social:

O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão (STF, HC 82959/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Data de julgamento: 23.2.2006, Plenário, Data de publicação DJe: 01/09/2006).

Já no exame do RE nº 298.694/SP, o STF criou precedente para a possibilidade de julgamento de recurso extraordinário com base em fundamentos distintos daqueles enfrentados pelo tribunal recorrido, ou seja, reconhecendo a causa de pedir aberta no caso em comento. Importante lembrar que a causa de pedir aberta é característica das ações de controle concentrado, já que nesse modelo de controle toda a Constituição é utilizada como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade da norma (PAIVA, 2008, p. 68-70).

I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido.

[...]

(STF, RE 298694/SP, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 06/08/2003, Plenário, Data de Publicação DJe: 23/04/2004).

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011/RS, a ministra relatora Ellen Gracie dispensou o requisito do prequestionamento para o conhecimento do recurso. Em seu voto, a então ministra citou alguns julgados nos quais o STF manifestou essa tendência de transformação do papel do recurso extraordinário, “como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional”:

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional.

Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/04/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea “a” do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte a quo.

Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes

em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferida por esta Casa.

[...]

(STF, AG. REG. NO A.I 375011, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data de Julgamento: 05/10/2004, Data de Publicação DJe: 28/10/2004).

De fato, todos os acontecimentos citados nesse tópico propiciariam uma verdadeira revolução na estrutura do controle de constitucionalidade no Brasil. Enquanto principal instrumento do controle difuso, o recurso extraordinário foi deixando de ter caráter eminentemente subjetivo para assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva.⁵ O STF, por sua vez, tem se manifestado cada vez mais como tribunal constitucional, e menos como uma mera instância recursal de demandas individuais.

CAPÍTULO 2 – O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.406/RJ E 3.470/RJ E SUAS CONSEQUÊNCIAS

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e 3.470/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, foram propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria em face da Lei nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que versa sobre a substituição progressiva da produção e comercialização dos produtos que contêm asbesto.

Em seus votos, os ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux enfatizaram o reforço dado pelo Código de Processo Civil de 2015 à tese da indistinção entre os efeitos das decisões proferidas em controle difuso e concentrado. Por sua vez, o ministro Edson Fachin afirmou que mesmo declarações de inconstitucionalidade proferidas no âmbi-

5 Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº. 388.830-7/RJ: “A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior “objetivação” do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”

to incidental operam uma preclusão consumativa da matéria. Em seu voto na ADI 3.470/RJ, Toffoli destacou o avanço da jurisdição constitucional no Brasil como a própria superação do artigo 52, X da CF. Já a ministra Cármen Lúcia preferiu ressaltar a caminhada da Suprema Corte em direção à declaração de inconstitucionalidade de matérias, e não apenas de atos normativos específicos, como nos casos das leis municipais.

Em sentido contrário, o ministro Marco Aurélio, acompanhado pelo ministro Alexandre de Moraes, refuta a tese de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal, tendo em vista que o caráter constitutivo do dispositivo, e não declaratório, como propuseram os outros ministros. Além disso, afirma que a função do dispositivo é promover a independência e harmonia entre os Poderes da República:

Recuso-me a dizer que o Senado da República é um verdadeiro Diário Oficial, que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle concreto de constitucionalidade, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Não interpreto literalmente, gramaticalmente, o que se contém no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, mesmo porque a interpretação gramatical é a que mais seduz, é aquela a que se chega, ao objetivo da norma, numa visão superficial. Entendo o inciso X do artigo 52 como regra que atende a independência e harmonia entre os Poderes, a sinalizar que o sistema nacional é equilibrado, ao prever – e em bom vernáculo – competir ao Senado não simplesmente publicar a decisão tomada pelo Supremo, mas ao Plenário:

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (STF, ADI 3.406 RJ, Data de Julgamento: 29/11/2017, Plenário, Data de Publicação DJe: 01/02/2019).

Ante o exposto, passemos a uma análise mais atualizada e detalhada dos fundamentos invocados por parte da doutrina e pelos ministros do STF para tratar da questão.

Por intermédio do Código de Processo Civil de 2015, o legislador ordinário introduziu novos mecanismos no ordenamento a fim de promover a uniformização e da estabilização da jurisprudência pátria, como o Incidente de Assunção de Competência e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Ademais, estabeleceu que determinados pronunciamentos judiciais possuem eficácia vinculante, como se observa no disposto do artigo 927 do CPC/15:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Segundo Ronaldo Cramer, existem cinco diferentes correntes acerca do “precedente judicial” no CPC. A primeira delas, a qual se filia Freddie Didier Jr.⁶, dispõe que o artigo 927 contém um rol de precedentes vinculantes, a partir de um critério semântico do termo “observarão”. A segunda corrente, que possui nomes como Teresa Wambier⁷, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, afirma que apenas os pronunciamentos judiciais que ensejam reclamação são vinculantes, quais sejam, aqueles contidos nos incisos do artigo 988. A terceira corrente sustenta que o artigo 927 não confere força vinculante aos “precedentes” ali listados, mas exige tão somente a sua observância por parte de juízes e tribunais. Na verdade, a força vinculante seria advinda do próprio regime de cada um desses “precedentes”.

6 DIDIER JÚNIOR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, v. 2. 10ª edição. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 455.

7 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro; MELLO, Rogério Licastro Torres de Mello. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1315.

A quarta corrente, a qual pertencem Nelson Nery Jr.⁸, Rosa Maria de Andrade Nery e Cássio Scarpinella Bueno⁹, defende a tese da inconstitucionalidade do artigo 927, já que somente a Constituição poderia definir novas hipóteses de vinculação, a exemplo do que ocorre com as súmulas vinculantes e com as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade (a análise da constitucionalidade do artigo 927 não será objeto do presente estudo). Por fim, a última corrente, a qual aderiram Luiz Guilherme Marinoni¹⁰ e Daniel Mitidiero¹¹, aduz que os precedentes vinculantes não estão contidos apenas no rol descrito no artigo 927, mas decorrem de toda decisão emanada dos Tribunais Superiores em vista de sua autoridade (CRAMER, 2016).

As diversas correntes elencados por Cramer tratam apenas acerca da possibilidade de atribuição de efeito vinculante aos “precedentes” elencados no artigo 927, mas não apresentam maiores discussões a respeito do que se considera um “precedente judicial” no Brasil. Lênio Streck, no entanto, preocupou-se em debater o assunto. Segundo Streck, o Brasil adotou um modelo de vinculação jurisprudencial, e não propriamente de precedentes, como na acepção do *common law* (STRECK, 2015). Nesse sistema, afirma ele, o precedente não é criado com a pretensão de resolver casos futuros, mas vincula contingencialmente. Portanto, o que define se um caso passado vai se tornar um precedente são os próprios casos futuros. São eles que definem o que do caso anterior é “*obiter dictum*” e o que é “*ratio decidendi*”. Diante disso, Streck alega não haver qualquer semelhança entre o disposto no artigo 927 do CPC e o *common law* (STRECK, 2016).

Ademais, há outro aspecto que diferencia ainda mais as modalidades decisórias vinculantes adotadas no Brasil e a concepção anglo-saxônica de precedentes. No Brasil, é a própria lei que confere valor jurídico aos pronunciamentos judiciais, ao contrário do que acontece no *common law*, no qual o valor do precedente independe

8 NERY JÚNIOR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1835-1846.

9 BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 568.

10 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

11 MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 121-122.

de intermediação legal. Enquanto as hipóteses contidas no artigo 927 possuem autoridade apenas porque legalmente obrigam, no *common law* o precedente só vincula quando detém uma intrínseca autoridade argumentativa (STRATZ, 2017). Nesse sentido, afirmam Flávio Qui-
naud Pedron e José Emílio Medauar Ommati:

Sendo assim, no caso do Código de Processo Civil de 2015, o que veremos é a instituição, no art. 927, de um sistema de decisões vinculantes, o que já é bem diferente de precedentes judiciais (BRASIL, 2015). A vinculatividade futura de tais provimentos não decorre de uma apropriação crítica das gerações futuras, como ocorre com as decisões judiciais na Inglaterra e nos EUA, mas sim do fato de obedecerem a um procedimento que ao final dota o provimento de tal natureza vinculante. (PEDRON; OMMATI, 2018, p. 666)

Diferentemente do que acontece no *common law*, no qual só é possível aferir a força vinculante do precedente no confronto com um novo caso, o Código de Processo Civil permite a formulação de teses de direito a partir do julgamento de casos presentes para que sirvam de base para julgamentos futuros (THEODORO JÚNIOR, 2019). Segundo Michelle Taruffo, é inadequada uma teoria geral do precedente que se restrinja a uma simples versão adaptada do *commow law* (TARUFFO, 2009). Portanto, embora muito se fale sobre uma “*commonlização*” do direito brasileiro e sobre a incorporação do *stare decisis* pelo Código de Processo Civil, tais afirmações não são inteiramente precisas. Há toda uma carga histórica e procedimental dos países de *common law* que não pode ser desconsiderada dessa análise. Apesar de todas essas considerações, fato é que os pronunciamentos judiciais constantes do artigo 927 dispõem de efeitos vinculantes.

Pois bem. O inciso I do artigo determina que os juízes e tribunais observem às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Diante disso, há outra discussão existente na doutrina é a seguinte: o efeito vinculante dessas decisões de inconstitucionalidade estaria restrito à parte dispositiva da decisão ou alcançaria os seus fundamentos determinantes? Para os teóricos que defendem que a *ratio decidendi* possui efeito vinculante, dentre eles, Freddie Didier¹²,

12 Por isso, o Enunciado n. 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis faz questão de

o instrumento processual cabível contra as decisões que contrariem os fundamentos expostos em acórdãos do STF é a reclamação constitucional. Observa-se a redação do artigo 988 do CPC/15:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

[...]

§ 4o As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

De fato, o §4º do artigo 988 do CPC/15 estabelece que a reclamação é instrumento cabível inclusive para a preservação dos fundamentos das decisões da Suprema Corte no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. A respeito da regra disposta no §4º do artigo 988 do CPC/15, vejamos como ministro Luís Roberto Barroso se manifestou no julgamento das ADIs 4.697/DF e 4.762/DF:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, aqui me alinhando a Vossa Excelência, e Vossa Excelência foi um dos que defendeu a ideia da eficácia transcendente. O Supremo chegou a aderir a essa posição, depois retrocedeu em rela-

esclarecer que são os fundamentos determinantes (ou seja, a ratio decidendi) do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade que produzem o efeito vinculante de precedente para todos os órgãos jurisdicionais. Não se pode confundir esse efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que, em determinadas hipóteses, decorre da coisa julgada. As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, CF; art. 28, p. único, Lei n. 9.868/99; art. 10, §3.º, Lei n. 9.882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser erga omnes por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado não à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado (ratio decidendi), mas sim à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade. (DIDIER apud OLIVEIRA, 2016, p. 270-271)

ção a essa posição. Mas agora o novo Código recoloca a discussão, porque o artigo 988 diz que uma das hipóteses de cabimento da reclamação é a observância de acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade. Aí vem, Ministro Gilmar, o § 4º e diz que as hipóteses dos incisos tal e tal, quer dizer, de cabimento de reclamação pela não observância da decisão em ADI, “compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.” Portanto, o que produz a vinculação é a tese jurídica. Então, eu acho que nós temos que proclamá-la (STF, ADI 4.697 DF, Rel. Ministro EDSON FACHIN, Data de Julgamento 06/10/2016, Plenário, Data de Publicação DJe 30/03/2017).

Apesar do disposto no §4º do artigo 988 do CPC/15, o STF é expressamente contrário ao cabimento de reclamações com base na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdãos com efeito vinculante.

Gilmar Mendes também defende a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão. Na Reclamação nº 4.335/AC, o ministro cita uma série de declarações de inconstitucionalidade nas quais o STF conferiu efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão, mas aos próprios fundamentos determinantes, como, por exemplo, nos casos em que foram analisadas normas municipais que possuem conteúdo idêntico em outros municípios.

Outra importante inovação prevista pelo CPC/15 consta dos artigos 525, §12 e 535, §5º, que tratam acerca do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (o artigo 535, §5º pertence ao capítulo que trata do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública). Já não interessa mais se a lei ou o ato normativo foram declarados inconstitucionais por controle difuso e concentrado no que tange à impugnação ao pagamento de quantia certa por inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação:

Art. 525

[...]

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em

aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Diante das novidades introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e tendo em vista a composição atual do Supremo, os questionamentos que surgem são os seguintes: teria a Corte admitido as teorias da transcendência dos motivos determinantes e da abstrativização a partir do julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ? Houve a mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB?

O pedido principal dessas duas ações (a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro) foi julgado improcedente pelo STF, mas a Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, com efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, pois em outra ADI a inconstitucionalidade desse dispositivo já havia sido reconhecida.

Via de regra, as declarações incidentais de inconstitucionalidade são proferidas no âmbito do controle difuso e possuem eficácia *inter partes*. Todavia, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade também em controle concentrado. O STF já declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 em outra situação, mas tal julgado foi destituído de eficácia vinculante. No julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, a Corte resolveu atribuir eficácia vinculante sobre a fundamentação da decisão em controle concentrado. Não ficou claro, entretanto, se a Suprema Corte adotará a transcendência dos motivos determinantes para os casos futuros ou se tal técnica foi empregada apenas no caso isolado.¹³ Ainda não houve a consolidação de um *overruling*, mas a tendência é que isso aconteça.

No mesmo sentido, é bem provável que o STF consolide a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso no futuro próximo, embora essa nomenclatura não tenha sido utilizada durante

13 LORDELO, João. Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes? ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgadas em 29/11/2017 (Info 886). Disponível em: <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativiza%C3%A7%C3%A3o-do-controle-difuso-ou-da-transcen%C3%A7%C3%A3o-dos-motivos-determinantes-ADI-3406R-J-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886>. Acesso em jun. 19.

o julgamento. Os ministros manifestaram-se expressamente favoráveis à equiparação entre os dois sistemas de controle e, por consequência, demonstraram também que são adeptos da releitura do disposto no artigo 52, X da CRFB, a fim de que a participação do Senado em matéria de controle fique restrita à mera publicação da decisão do STF.

Conforme consta do Informativo Nº 886 do STF (Brasília, 27 de novembro a 1º de dezembro de 2017) “[...] o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental”. Diante do novo cenário processual civil, tudo indica que o julgamento das ADI’s 3.406/RJ e 3.470/RJ pode representar um momento de quebra de paradigma dentro do sistema de controle brasileiro.

CONCLUSÃO

A quantidade de demandas a serem julgadas pelo Poder Judiciário após a Constituição Federal de 1988 cresceu vertiginosamente. Fatores como a democratização do acesso à justiça, a intensificação das relações econômicas e sociais e a constitucionalização do direito privado, por exemplo, contribuíram para esse aumento desenfreado da litigiosidade no Brasil.

Diante desse cenário, iniciou-se um movimento de valorização dos “precedentes”, que foi ganhando mais força a cada inovação legislativa e jurisprudencial incorporada ao ordenamento brasileiro com a finalidade de conter a multiplicação dos processos idênticos no sistema difuso. Dentre as vantagens que esse fortalecimento dos “precedentes” proporciona estão o aumento da previsibilidade do direito, a garantia de mesmo tratamento àqueles que se encontram em situação idêntica e a utilização dos recursos de que dispõe o Poder Judiciário de forma mais otimizada e racional. Nesse sentido, a concessão de efeitos de alcance geral para todas as decisões do STF consiste em uma alternativa não só para o excesso de demandas que provoca a morosidade da Corte, mas também para promover os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual.

A Emenda Constitucional nº 45, por exemplo, praticamente

equiparou o controle difuso ao concentrado quando instituiu a repercussão geral como requisito para o conhecimento dos recursos extraordinários. Desde então, a admissão de R.E depende que o recorrente demonstre que a discussão posta transcende os interesses subjetivos da causa. Essa exigência de que a questão constitucional possua relevância social, política, econômica ou jurídica fortalece o STF enquanto guardião da Constituição, e não como mera instância recursal. Ademais, a decisão que reconhece ou que nega a repercussão geral é tão expansiva quanto a de uma decisão prolatada em sede de controle concentrado: todos os processos que versem sobre a questão terão o mesmo destino daquele que teve a repercussão geral julgada. Portanto, já não há mais justificativa para que as decisões do Plenário da Corte não tenham o mesmo alcance e não produzam os mesmos efeitos.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, prestigiou a força de determinados pronunciamentos judiciais em seu artigo 927, no qual são contempladas decisões de tribunais superiores e tribunais de segundo grau. Diante da eficácia que grande parte de seus julgados passaram a ter, valorizou-se ainda mais o papel do Supremo como Corte Constitucional. Para fins de impugnação ao pagamento de quantia certa por inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, os artigos 525, §12 e 535, §5º já não distinguem mais consideram que é inexigível a obrigação reconhecida por título executivo judicial fundado em lei ou o ato normativo declarados inconstitucionais em controle difuso e concentrado, pois o legislador ordinário já não encontrou razões para diferenciar o alcance de uma decisão emanada do Supremo.

O desrespeito aos pronunciamentos vinculantes incluídos no artigo 927 enseja a cassação da decisão divergente por meio de reclamação constitucional, instrumento previsto no artigo 988 do CPC/15. O §4º do artigo 988 afirma que também cabe reclamação em caso de aplicação indevida da tese jurídica contida nas decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. Conforme esse dispositivo, os fundamentos da decisão também são dotados de eficácia vinculante. A teoria da transcendência dos motivos determinantes, portanto, ganhou muita força.

No julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, o STF declarou in-

cidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, conferindo efeito *erga omnes* e eficácia vinculante aos fundamentos determinantes de sua decisão, pois a inconstitucionalidade desse dispositivo já havia sido declarada em outra oportunidade. Embora a Corte tenha adotado a transcendência dos motivos determinantes nesse caso específico, não podemos concluir que essa tese será adotada para os casos futuros, pois não houve manifestações expressas dos ministros nesse sentido, exceto a Ministra Carmém Lúcia, que destacou a caminhada da jurisprudência da Suprema Corte rumo à declaração de inconstitucionalidade de matérias. Da mesma forma, ainda não é possível concluir que o STF adotou a abstrativização do controle difuso, mas infere-se a partir das manifestações dos ministros que em breve a equiparação entre os controles vai se consolidar.

Nesse contexto, o mecanismo da suspensão da lei pelo Senado, previsto no artigo 52, X da Constituição Federal, criada com o fito de atribuir efeitos gerais às decisões proferidas pelo STF nos casos concretos, perdeu significado substancial, diante da evolução do sistema de controle de constitucionalidade e da nova feição do princípio da separação dos poderes.

A competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo em face da realidade na qual o texto está inserido. Tendo em vista todos os elementos concretos da prestação jurisdicional no Brasil, a interpretação do artigo 52, X da CRFB não há de ficar restrita ao sentido literal nele exposto. É dever do intérprete realizar um cotejo entre os elementos fáticos e o conteúdo do direito. Nesse sentido, as circunstâncias fáticas exigem que se atribua um novo significado ao texto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, A. V. A. N. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978.

ARAÚJO, S. C. A. *A tese de mutação constitucional da resolução suspensiva do Senado Federal e o processo de sufocamento do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, após a Emenda Constitucional nº 45/2004*. 2011.

AZEVEDO, J. A. M. de. *Elaborando a Constituição Nacional: Atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Ed. fac-similiar. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

CAVALCANTE, B. R. *A teoria da abstrativização no controle difuso. O artigo 52, inciso X, da Constituição Federal sofreu mutação constitucional?* Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/teoria-da-abstrativizacao-no-controle-difuso-12012018>>. Acesso em jun. 2019.

CRAMER, R. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES, A. R. *Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade*. 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/125>. Acesso em mar. 2019.

GOMES, M. L. M. *A possibilidade do controle fraco de constitucionalidade e a função política da jurisdição constitucional*. 64f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

JUNIOR, E. P. L.; BATISTA, C. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Editora Unijuí - Ano XXVII - n. 50./dez. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7998>. Acesso em jun. 2019.

LEMOS JÚNIOR, E; BATISTA, C. (2019). *Precedentes judiciais e o*

sistema jurídico brasileiro de tradição civil law. Revista Direito Em Debate, 27(50), 50-63. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2018.50.50-63>. Acesso em jun. 2019.

MARANHÃO, M. W. V de M. A “*Objetivação*” do Controle Difuso-Incidental de Constitucionalidade no Brasil: as evidências jurisprudenciais e legislativas. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-objetivacao-do-controle-difuso-incidental-de-constitucionalidade-no-brasil-as-evidencias-jurisprudenciais-e-,55297.html>. Acesso em mar. 2019.

MENDES, G. F. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>. Acesso em mar. 2019.

MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

NETO, F. L. R. C; MARINHO, N. de M. *O papel do amicus curiae no sistema jurídico brasileiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/opinio-papel-amicus-curiae-sistema-juridico-brasileiro>. Acesso em mar. 2019.

OLIVEIRA, R. de J. *O precedente vinculante formado a partir da ratio decidendi nas ações de controle concentrado abstrato de constitucionalidade e o mecanismo de controle à luz do novo Código de Processo Civil*. Revista da EJUSE, nº 25, 2016 – Doutrina.

PAIVA, C. T. *A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle concreto de constitucionalidade*. Revista da AGU. Brasília, ano 7, n. 17, 2008. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/323>. Acesso em mai. 2019

PEDRON, F. Q; OMMATI, J. E. M. *Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 19, n. 119, p. 645-668, out. 2017/jan. 2018.

STRATZ, M. *Precedentes vinculantes à brasileira?* Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/8674>. Acesso em jun. 2019.

STRECK, L. L. *Anexo: complemento da quatrologia sobre “precedentes no Brasil”*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anexo-senso-incomum.pdf>. Acesso em jun. 2019.

STRECK, L.; ABOUD, G. *O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?* In: DIDIER JR, Freddie et al. (org.). *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3.

TARUFFO, M. *Páginas sobre justicia civil*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

THEODORO JÚNIOR, H. *Common Law e Civil Law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas*. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2019/02/06/common-law-e-civil-law-aproximacao-papel-da-jurisprudencia-e-precedentes-vinculantes-no-novo-codigo-de-processo-civil-demandas-repetitivas/#_ftn30. Acesso em jun. 2019.

VIANA, A. A. S. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*/ Antônio Aurélio de Sousa Viana, Dierle Nunes. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VILELLA, I. de A. *O papel do Senado no controle de constitucionalidade*. 75 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito)— Universidade de Brasília, Brasília, 2015.



ISSN: 1981-8684 (IMPRESSO)
ISSN: 2177-6458 (ELETRÔNICO)