



UNICORP

UNIVERSIDADE CORPORATIVA
MINISTRO HERMES LIMA



Revista
Educação
para a
Justiça

Coletânea de artigos dos principais eventos do Biênio 2022/2024

1ª EDIÇÃO





Revista
Educação
para a **Justiça**

– 1ª EDIÇÃO –

Revista
Educação
para a **Justiça**

COMPOSIÇÃO DA UNICORP

DIRETOR GERAL

Des. Mário Albiani Júnior

DIRETOR-ADJUNTO

Des. José Aras

COORDENADOR-GERAL

Juiz Paulo Roberto Santos de Oliveira

SECRETÁRIO-GERAL

Dr. Marcus Vinícius Fernandes

CAPA

Assessoria de Comunicação do PJBA

EDITORAÇÃO

Assessoria de Comunicação do PJBA

5ª Avenida do CAB nº 560, anexo 2, 5ª andar,
CEP 404425-060 - Salvador - Bahia

Tel: (71) 3483-3811 / 3819 | www.tjba.jus.br/unicorp | unicorp@tjba.jus.br

Educação para a Justiça / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia –
ano.1, n.1, (jan. 2024) – Salvador: Universidade Corporativa do
TJBA, 2024 -

Bienal.

Subtítulo: Coletânea de artigos dos principais eventos do biênio
2022/2024.

1. Direito – periódicos. 2. Estudos jurídicos – periódicos. I.
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. II. Universidade Corporativa
do TJBA.

CDD: 340.05

CDU: 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Coordenação de Bibliotecas
do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.



UNICORP

UNIVERSIDADE CORPORATIVA
MINISTRO HERMES LIMA



CARTA AO LEITOR

É com grande satisfação que apresentamos a Revista Educação para a Justiça. Esta publicação consolida a discussão de importantes temas jurídicos que foram abordados durante os eventos realizados pela UNICORP no biênio 2022/2024, numa coletânea de artigos compilados para incrementar a produção acadêmica da Universidade Corporativa.

Durante este biênio a Universidade Corporativa adotou a iniciativa estratégica de dinamizar e pluralizar o acesso ao conhecimento jurídico. Assim, nossa atuação foi direcionada à abertura deste locus educacional com a sociedade, através inúmeros eventos que buscaram lançar luzes e acender discussões sobre os mais variados temas da ciência jurídica, e também com a descentralização da UNICORP para o interior da Bahia.

Esta revista é um apanhado da contribuição acadêmica dos juristas que colaboraram com o trabalho realizado pela UNICORP ao longo deste biênio, e certamente engrandecerá o portfólio desta Escola Judicial, consolidando-se como um mais instrumento de disseminação de conhecimento pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

Parabenizamos a toda a equipe da Universidade (servidores, colaboradores e estagiários) e demais Setores Administrativos do Tribunal de Justiça, aos Juízes e Desembargadores que participaram dos eventos educacionais promovidos, bem assim aos Ministros, Conselheiros e Desembargadores de outros Estados e demais autoridades que contribuíram para a disseminação do conhecimento no Poder Judiciário da Bahia.

Registramos também nosso especial agradecimento ao Presidente deste Tribunal, Desembargador Nilson Castelo Branco, que proporcionou todo o apoio necessário às atividades da Universidade Corporativa, estimulando a disseminação do conhecimento plural, transversal e democrático, em consonância com sua postura ética, de notável saber jurídico, comprometida com a construção de um Poder Judiciário eficiente, responsável e inclusivo em todos os níveis, em prol do aprimoramento da prestação jurisdicional.

Esperamos que desfrutem da leitura dos artigos aqui reunidos, e que eles contribuam para o aprofundamento do entendimento das complexidades da justiça contemporânea.

Desejamos a todos e a todas uma excelente leitura!

DES. MÁRIO ALBIANI ALVES JÚNIOR
Diretor-Geral
da Unicorp

PAULO ROBERTO SANTOS DE OLIVEIRA
Coordenador-Geral
da Unicorp

DES. JOSÉ ARAS NETO
Diretor-Adjunto
da Unicorp

MARCUS VINICIUS FERNANDES
Secretário-Geral
da Unicorp

SUMÁRIO

INDULTO E ENCARCERAMENTO NO ESTADO DE DIREITO	11
ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA	
PROCESSO PENAL MILITAR E COISA JULGADA	26
ANISSARA TOSCAN	
O RATEIO UNIVERSAL DOS ATIVOS COMO GARANTIA DA IGUALDADE NO PROCEDIMENTO FALIMENTAR: NA CONTRAMÃO DA LEI DE FALÊNCIAS	35
ARGEMIRO DE AZEVEDO DUTRA FABIANO NOBRE SANTOS PEREIRA CAJAZEIRA	
CONTROLE DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: INSPEÇÃO E MONITORAMENTO DE PRISOES E DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE	51
CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ	
A SUSPENSÃO DE EXECUÇÕES FISCAIS CONTRA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES	71
CÁSSIO CAVALLI	
NOVOS CENÁRIOS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR	83
CLENIO JAIR SCHULZE	
O DIREITO FUNDAMENTAL À PROFISSIONALIZAÇÃO DE SOCIOEDUCANDOS (AS) QUE CUMPREM MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO EM SALVADOR: ABORDAGEM CRÍTICO-ANALÍTICA	96
ANDREA ARIADNA SANTOS CORREIA EVANDRO LUÍS SANTOS DE JESUS NELSON SANTANA DO AMARAL	
AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO PROCESSO FALIMENTAR E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	116
LUIZA ELIZABETH DE SENA SALES SANTOS	

**A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NA PACIFICAÇÃO DOS
CONFLITOS 128**

SAMANTHA MENDES LONGO

**TRATAMENTO DIFERENCIADO DE CREDORES NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL 138**

TACIANI ACERBI CAMPAGNARO COLNAGO CABRAL

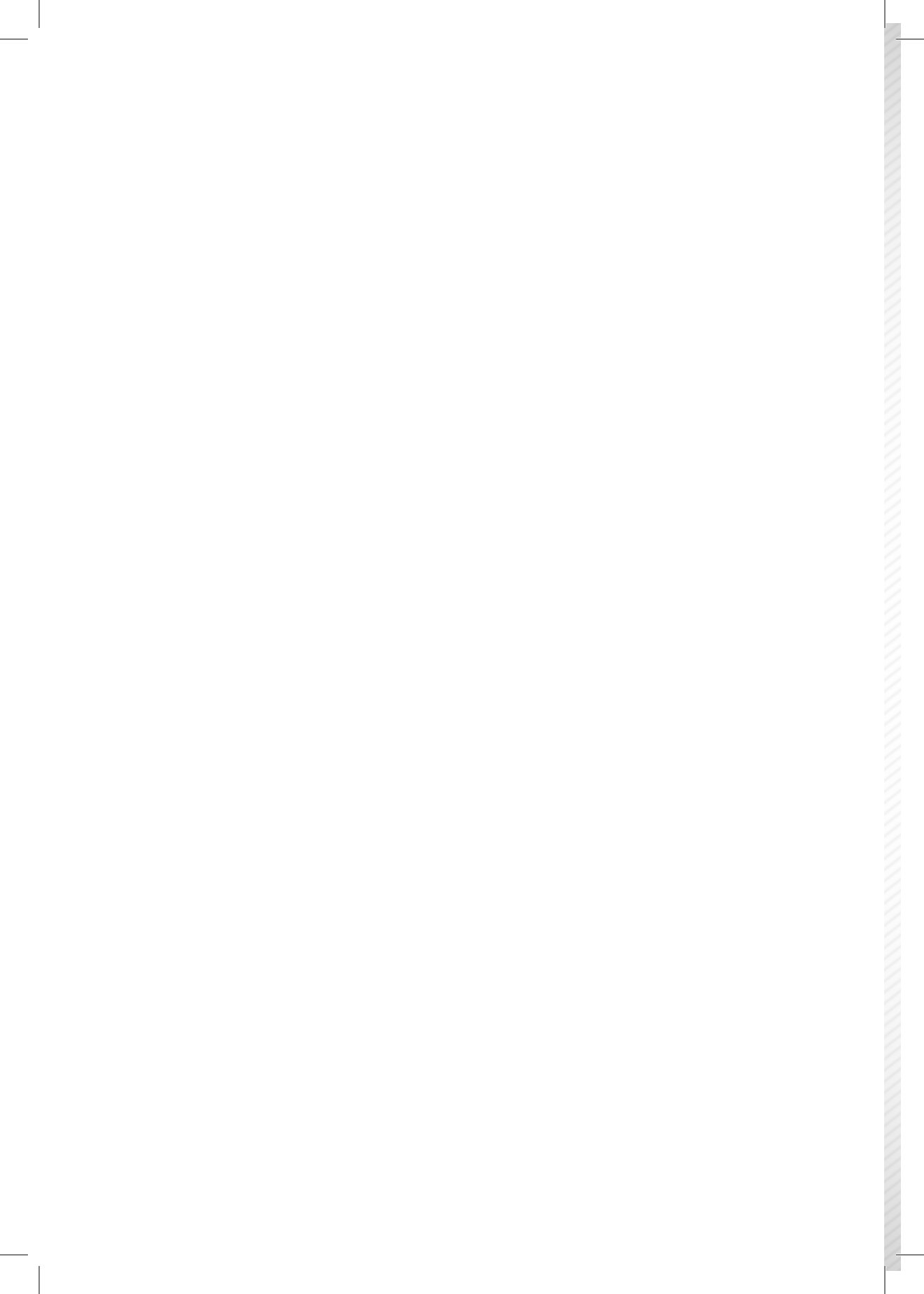
**REFLEXÕES PRELIMINARES SOBRE O §1º DO ART. 20-B DA LEI
11.101/05 NA PERSPECTIVA DO ENUNCIADO N° 03 DO FONAREF:
TENSÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL EM
PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA 154**

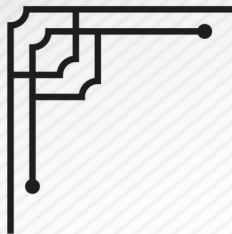
VICTOR BARBOSA DUTRA

ADRIANO SINTRA SANTOS PEREIRA

LEONARDO VIANA SILVA

LARISSA BLEZA CABRAL SOUZA

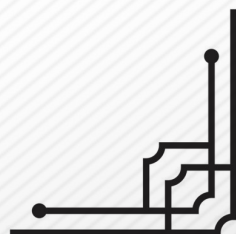




INDULTO E ENCARCERAMENTO NO ESTADO DE DIREITO



ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA



INDULTO E ENCARCERAMENTO NO ESTADO DE DIREITO

PRESIDENTIAL PARDON AND THE RULE OF LAW

ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA¹

Sumário: 1 Introdução; 2 O indulto como instrumento de proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade; 3 Direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade; 4 O indulto como estratégia de enfrentamento da superpopulação carcerária; 5 Considerações finais.

RESUMO

Trata da configuração da atribuição de graça no Estado de Direito, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, pondo em questão o consenso produzido quanto ao caráter derogatório do instituto em relação ao princípio da separação de poderes e, por consequência, os discursos que refutam a utilização ampla do indulto como medida desencarceradora. Aborda o desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, em especial, o direito à integridade pessoal e à reinserção social. Discute também o papel do indulto como estratégia contra o tratamento desumano ou degradante em contexto de superpopulação prisional.

Palavras-chave: execução penal; direitos humanos; prisão; pena; direito internacional.

ABSTRACT

This article deals with the design of the presidential power to pardon under the Rule of Law, as an instrument to the effective protection of the rights of incarcerated people, questioning the consensus about the derogatory nature of the institute regarding the principle of separation of powers and, consequently, the discourses that oppose the unrestricted use of the collective pardon as a measure to reduce prison population. It addresses the development of the rights of incarcerated people within the normative framework of the International Human Rights Law, namely the right to personal integrity and social reintegration. It also discusses the role of the collective executive pardon as strategy to fight inhuman or degrading treatment in the context of prison overcrowding.

Keywords: penitentiary law ; human rights; Prison; Constitution; Punishment;

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá e Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.

1 Introdução

O desenvolvimento normativo dos direitos das pessoas privadas de liberdade contribuiu para o reconhecimento da precariedade das condições de detenção e, mais especificamente, da superpopulação carcerária, como hipótese de violação dos direitos das pessoas privadas de liberdade à integridade pessoal e reinserção social. Dentre as várias estratégias utilizadas para o enfrentamento da superpopulação carcerária e proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, destaca-se a edição de decretos de indulto, no exercício da atribuição presidencial de graça.

No caso brasileiro, decretos de indulto foram editados todos os anos desde o fim de República Velha até 2017, tradicionalmente na época das festas natalinas, podendo-se observar, nas últimas décadas, uma tendência de gradual ampliação de alcance e efeitos, para abranger penas mais longas, medidas de segurança e penas restritivas de direitos, além da multa, de forma a reduzir a população carcerária.

Entretanto, o instituto tem sido alvo de inúmeras críticas pela doutrina e jurisprudência, identificando-se uma tendência de se adotar uma visão restritiva, reduzindo sua aplicação a hipóteses excepcionais e irrepetíveis. Mais do que isso, um dos últimos decretos de indulto editados no país (Decreto 9.246/2017, editado pelo então Presidente Michel Temer), foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5874/DF, tendo-se decidido em sede liminar pela restrição significativa dos efeitos do Decreto.

Ainda que a cautelar não tenha sido referendada pelo Supremo Tribunal Federal, após as decisões produzidas na ADI 5874/DF, deixou-se de editar decreto de indulto em 2018 e, posteriormente, restringiu-se significativamente o âmbito de aplicação do indulto e o instituto deixou de ser utilizado, portanto, como medida desencarceradora, limitando-se sua incidência a hipóteses de enfermidade grave ou de crimes praticados por membros do sistema nacional de segurança pública (Dec. 10.189/19 e Dec. 10.590/20).

Além disso, foi declarada a inconstitucionalidade do Decreto que concedeu “graça constitucional” ao então Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 964 (ADPF 964).

Nesse contexto, propõe-se uma análise da configuração da atribuição de graça no Estado de Direito, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, pondo em questão o consenso produzido quanto ao caráter derogatório do instituto em relação ao princípio da separação de poderes e, por consequência, os discursos que refutam a utilização ampla do indulto como medida desencarceradora.

Na primeira seção, será abordada a atribuição presencial de graça e mais especificamente a modalidade coletiva, o indulto, como instrumento de proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

O segundo tópico destina-se a expor brevemente o processo de positivação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com destaque para os direitos à integridade pessoal e à reinserção social.

A terceira seção tratará da superpopulação carcerária e das violações dos direitos das pessoas privadas de liberdades que o problema acarreta, apontando-se o indulto como instrumento de redução da superpopulação carcerária.

Ao final, será apresentado um apanhado sintético das questões abordadas, expondo-se as conclusões resultantes do desenvolvimento do tema proposto.

2 O indulto como instrumento de proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade

O artigo 84 da Constituição da República do Brasil, o qual enumera as atribuições do Poder Executivo, prevê, no inciso XII, atribuição para conceder indulto e comutação. Conteúdo similar é encontrado nas Constituições alemã, belga, francesa, italiana, portuguesa e norte-americana, em normas constitucionais de organização, que definem a atribuição de órgãos constitucionais (Fabri, 2007, p.321).

No direito brasileiro, o indulto é uma espécie do gênero graça de caráter coletivo. Destina-se a um número indeterminado de condenados e é delimitado pela natureza do crime e quantidade de pena aplicada, desde que preenchidos os requisitos previstos no provimento (Bitencourt, 2010, p.804).

O indulto não extingue o crime, e sim a punibilidade, aplicando-se tanto às penas principais quanto às acessórias (Fragoso, 1994, p.402)². Subsistem os demais efeitos penais e extrapenais da sentença condenatória. Constitui atribuição do chefe do Poder Executivo, com prévia audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (Bruno, 2009, p.139).

São modalidades do gênero graça: o indulto, a graça em sentido estrito ou indulto individual e a comutação de pena. Cada um desses termos designa um tipo de provimento de graça, com regime jurídico que varia de país para país.

A graça tem sido conceituada como decisão extrajudiciária que impossibilita total ou parcialmente a execução da pena criminal, tratando-se, segundo grande parte da doutrina, de um resqúicio do poder divino das monarquias absolutistas, que se caracteriza, até mesmo nos dias atuais, por um inafastável grau de irracionalidade.

A graça constituiria, segundo Figueiredo Dias (2005), uma “válvula de segurança do sistema”, um ato de tolerância da ordem jurídica perante modificações supervenientes, de “caráter excepcional, das relações comunitárias ou da situação pessoal do agraciado”, ou ainda, “instrumento de correção de erros legislativos ou judiciários, em “casos excepcionalíssimos.” Seria uma atribuição reservada a “um poder global, “supraordenado aos três poderes separados, onde o direito e a graça se misturavam” (Dias, 2005, p.687), ressalvando-se a exigência de oitiva do Governo como traço que insere o instituto no Estado de Direito.

Nessa perspectiva, a graça teria sido mantida no Estado Democrático de Direito em detrimento do princípio constitucional da separação de poderes, na medida em que importa invasão, pelo poder executivo, das esferas de atuação típicas dos poderes legislativo e judiciário.

Adota-se, assim, majoritariamente, uma abordagem restritiva, atrelada à concepção clássica da separação de poderes, centrada no conceito iluminista da lei como seu principal ponto de referência.

A graça seria incompatível com essa concepção dogmática de repartição de tarefas, constituindo formalmente um ato administrativo, mas materialmente legislativo, visto que inova na ordem jurídica (estabelecendo pressupostos e consequências específicas e criando direitos), ou jurisdicional, já que tem efeitos retroativos, atingindo os efeitos de decisões judiciais.

Entretanto, com as rápidas transformações da sociedade técnica e pelas necessidades de um Estado garantidor de liberdades positivas, “não há lugar”, como observado por Bonavides (2001), “para a prática de um princípio rigoroso de separação”.

2 Diverso é o entendimento adotado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conforme REsp. 450.444- RS, publicado no DJ em 08/09/2003 (Brasil, STJ, 2003).

Os órgãos legislativos deixaram de atuar exclusivamente na produção de normas gerais e abstratas com caráter prospectivo, segundo o modelo estabelecido com base no conceito iluminista de lei, passando, também, a atuar na persecução dos objetivos do Estado. A lei perdeu os atributos de generalidade e abstração para atender às necessidades conjunturais, mediante medidas econômicas de duração limitada.

No que tange ao poder executivo, o processo de descentralização legislativa se dá de dois modos, a saber: pela intervenção do executivo no procedimento de elaboração (por meio dos institutos de sanção, veto, promulgação e publicação do ato normativo de lei), ou pelo exercício da função de elaborar a lei, em sentido formal ou em sentido material, por parte do executivo.

A necessidade de proteção de liberdades positivas e de direitos sociais redimensionou também o papel do judiciário na divisão de poderes estatais. Na teoria clássica de separação de poderes, reservava-se ao judiciário uma função subalterna ao poder legislativo, competindo-lhes atos de subsunção do fato à norma geral editada pelo poder legislativo soberano. Neutralizava-se politicamente a atividade jurisdicional, exigindo-se que o juiz fosse imparcial e apatidário no desempenho de suas funções.

Com o desenvolvimento do Estado social e da sociedade tecnológica, atribuiu-se ao judiciário, além do exame da responsabilidade pessoal – atividade voltada para o passado –, o controle do exercício do poder de legislar, tendo em vista a meta de concretização dos objetivos fixados constitucionalmente.

Baseada na experiência constitucional superficialmente resumida acima é que a doutrina constitucional aponta o processo de flexibilização da divisão de poderes estatais. Em lugar do equilíbrio entre poderes que se inibem mutuamente, como pretendia a teoria clássica de separação de poderes, o que se observa é uma predominância cíclica de cada um deles em diferentes contextos históricos.

Constata-se que o princípio constitucional de separação de poderes “expirou desde muito como dogma da ciência” (Bonavides, 2000, p.186). Tornou-se, assim, de pouco interesse a elaboração de teorias de classificação das funções estatais, prevalecendo a importância da análise das funções do Estado como princípio materializado no texto de uma determinada Constituição concreta.

Nessa perspectiva, a relação entre a atribuição de graça e o princípio da separação de poderes não pode ser estabelecida aprioristicamente e em abstrato. O sistema de racionalização do poder político por freios e contrapesos, elemento estrutural do Estado de Direito, é concretizado no texto constitucional.

Eventual conflito entre atribuição constitucional de graça e o princípio de separação de poderes somente pode ser apontada em caso de desequilíbrio entre poderes estatais, com a supremacia de um deles em detrimento dos demais, no contexto de uma determinada Constituição.

O caráter excepcional da atribuição de graça não pode ser presumido, portanto, como consequência necessária da divisão de funções estatais. O estabelecimento de pressupostos de excepcionalidade e limitações qualitativas ou quantitativas – como, por exemplo, vedação da modalidade coletiva –, pode ser resultado, e não premissa, do processo de interpretação da Constituição.

A atribuição de graça constitui uma das poucas hipóteses de atuação discricionária do poder executivo no âmbito do sistema penal, de forma que a restrição excessiva da atribuição é que poderia vir a configurar violação do princípio da separação de poderes.

Embora o executivo tenha a oportunidade de intervir em matéria penal por meio do poder de iniciativa e de veto presidenciais, predominam, no que se refere

à elaboração de leis penais, as decisões político-criminais produzidas no âmbito legislativo.

Também no que diz respeito à aplicação das leis penais, a atuação do poder executivo restringe-se às atividades persecutórias, desenvolvidas pelo ministério público e pela polícia, nos estreitos limites impostos pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal.

Mesmo no que se refere à execução penal, a atuação do poder executivo é pautada e limitada pelo princípio da legalidade, sendo consideravelmente reduzida a margem de discricionariedade da administração quanto às questões penitenciárias, tendo em vista o reconhecimento do apenado como sujeito de direitos e o caráter jurisdicional da execução.

A atribuição de graça constitui, portanto, uma das poucas hipóteses de atuação discricionária do poder executivo na materialização das opções de política criminal estabelecidas em sede constitucional e proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema penal.

A restrição excessiva da atribuição importaria, assim, o desequilíbrio da repartição de poderes no âmbito do sistema penal, configurando violação do princípio da separação de poderes.

O indulto ou graça coletiva constitui, portanto, instituto jurídico, inserido no Estado de Direito pelo legislador constituinte originário, como oportunidade de intervenção do poder executivo no sistema penal, devendo sua prática orientar-se para a efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

3 Direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade

A progressiva universalidade dos direitos de liberdade (os chamados direitos de primeira geração) teve como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), e tem se manifestado na conformação do direito internacional dos direitos humanos desde então.

Esse processo de universalização tem contribuído, por sua vez, para uma ampla positivação dos direitos das pessoas privadas de liberdade na ordem jurídica internacional, desenvolvendo-se a normatização da privação de liberdade simultaneamente na esfera estatal – a partir do reconhecimento da posição jurídica de sujeitos de direitos das pessoas privadas de liberdade, na maioria dos ordenamentos jurídicos orientados pelos princípios da tradição penal-iluminista – e no âmbito do direito internacional, no contexto da consolidação do direito internacional dos direitos humanos, especialmente a partir de meados do século XX.

Apontam-se como principais marcos desse processo de internacionalização: i) a aprovação das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (RMTP), no 1º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime de 1955; ii) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP); e iii) a Convenção contra Tortura ou outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanas e Degradantes (CAT) de 1984. Assim, diversos documentos internacionais inseriram direitos das pessoas privadas de liberdade no rol de direitos fundamentais, destacando-se especialmente os direitos à integridade pessoal e à reinserção social.

O direito à integridade pessoal foi concretizado no direito internacional dos direitos humanos através da proibição de penas cruéis e desumanas em diversos instrumentos, como na Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 5), nas Re-

gras Mínimas para o Tratamento de Presos das Nações Unidas (1955), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1967), Convenção contra a Tortura (1984), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), na Convenção Americana de Combate à Tortura), entre outros.

Embora os primeiros tratados de direitos humanos tenham incorporado a proibição de tortura e de tratamento desumano e degradante das pessoas privadas de liberdade, não foram estabelecidas definições das condutas, cabendo, assim, à jurisprudência dos órgãos supranacionais de direitos humanos desenvolver conceitos, critérios e parâmetros para a delimitação do alcance da vedação.

Assim, o conceito de tortura foi desenvolvido, inicialmente, pela antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos (ComEDH) e, posteriormente, na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH)³, identificando-se uma evolução gradual na abordagem do tema, no sentido de se flexibilizar os critérios e parâmetros de definição da conduta para ampliar o âmbito de aplicação da vedação⁴.

A flexibilização desses parâmetros contribuiu para caracterização da violação à integridade pessoal pela precariedade das condições de detenção na jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos.

Assim, a partir dos anos 2000, a CtEDH adotou postura atuante em relação aos direitos das pessoas privadas de liberdade, ao entender, no caso *Kudla v. Polônia* (2000), que uma pena de prisão não pode submeter o interessado a sofrimentos cuja intensidade exceda o nível inevitável inerente à detenção⁵.

No caso *Dougoz e Peers v. Grécia* (2001), por sua vez, constatou-se que as condições de vida deficientes seriam suficientes para caracterizar uma violação do art. 3º, dispensando-se a vontade de humilhação do indivíduo preso, especialmente nos casos de superpopulação crônica e não observância das regras de higiene.

No que se refere à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), pode-se identificar uma tendência de harmonização com a jurisprudência europeia nas decisões que tratam da violação do direito à integridade pessoal em razão da precariedade das condições de detenção.

Assim, o caso *Kudla c. Polônia* (2000)⁶ foi mencionado em diversas decisões da CtIDH (*Instituto de Reeducação del Menor c. Paraguai*, 2004⁷; caso *Tibi c. Equador*, 2004⁸; caso *Yvon Neptune v. Haiti*, 2008⁹), para amparar o entendimento segundo o qual o Estado tem a obrigação de proporcionar às pessoas privadas de liberdade condições mínimas compatíveis com sua dignidade.

Também a reinserção social pode ser vista como um direito materialmente fundamental (Trindade, 1992; Oliveira, 2018). Entretanto, o modelo de reinserção fornecido pelo direito internacional dos direitos humanos tem sido reinterpretado no

3 CtEDH. *Caso Irlanda v. Reino Unido*. Aplicação 5310/71. Julgamento de 13 de dezembro de 1977.

4 CtEDH. *Caso Selmouni v. França*. Aplicação n. 25803/94. Julgamento de 28 de julho de 1999.

5 CtEDH. *Caso Kudla v. Polónia*. Aplicação 30210/96. Julgamento de 26 de Outubro de 2000. Sobre o tema, cf. Céré (2013).

6 CtEDH. *Caso Kudla c. Polónia*. Aplicação 30210/96. Julgamento de 26 de outubro de 2000.

7 CtIDH. *Caso Instituto de Reeducação del Menor v. Paraguai*. Aplicação 11666/1996. Julgamento de 2 de setembro de 2004

8 CtIDH. *Caso Tibi c. Equador*. Aplicação 12.124/1998. Julgamento de 7 de setembro de 2004.

9 CtIDH. *Caso Yvon Neptune v. Haiti*. Aplicação 12 514. Julgamento de 06 de maio de 2008.

âmbito dos órgãos supranacionais, de forma a priorizar uma abordagem baseada na premissa do reconhecimento da dignidade da pessoa privada de liberdade.

Nessa perspectiva, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou, na Resolução 01/08, os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade, nos quais estabelece um conceito de ressocialização como “meta que o Estado tem a obrigação de perseguir”, mas que não implica tratamentos impositivos às pessoas presas, surgindo, em vez disso, “por ações construtivas disponibilizadas àqueles que tiverem interesse, aos quais, portanto, estarão acessíveis como faculdade (logo, sem a nota de cogência que se criticou) (Oliveira, 2018, p.256)¹⁰.”

A reinserção social deveria pressupor, nessa perspectiva, a “liberdade e vontade” da pessoa presa, a qual, “terá sempre a liberdade de ser diferente e nunca o dever de aprender a ser igual; o máximo que lhe pode exigir é que não pratique crimes” (Rodrigues, 2000).

Assim, as previsões expressas do direito das pessoas privadas de liberdade à atribuição de trabalho, ao exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, às visitas da família, entre outros, denotam o caráter não coercitivo da ressocialização, reforçando sua inserção no rol dos direitos fundamentais. Em outras palavras, todos esses direitos constituem especificações do direito fundamental à ressocialização.

Entretanto, a reinserção não pode se limitar à obrigação estatal de fornecer condições de reinserção na comunidade, devendo ser orientada, de acordo com o postulado fundamental da dignidade humana, em consonância com os princípios constitucionais da humanidade e da individualização das penas, para a finalidade de reduzir a níveis mínimos a imposição da pena privativa de liberdade (Cuesta Arzamendi, 2013).

A dignidade consiste, de acordo com Sarlet (2001), na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade [...]” (Sarlet, 2001, p.60).

Nessa perspectiva, todas as relações humanas que surgem da justiça em geral, e da justiça penal em particular, “devem configurar-se sobre a base do respeito à dignidade da pessoa, da solidariedade recíproca, da responsabilidade social para com os infratores [...]” (Beristain, 2003).

Entretanto, no que se refere à pena privativa de liberdade, essa concepção traz em si um paradoxo, na medida em que a autonomia íntegra necessariamente a dignidade humana e a perda dessa autonomia é inerente ao próprio encarceramento.

A pena de prisão constitui, como observou Snacken (2011), por definição, uma violação da dignidade humana, na medida em que pressupõe a privação da liberdade, implicando a privação da vida familiar social, a perda da segurança pessoal, a privação de acesso a bens e serviços, a privação de relações heterossexuais.

Tem-se observado, ainda, como decorrência do encarceramento, o fenômeno da prisionização, daí advindo a desorganização da personalidade, a perda da identidade e a aquisição de nova identidade, o sentimento de inferioridade, o empobrecimento psíquico, a infantilização, a regressão, o estreitamento do horizonte psicológico, a pobreza de experiências, as dificuldades de elaboração de planos a médio e longo prazo, a dependência, a busca de proteção (religião), a busca de soluções fáceis, a projeção de culpa no outro e a dificuldade de elaboração de planos (Sá, 2016).

10 A finalidade de reinserção não teria, assim, sido recepcionada pela Constituição, tendo em vista colisão direta com o princípio da humanidade. Nesse sentido, cf. Pavarini e Giamberardino (2018), bem como Roig (2014, p.32).

O reconhecimento de um grau de humilhação e degradação inerente à privação da liberdade vem contribuindo para a evolução de uma concepção do regime penitenciário como instrumento de redução dos riscos de prisionização.

Assim, todos os institutos ligados à execução penal devem ter como finalidade, como bem colocado por Brito (2016), “diminuir os efeitos ou evitar as consequências danosas do cárcere”, adotando “[...] dois pressupostos essenciais: 1) assegurar a máxima efetivação dos direitos humanos e 2) formular e aplicar institutos sempre voltados a diminuir a permanência do condenado na prisão” (Brito, 2016).

Além da humanização do cárcere, com o reforço das garantias individuais dos presos e com a abertura de oportunidade de relações com o mundo exterior, o princípio obriga, ainda, conforme Cuesta Arzamendi (2013), à adoção de sistemas e de mecanismos de execução atenuada da pena privativa de liberdade (prisões domiciliares, semiliberdade, limitações de fim de semana, liberdade controlada) entre outros institutos.

Assim, vem-se consolidando uma concepção da reinserção social orientada não para a reforma ou reeducação, mas para a realização de duas finalidades: a redução dos níveis de encarceramento e a disponibilização de etapas de transição entre a privação de liberdade absoluta e a liberdade plena, por meio de regimes de semiliberdade, permissões de saída, liberação antecipada, entre outros.

O direito fundamental à ressocialização da pessoa privada de liberdade implica, portanto, a imposição ao Estado do dever, acima de tudo, de limitar ou reduzir o tempo de privação de liberdade e, além disso, de fornecer condições mínimas de reinserção.

4 O indulto como estratégia de enfrentamento da superpopulação carcerária

A expansão do direito penal, o incremento dos índices de aprisionamento e problemas de superpopulação carcerária são fenômenos encontrados em diversos países, a despeito das distintas políticas criminais adotadas em cada ordenamento (Dünkel; Snacken 2005).

Taxas de ocupação elevadas implicam condições de detenção marcadamente precárias, insalubres e promíscuas, com falta de espaço vital, além da escassez de prestações essenciais, como alimentação, cuidados de saúde, educação e segurança (Japiassú, 2013). A superlotação importa, ainda, uma acentuada desproporção entre o número de pessoas presas e o de funcionários da administração prisional, intensificando-se o risco de episódios de violência entre os detentos, ou contra aqueles, por parte dos agentes do Estado.

Além de configurar-se, portanto, um quadro grave de violação de direitos fundamentais, as taxas de ocupação elevadas e a precariedade das condições de detenção impossibilitam que o Estado garanta a segurança no ambiente prisional.

A falta de segurança no cárcere resulta, por sua vez, na lesão aos bens jurídicos cuja proteção justifica e legitima o próprio direito penal e, mais especificamente, na frustração das finalidades da pena.

Nesse contexto, a superpopulação carcerária tem sido reconhecida na jurisprudência dos órgãos supranacionais dos Sistemas de Direitos Humanos como uma violação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, especialmente dos direitos à integridade pessoal e à reinserção social.

O desenvolvimento da jurisprudência da CtEDH para reconhecimento da precariedade das condições de detenção como forma de violação do art. 3º da Con-

venção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) contribuiu para a evolução das decisões no sentido de se impor aos Estados-membros a obrigação de controlar a superpopulação carcerária¹¹. Nesse contexto, os juízes europeus estabeleceram a exigência de um espaço mínimo de vida individual de três metros quadrados, em celas compartilhadas¹².

No que diz respeito ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a base normativa foi determinante para o desenvolvimento de uma jurisprudência de proteção de direitos das pessoas presas, na medida em que, ao contrário da Convenção Europeia, a Convenção Americana inclui, expressamente, no âmbito de proteção do artigo 5, que disciplina o direito à integridade pessoal, os direitos das pessoas presas, impondo o tratamento compatível com o respeito à dignidade humana.¹³

Assim, os direitos das pessoas privadas de liberdade vêm representando grande parte da atuação da CtIDH, de forma que, em 2004, foi instituída formalmente a Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Presas, com mandato de monitorar a situação das pessoas submetidas a qualquer forma de privação de liberdade nos Estados membros da OEA, realizar visitas aos Estados, promover os mecanismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para proteger os direitos de pessoas privadas de liberdade e preparar informes e recomendações especializados dirigidos aos Estados-Membros da OEA.

A questão da superpopulação carcerária foi abordada em todos os informes da Relatoria, podendo-se observar uma evolução no tratamento do tema no sentido de se reconhecer a contribuição das decisões político-criminais produzidas nos ordenamentos jurídicos nacionais para o crescimento das respectivas populações carcerárias.

No *Informe sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, publicado em 2011, a Comissão sublinhou que o problema de superlotação deve ser reconhecido como fator que pode chegar a constituir em si mesmo tratamento cruel, desumano ou degradante (OEA, 2011, p.7).

Também no Informe sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, publicado em 2013, houve reiteradas alusões ao problema da superpopulação, mencionando-se como referência o padrão estabelecido pela Corte EDH no caso *Ananyev v. Rússia*¹⁴.

No que diz respeito aos casos concretos submetidos à apreciação da Comissão, identifica-se a questão da superpopulação como situação que gera ou potencializa um quadro de graves violações de direitos das pessoas presas em razão das más condições de detenção¹⁵.

11 Ao contrário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 10, par. 2) e da Convenção Americana de Direitos do Homem (artigo 5, par. 2), os quais estipulam que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade humana.

12 Nessa perspectiva, a constatação de condições de vida deficientes no ambiente carcerário seria suficiente, de acordo com Céré (2013), para caracterizar uma violação do art. 3º, dispensando-se a vontade de humilhação do indivíduo preso por parte da administração penitenciária, especialmente nos casos de superpopulação crônica e não observância das regras de higiene.

13 OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 5: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

14 CtEDH. Caso *Ananyev e outros v. Rússia*. Caso 42525/07.

15 ComIDH. Informe 81/06. Petição 394-02. Admissibilidade. *Pessoas Privadas de Liberdade no Cárcere de Urso Branco v. Brasil*. 21 de outubro de 2006. A Comissão atuou de forma semelhante no caso *Pessoas privadas de liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá, São Paulo v. Brasil*. Informe 41/08. Petição 478=07. Admis-

A jurisprudência da CtIDH vem evoluindo similarmente, no sentido de se reconhecer a superpopulação carcerária, por si só, como tratamento desumano ou degradante.

Inicialmente, a Corte reconhecia a violação da integridade pessoal da pessoa presa em razão da conjugação da superpopulação com outras circunstâncias, como, por exemplo, falta de higiene, iluminação natural, ventilação¹⁶, tratamento médico inadequado, ausência de cama para repouso¹⁷, isolamento ou restrições à comunicação¹⁸, isolamento em cela reduzida¹⁹, restrições indevidas ao regime de visitas²⁰, indisponibilidade de água²¹.

Entretanto, no caso Pacheco Teruel e outros v. Honduras, a Corte reconheceu a superlotação, por si só, como violação da integridade pessoal, fazendo-se referência, para tanto, às normas internacionais.

Constata-se, portanto, uma evolução da jurisprudência da Corte IDH no sentido de reconhecer a superlotação como violação da integridade pessoal, ou seja, tratamento desumano ou degradante, independentemente da concorrência de outras condições inadequadas de detenção²².

O problema da superpopulação tem sido enfrentado por meio de dois tipos de estratégia, quais sejam: 1º o *front-door*, e 2º o *back-door*. A estratégia *front-door* busca evitar o ingresso do condenado na prisão, podendo consistir em uma pena principal ou em uma alternativa à execução da pena privativa de liberdade, como a suspensão condicional da pena ou substituição dessa por prestação de serviços à comunidade. Por sua vez, o modelo *back-door* pressupõe uma redução do tempo do condenado de forma a proporcionar uma readaptação gradual do presidiário ao meio extramuros, seja por meio da substituição do período restante a ser cumprido no cárcere pelo monitoramento eletrônico, seja por meio da liberdade antecipada decorrente de livramento condicional ou indulto (Japiassú, 2014).

A utilização do indulto como forma de solução, ainda que temporária, do problema de superpopulação carcerária é objeto de críticas e questionamentos, tanto pela doutrina quanto pelos meios de comunicação. Sustenta-se que a aplicação indiscriminada e a edição reiterada de atos de indulto caracterizam abuso da atribuição, por ultrapassar os limites de excepcionalidade e irrepetibilidade, além de importar violação ao princípio constitucional da igualdade (Dünker, 2005, p.46; Dimoulis, 1996, p.426).

Entretanto, o indulto constitui, como já mencionado acima, instituto jurídico, inserido no Estado de Direito como oportunidade de intervenção do poder executivo no sistema penal, devendo sua prática orientar-se para a efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

sibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá v. Brasil. 2e de julho de 2008. Informe 36/07. Petição 1113-06. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade nas Celas da 76ª Delegacia de Polícia de Niterói v. Brasil. 21 de julho de 2007. Informe 34/14 Petição 495-07. OEA/Ser/L/V/II.150. Doc. 38 4 de abril de 2014.
16 CtIDH Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros v. Trinidad y Tobago, 2002. Caso Caesar v. Trinidad e Tobago, 2005. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela, 2006.

17 CtIDH. Caso López Álvares v. Honduras, 2006.

18 CtIDH. Caso Fermin Ramirez v. Guatemala, 2005. Caso Tibi v. Ecuador, 2004.

19 CtIDH. Caso Lori Berenson Mejia v. Perú, 2004.

20 CtIDH. Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala, 2005. Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, 2006. Yvon Neptune v. Haiti, 2008. Caso Fleury e outros v. Haiti, 2011.

21 CtIDH. Caso Pacheco Teruel e outros v. Honduras, 2012.

22 CtIDH. Caso Pacheco Teruel v. Honduras, 2012.

Assim, a adequação da utilização do indulto como instrumento de controle da superpopulação carcerária deve ser verificada com base na sua contribuição para a efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade²³.

O sistema penitenciário brasileiro apresenta a terceira maior população carcerária do mundo (ICPR, 2020), contando 667.541 presos e taxa de encarceramento de 317 presos por cada 100.000 habitantes em 2020 (DEPEN, 2022).

O número de vagas nas unidades prisionais (454.243 em 2020) está significativamente aquém da demanda, configurando-se, portanto, um grave quadro de superpopulação carcerária.

Trata-se de problema estrutural, uma vez que, não obstante a introdução na legislação de substitutivos penais e alternativas à privação de liberdade, persiste a tendência de crescimento da taxa de encarceramento no Brasil, não se identificando, porém, projetos de longo prazo destinados ao enfrentamento da questão, além de um esforço governamental para a ampliação do número de vagas e a edição de indultos natalinos.

Nesse contexto, o exercício da atribuição de indultar para fins de redução da população carcerária constitui um importante instrumento de intervenção no sistema penal pelo chefe do Poder Executivo, possibilitando o enfrentamento da população carcerária no âmbito da execução da pena privativa de liberdade.

A edição de decretos coletivos de indulto de amplo alcance destinado à redução da população carcerária se apresenta como instrumento de enfrentamento do problema de superpopulação carcerária e constitui, portanto, mecanismo de efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade à integridade pessoal e à ressocialização.

5 Considerações Finais

Com a universalização dos direitos fundamentais, diversos instrumentos internacionais inseriram os direitos das pessoas privadas de liberdade no rol de direitos fundamentais, destacando-se especialmente os direitos à integridade pessoal e à reinserção social.

A superpopulação carcerária tem sido reconhecida, na jurisprudência dos órgãos supranacionais dos Sistemas de Direitos Humanos, como uma violação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, notadamente integridade pessoal e reinserção social.

O indulto constitui instituto jurídico, inserido no Estado de Direito pelo legislador constituinte originário, como oportunidade de intervenção do poder executivo no sistema penal, devendo sua prática orientar-se para a efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Os indultos coletivos destinados à redução da população carcerária constituem mecanismo de concretização do princípio da humanidade das penas e mecanismo de efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

23 Para Dimoulis (1996, p.426), o indulto para fins de controle do efetivo carcerário se justifica na medida em que contribui para a prevenção negativa, por meio da redução dos índices de reincidência..

Referências

BERISTAIN, Antonio. Axiomas Fundamentales de la Criminología ante la Globalización y la Multiculturalidad. **Eguzkilore**, San Sebastián, n. 17, diciembre 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 450.444-RS. **Diário da Justiça**, Brasília – DF, 8 set. 2003.

BRITO, Alexis Couto. Fundamentos e Limites da Execução Penal no Estado Democrático de Direito. **Delictae**, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2016.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, ano 1, v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: <https://www.google.fr/search?q=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDPGB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&rlz=1C1EJFA-enBR711BR729&oq=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDPGB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&aqs=chrome..69i57.1023j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. CtEDH. **Caso Irlanda v. Reino Unido**. Aplicação 5310/71. Julgamento de 13 de dezembro de 1977.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. CtEDH. **Caso Kudla v. Polonia**. Aplicação 30210/96. Julgamento de 26 de outubro de 2000.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. CtEDH. **Caso Selmouni v. França**. Aplicação n. 25803/94. Julgamento de 28 de julho de 1999.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. CtEDH. **Caso Ananyev e outros v Russia**. Caso 42525/07. 2012.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la. El principio de humanidad em Derecho Penal. **Revista Penal México**, n. 4, marzo-agosto de 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Begnadigung in Vergleichender Perspektive**. Berlim: Duncker & Humblot, 1996.

DÜNKEL, Frieder ; SNACKEN, Sonja. **Les Prisons en Europe**. Paris: L'Harmattan, 2005.

FABRI, Hélène. **La Clémence Saisie par le Droit: Amnistie, Prescription et Grâce en Droit International et Comparé**. Paris: Société de Législation Comparée, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal Português: Consequências Jurídicas do Crime**. Coimbra: Coimbra, 2005.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH. **World Prison Brief**. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>. Acesso em: 21 nov. 2021.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, ano 1, v. 1, nº 1, jun. 2013.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes. **Juízo e Prisão: Ativismo Judicial no Brasil e nos EUA**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ComIDH. **Informe 81/06. Petição 394-02**. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade no Cárcere de Urso Branco v. Brasil. 21 de outubro de 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ComIDH. **Informe 34/14 Petição 495-07**. OEA/Ser/L/V/II.150. Doc. 38, 4 de abril de 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ComIDH. **Informe 36/07. Petição 1113-06**. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade nas Celas da 76ª Delegacia de Polícia de Niterói v. Brasil. 21 de julho de 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ComIDH. **Informe 41/08. Petição 478/07**. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá v. Brasil. 2 de julho de 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ComIDH. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. 2011. p. 7, 177.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Caesar v. Trinidad e Tobago**, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e otros v. Trinidad y Tobago**, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú**, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Fermin Ramirez v. Guatemala**, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Instituto de Receducação del Menor v. Paraguai**. 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso López Álvares v. Honduras**, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Lori Berenson Mejia v. Perú**, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Montero Arangu- ren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela**, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Pacheco Teruel e outros v. Honduras**, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala**, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Tibi v. Ecuador**, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CtIDH. **Caso Yvon Neptune v. Haiti**. 2002.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, Andre. **Curso de Penologia e Execução Penal**. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: Seu Fundamento e âmbito**. São Paulo: ICBCrim, 2000.

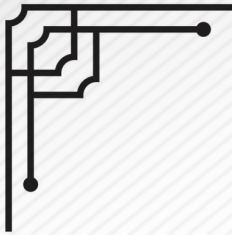
ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014

SÁ, Augusto Alvino. **Criminologia clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SNACKEN, Sonja. **Prisons en Europe: Pour une pénologie critique et humaniste**. Bruxelles: Larcier, 2011.

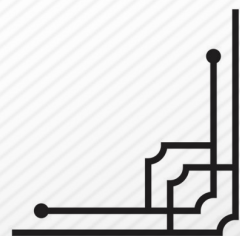
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Proteção dos Direitos humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras**. San José de Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.



PROCESSO PENAL MILITAR E COISA JULGADA



ANISSARA TOSCAN



PROCESSO PENAL MILITAR E COISA JULGADA

ANISSARA TOSCAN¹

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2 Coisa julgada: a estabilidade processual “por excelência”; 3 Efeitos da sentença penal militar nas esferas cível e administrativa; 4 A coisa julgada na hipótese de julgamento do fato pela justiça penal incompetente.

RESUMO

O presente texto apresenta algumas reflexões acerca da coisa julgada, com um recorte em atenção do processo penal militar. Expostas considerações gerais a respeito dessa estabilidade processual, são desenvolvidas duas perspectivas a respeito da estabilidade das decisões jurisdicionais que interessam à temática: (i) efeitos da sentença penal militar nas esferas cível e administrativa; e (ii) a coisa julgada na hipótese de julgamento pela justiça penal incompetente.

Palavras-chave: coisa julgada; efeitos da sentença; direito militar; estabilidade processual; segurança jurídica.

ABSTRACT

The present study presents some reflections on res judicata, with an emphasis on the military criminal procedure. After exposing general considerations regarding this procedural stability, two perspectives are developed regarding the stability of jurisdictional decisions that matter to the subject: (i) effects of military criminal sentences in the civil and administrative spheres; and (ii) res judicata in case of judgment by the incompetent criminal court.

Keywords: res judicata; effects of the sentence; Military Law; procedural stability; legal safety.

1 Considerações iniciais

O presente texto propõe reflexões acerca da coisa julgada, com um recorte em atenção à temática da I Jornada de Direito Militar, promovida pela Unicorp – Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sob a Direção-Geral do Des. Nilson Soares Castelo Branco, em 1.º de setembro de 2023.

¹ Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora em cursos de especialização em processo civil. Advogada. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

Conforme observou o Min. Artur Vidigal de Oliveira, Diretor da ENAJUM/STM, em sua excelente fala proferida no painel *A contribuição da Justiça Militar no Estado Democrático de Direito*, o direito militar costuma ser tangenciado nos bancos acadêmicos, o que enaltece a importância de iniciativas como essa.

Registro, ainda, um especial agradecimento ao Dr. Paulo Roberto Santos de Oliveira, Coordenador-Geral da Unicorp, pela especial gentileza de me incluir nesse prestigiado projeto.

2 Coisa julgada: a estabilidade processual “por excelência”

Nos processos jurisdicionais em geral, a coisa julgada é considerada a estabilidade processual “por excelência” – embora atualmente outras espécies de estabilidades processuais venham também recebendo a atenção da processualística. Desde Liebman (2007, p. 278), a coisa julgada é definida na doutrina brasileira² como a “autoridade” que torna imutável o conteúdo decisório do pronunciamento jurisdicional, tendo-se internalizado a ideia de que não se trata de um efeito da sentença, mas sim de uma qualidade que cobre a sentença (e também os seus efeitos, segundo Liebman e parte da doutrina brasileira), tornando-a imutável.

Diferenciam-se, então, a coisa julgada formal, cujo pressuposto se resume ao trânsito em julgado do processo, da coisa julgada material, esta que, além do trânsito em julgado, pressupõe o julgamento de mérito (Brasil, 2015, CPC, art. 502) ou de questão prejudicial de mérito – neste caso, observados também os requisitos previstos no art. 503, § 1º, do CPC.

A *coisa julgada formal* é compreendida como a estabilidade que faz com que a decisão se torne imutável no âmbito interno do processo, seja porque se esgotaram os recursos cabíveis contra a decisão, seja porque os prazos para os recursos se encerraram, ou ainda, porque a parte interessada praticou algum ato incompatível com o direito de recorrer (caracterizando-se, respectivamente, preclusões consumativa, temporal e lógica) (Silva, 2019, p. 106-107; Giacomolli, 2014, p. 310).

Apesar de encerrado o processo, quando se forma apenas a coisa julgada formal (i.e., sem que se forme também a coisa julgada material), geralmente se admite que o mesmo pedido que tenha sido adjudicado seja submetido a um outro processo judicial. Isso porque, nesse caso (em que se verifica apenas a coisa julgada formal), o pedido em si não foi julgado, tendo sido extinto o processo por alguma outra razão, que não o julgamento do mérito. São exemplos de sentenças que fazem apenas coisa julgada formal as que extinguem o processo por ilegitimidade da parte ou por ausência de interesse processual.

No processo penal, faz coisa julgada apenas formal, por exemplo, a decisão de impronúncia, a qual é proferida quando o juiz não se convence da existência do fato ou entende que não há indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado, e, por conta disso, rejeita a imputação para julgamento perante o Tribunal do Júri. Sendo proferida decisão de impronúncia, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, admite-se a formulação de nova denúncia ou queixa, desde que com

2 Identificam-se duas grandes correntes brasileiras de pensamento acerca do tema: de um lado, a da coisa julgada como *situação estabilizante do conteúdo decisório* (José Carlos Barbosa Moreira); e de outro, a da coisa julgada como *qualidade do elemento declaratório da sentença* (Ovídio Baptista da Silva). Confirmam-se: o capítulo *Ainda e sempre a coisa julgada*, presente no v.6 da obra *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* (Moreira, 2011); e o texto *Eficácias da sentença e coisa julgada* (Silva, 2006), constante na coletânea de ensaios e pareceres *Sentença e coisa julgada*.

fundamento em prova nova (Brasil, 2008 [1941], CPP, art. 414).³

A seu turno, a *coisa julgada material* se forma quando, além de ter ocorrido a preclusão máxima (consumativa, temporal ou lógica) dos meios endoprocessuais de impugnação da decisão, o pedido tenha sido julgado pelo órgão jurisdicional, extinguindo-se o processo com resolução do mérito (Talamini, 2005, p. 132; Giacomolli, 2014, p. 310)⁴. Com isso, forma-se essa estabilidade dita mais forte (a coisa julgada material), porque vai incidir seus efeitos tanto no processo já transitado em julgado, como em outros processos que eventualmente venham a ser ajuizados. Isso significa que se o mesmo pedido for submetido novamente à apreciação jurisdicional, a coisa julgada material operará seus efeitos e obstará um novo julgamento de mérito.

No processo penal, a coisa julgada material impedirá que o réu seja outra vez processado em razão do mesmo fato que anteriormente lhe tenha sido imputado (Brasil, 1988, CF, art. 5º, § 3º; CF c/c art. 8º, item 4, Pacto de São José da Costa Rica);⁵ no entanto, “opera somente em favor do acusado e não contra ele, preservando-se o estado de inocência” (Giacomolli, 2014, p. 312).

Por isso, apenas em relação à sentença de absolvição haverá o óbice à rediscussão em processos futuros, porque não se admite no Brasil revisão criminal *pro societatis* (Rangel, 2012, p. 267; Alencar, 2019, p. 1196). Em relação à sentença condenatória, embora a coisa julgada material igualmente garanta o *ne bis in idem*⁶, será possível a revisão dos efeitos da condenação, a qualquer tempo (Brasil, 1941, CPP, art. 622)⁷, desde que em benefício do réu⁸.

Os *limites subjetivos* da coisa julgada dizem respeito aos sujeitos que serão alcançados pela imutabilidade processual. A propósito, dispõem os arts. 506 do Código de Processo Civil, e 155 do Código de Processo Penal Militar, que a coisa julgada só opera entre as mesmas partes, não alcançando quem não foi parte no processo. No Código de Processo Penal não consta dispositivo análogo, porém a mesma norma é extraída dos princípios acusatório, da obrigatoriedade, indivisibilidade e indisponibilidade da ação penal pública (Rangel, 2012, p. 174-176). Em suma, a imutabilidade da decisão não prejudicará terceiros que não participaram do contraditório e, assim, não puderam exercer a ampla defesa; especificamente no processo penal, seja a ab-

3 “O caso julgado formal se opera dentro do mesmo processo, referindo-se às partes que não podem mais, naquela relação jurídico-processual, discutir a matéria objeto do *decisum*. Trata-se de uma imutabilidade interna, que não pode ser confundida com o instituto da preclusão, isto é, não praticado o ato no tempo e no modo devido, fica praticamente extinto o direito de fazê-lo. Isto é preclusão” (Rangel, 2012, p. 163).

4 “Caso julgado penal é a qualidade dos efeitos que a sentença produz, isto é, a qualidade da imutabilidade do comando que emerge da sentença em relação ao fato principal. Não se trata apenas da imutabilidade da sentença que significa a preclusão dos recursos, mas sim de uma qualidade especial dessa imutabilidade, inerente ao fato real, ao que aconteceu no mundo da vida. É o fato naturalístico do mundo dos homens que faz caso julgado penal” (Rangel, 2012, p. 162).

5 “O caso julgado material opera fora do processo para todas as pessoas, com efeito *erga omnes*. É o comando que emerge da sentença, tornando-a imutável, mas no processo penal em relação ao fato da vida, ao fato do mundo” (Rangel, 2012, p. 166).

6 “O caso julgado material é assim uma garantia fundamental do indivíduo não só absolvido, mas ainda aquele que já foi condenado de não ser, novamente, processado pelo mesmo fato, ou por um pedaço originário do fato” (Rangel, 2012, p. 167).

7 A ação de revisão criminal não tem limite temporal, podendo ser proposta a qualquer tempo (Brasil, 1941, CPP, art. 622 *apud* Alencar, 2019, p. 1196), ao contrário do que ocorre no processo civil, em que a ação rescisória, via processual para se desconstituir a coisa julgada material, tem prazo decadencial de dois anos (Brasil, 2015, CPC, art. 975).

8 “A coisa julgada tanto pode recair sobre a sentença condenatória quanto sobre a absolutória, própria ou imprópria (que aplica medida de segurança). Enquanto a sentença condenatória está sujeita à revisão criminal, de forma indefinida no tempo, a sentença absolutória (própria) passada em julgado não pode ser objeto de revisão criminal (coisa soberanamente julgada). O mesmo se diga em relação às decisões que extinguem a punibilidade” (Alencar, 2019, p. 1196).

solução seja a condenação do réu não prejudicará nem beneficiará sujeitos que não participaram do processo.

Quanto aos *limites objetivos*, no processo civil, sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, é reconhecida “força de lei” não apenas à decisão que julgue total ou parcialmente o mérito (Brasil, 2015, CPC, art. 503, *caput*), mas também, satisfeitos determinados requisitos, à questão prejudicial decidida expressa e incidentalmente no processo (Brasil, 2015, CPC, art. 503, § 1.º). No processo penal, a teor do art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, a exceção de coisa julgada só pode ser oposta em relação ao *fato principal*⁹ que tiver sido objeto da sentença. O Código de Processo Penal Militar traz previsão semelhante no art. 153: “Se o juiz reconhecer que o feito sob seu julgamento já foi, quanto ao fato principal, definitivamente julgado por sentença irrecorrível, mandará arquivar a nova denúncia, declarando a razão por que o faz” (Brasil, 1969).

Em todo caso, o que interessa são os fatos naturalísticos, e não a qualificação jurídica dada aos fatos na petição inicial ou na denúncia – ou seja, é irrelevante, para a definição dos limites objetivos da coisa julgada, a subsunção normativa que tenha sido dada aos fatos que constituem a causa de pedir. Também são irrelevantes os fatos secundários, assim compreendidos aqueles que gravitam em torno do mesmo fato principal, de modo que, se o fato principal for apreciado e o respectivo pedido julgado, incidirá a coisa julgada material e não se poderá, nem sequer com base em fatos secundários, rediscutir o comando decisório.

A título de exemplo, tome-se a ação anulatória de processo disciplinar. A parte autora expõe a causa de pedir que sustenta a pretensão de anulação do processo (ou seja, expõe os fatos que apontam para a existência do vício afirmado), sendo irrelevante a qualificação jurídica que eventualmente se dê a esses fatos. Ao decidir, o magistrado apreciará os fatos e, com base nisso, formará seu convencimento a respeito da ocorrência ou não do alegado vício no processo administrativo, resolvendo então a pretensão de anulação.

Uma vez que o pedido de anulação tenha sido decidido com base nos fatos que foram deduzidos, incidirá a coisa julgada material. Assim, não será possível adjudicar novamente o mesmo pedido, qualificado pela mesma causa de pedir (ou seja, fundamentado no mesmo fato principal). Ainda que se alterem, por exemplo, os fatos secundários relacionados com aquele mesmo fato principal, ou que se modifique a qualificação jurídica do fato já apreciado, existe coisa julgada material e não será admissível a propositura de uma nova demanda.

Nesse aspecto, alude-se também à *eficácia preclusiva da coisa julgada*, a qual nos adverte que os óbices advindos da incidência da coisa julgada (óbices à discussão e nova decisão sobre o mesmo pedido fundamentado nos mesmos fatos) dizem respeito não apenas aos fatos e argumentos jurídicos que já tenham sido deduzidos no primeiro processo, mas também obstaculizam novas discussões envolvendo fatos e argumentos que poderiam ter sido deduzidos (por dizerem respeito ao mesmo fato principal), mas foram omitidos pela parte interessada.

A eficácia preclusiva da coisa julgada é um mecanismo de “autodefesa” da coisa julgada (Dinamarco, 2005, n. 966, p. 322), que protege a sentença não apenas contra o deduzido, mas também contra o dedutível. O óbice por ela estabelecido é quanto a uma nova adjudicação do mesmo pedido, qualificado pela mesma causa de pedir (*i.e.*, pelo mesmo fato principal), porém com alterações fáticas ou jurídicas no discurso que, afinal, não importem modificação da própria causa de pedir.

9 “No processo penal o caso julgado irá recair sobre o fato real ocorrido no mundo dos homens. Não se trata da declaração da sentença sobre uma qualificação jurídica do fato, pois se assim fosse poderia o Estado acusar, novamente, o indivíduo já julgado, dando outro nome àquele fato que já foi objeto de julgamento” (Rangel, 2012, p. 160).

Por conseguinte, embora a fundamentação que sustenta a decisão não seja alcançada pela coisa julgada (Brasil, 2015, CPC, art. 504, inc. I), não poderá ser colocada em dúvida com o propósito de comprometer a sentença por ela resguardada (Dinamarco, 2005, n. 966, p. 322). De todo modo, não cabe falar em eficácia preclusiva com relação à condenação penal transitada em julgado. Afinal, “o condenado sempre poderá propor a revisão criminal para atacá-la, seja alegando erro na aplicação da lei penal, seja invocando fatos e provas novas da sua inocência” (Dinamarco; Badaró; Lopes, 2020, p. 454).

Feitas essas considerações introdutórias, desenvolveremos duas perspectivas a respeito da estabilidade das decisões jurisdicionais que interessam à temática da I Jornada de Direito Militar: (i) efeitos da sentença penal militar nas esferas cível e administrativa; e (ii) a coisa julgada na hipótese de julgamento do fato pela justiça penal incompetente.

3 Efeitos da sentença penal militar nas esferas cível e administrativa

Os militares sujeitam-se à responsabilidade por suas condutas em três esferas distintas: a penal, a civil e a administrativa.

A imposição concomitante de responsabilizações de naturezas diversas não é obstada pela proibição ao *bis in idem*, de modo que, em razão do mesmo fato, o militar pode sofrer, de forma cumulativa, (i) a imposição de uma *sanção administrativa* (decorrente do poder disciplinar ou do poder de polícia); (ii) a cominação de uma *sanção criminal* (por crime comum ou militar); e ainda, (iii) a condenação a *ressarcir, na esfera cível*, prejuízo eventualmente causado aos cofres públicos ou a indenizar danos provocados a particulares.

Embora sejam concomitantes, essas responsabilizações são geralmente *independentes*, no sentido de que o militar pode ser responsabilizado na esfera administrativa ou mesmo na cível, ainda que na esfera penal tenha sido absolvido. Aliás, a responsabilização na esfera administrativa disciplinar, e mesmo na cível, pode ocorrer inclusive durante a pendência do processo criminal.

Apesar disso, existe uma certa *comunicabilidade entre essas instâncias de responsabilidades*. Isso porque, apesar da afirmada independência entre as instâncias, há casos em que a decisão em âmbito penal, seja comum ou militar, pode ocasionar uma vinculação tanto da esfera administrativa como da esfera cível – o que se traduz em uma das facetas do fenômeno da estabilidade das decisões jurisdicionais.

Um exemplo de efeito na esfera administrativa da sentença penal é o caso do militar que tenha sido demitido por ato administrativo. Se esse militar vier a ser absolvido pela Justiça penal com relação aos mesmos fatos, por se ter comprovado que ele não foi o autor do delito, ele terá que ser reintegrado à Corporação, com todos os direitos restabelecidos. Outro efeito, porém na esfera cível, da sentença de absolvição fundamentada na comprovação de que o acusado não foi o autor do delito, é que isso terá que ser considerado, pelo juízo cível, caso a vítima venha a ajuizar uma ação reparatória por conta do mesmo fato.

No entanto, nem todas as hipóteses de absolvição na esfera penal determinam essa vinculação das esferas cível e administrativa. A esse respeito, o art. 439 do Código de Processo Penal Militar – que traz previsão parecida à do art. 386 do Código de Processo Penal comum – estabelece que o Conselho de Justiça (no caso do processo militar, cf. art. 439 do CPPM) ou o juiz (no caso do processo comum, cf. art. 386 do CPP) absolverá o réu, nas hipóteses em que reconhecer:

- a) estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência;
- b) não constituir o fato infração penal;
- c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal;
- d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);
- e) não existir prova suficiente para a condenação;
- f) estar extinta a punibilidade (Brasil, 1969, CCPM, art. 439).

De todas essas causas de absolvição, apenas a sentença que considere provada a inexistência do fato ou considere provado que o réu não concorreu para a infração penal vincula as esferas administrativa e cível. Logo, por qualquer dos outros fundamentos elencados, o militar poderá ser processado e condenado nas esferas administrativa e cível, ainda que tenha sido absolvido na esfera criminal.

Note-se, por exemplo, na hipótese de absolvição com fundamento na constatação de que o fato imputado não constitui infração penal (b), que isso não significa que esse mesmo fato não constitua um ilícito civil ou uma infração administrativa, de modo que, apesar da absolvição, ele poderá ser processado e condenado nessas outras esferas. Da mesma forma, se for reconhecida a extinção da punibilidade penal (f), não necessariamente estará prescrita a pretensão de pleitear uma indenização em decorrência do mesmo fato (até porque a prescrição não corre quando o direito depender de fato que deva ser apurado na justiça penal, conforme art. 200 do Código Civil).

Portanto, de um modo geral, o arquivamento do inquérito por falta de elementos para o oferecimento da denúncia não equivale à certeza sobre a inexistência do fato ou sobre a sua autoria. Logo, o militar poderá vir a se submeter ao processo disciplinar, assim como a responder pelos mesmos fatos no âmbito cível, apesar de ter sido absolvido na esfera penal. Nesse sentido, estabelece a Súmula 18 do STF que “Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo Juízo Criminal, é admissível a punição administrativa do Servidor Público” (Brasil, 1964, STF); portanto, a *contrario sensu*, pela falta compreendida na absolvição pelo juízo criminal, não será admissível a punição administrativa do servidor.

Com relação à repercussão da decisão penal na esfera cível, vale ainda mencionar o art. 65 do CPP: “faz coisa julgada no cível, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito” (Brasil, 1941); o art. 66 do CPP: “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato” (Brasil, 1941); e o art. 935 do CC: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (Brasil, 2002).

Em suma: haverá vinculação das outras esferas quando ficar cabalmente decidido, na esfera penal, a existência do fato e/ou a sua autoria. E isso decorre de uma constatação evidente: a esfera penal conta com uma instrução probatória bastante rígida para permitir, seja a condenação, seja a absolvição do réu; desse modo, quando se conclui cabalmente, na esfera penal, que determinada pessoa praticou ou não praticou um crime, não há sentido em permitir que essa questão seja rediscutida nas outras esferas.

4 A coisa julgada na hipótese de julgamento do fato pela justiça penal incompetente

Para encerrar, chamo a atenção para uma problemática bastante interessante, na qual a coisa julgada dialoga com o tema da competência das justiças especializadas, como é o caso da justiça penal militar. Refiro-me à hipótese em que o fato, embora se subsuma a tipo penal sujeito a julgamento pela justiça penal militar, acabe sendo processado e julgado pela justiça penal comum, com trânsito em julgado e, afinal, formação de coisa julgada. Ou então, a hipótese contrária: o fato seja de competência da justiça penal comum, mas acabe sendo julgado pela justiça penal militar, com trânsito em julgado e formação de coisa julgada.

Em ambos os casos, a questão que se coloca é: existe alguma via processual para se anular esse julgamento, por conta da incompetência absoluta, para que o acusado seja processado perante o juízo competente? Perceba-se: no caso em que o militar tenha sido condenado pela justiça penal incompetente, não há dúvida de que poderá manejar uma revisão criminal exatamente com esse fundamento. Mas e se ele for absolvido pela justiça penal incompetente? Existiria alguma solução?

Na instância processual civil, a incompetência do juízo é um vício rescisório, legitimando o cabimento da ação rescisória no prazo decadencial de dois anos (Brasil, 2015, CPC, art. 966, inc. II). Todavia, no processo penal, seja no comum seja no militar, não cabe revisão criminal *pro societatis* (Rangel, 2012, p. 267; Alencar, 2019, p. 1196). Ou seja, é inadmissível uma revisão criminal que prejudique o acusado, colocando-o em posição mais desfavorável do que aquela em que estava como decorrência do julgamento anterior.

Então, na hipótese em que o militar seja absolvido, ainda que mediante sentença proferida por juízo incompetente, *não caberá revisão criminal*. Nesse ponto, incidirá outra máxima processual: a de que a *coisa julgada é a sanatória de todas as invalidades* – ela convalida, inclusive, o vício da incompetência absoluta. Isso significa que, tendo transitado em julgado a sentença de absolvição, ainda que tenha sido prolatada por juízo absolutamente incompetente, a coisa julgada tornará imutável o comando decisório (de absolvição).

Uma vez que nesse caso é incabível o pedido de revisão, não haverá como se submeter o réu a um novo processo com base nos mesmos fatos, diante da coisa julgada material.

Referências

BRASIL. [Código Civil]. **Lei no.10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. [Código de Processo Civil]. **Lei n.13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. [Código de Processo Penal Militar]. **Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Brasília, DF: Ministério da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar [1969]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 18**. Brasília, DF: Sessão Plenária de 13 dez. 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 38.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3, 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**: e outros escritos sobre a coisa julgada. (trad. Alfredo Buzaid e Ada Pellegrini Grinover). 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. v. 6; out. 2011.

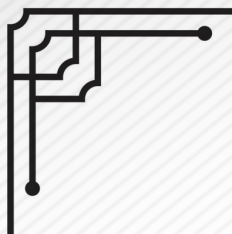
RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Eficácias da sentença e coisa julgada**. **Sentença e coisa julgada** (ensaios e pareceres). 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

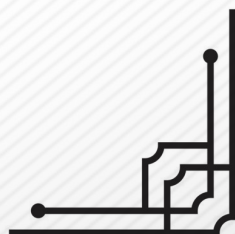
TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14. ed., Salvador: JusPodivm, 2019.



O RATEIO UNIVERSAL DOS ATIVOS COMO GARANTIA DA IGUALDADE NO PROCEDIMENTO FALIMENTAR: NA CONTRAMÃO DA LEI DE FALÊNCIAS



ARGEMIRO DE AZEVEDO DUTRA
FABIANO NOBRE SANTOS PEREIRA CAJAZEIRA



**O RATEIO UNIVERSAL DOS ATIVOS
COMO GARANTIA DA IGUALDADE NO PROCEDIMENTO
FALIMENTAR: NA CONTRAMÃO DA LEI DE FALÊNCIAS**

**THE UNIVERSAL ALLOCATION OF ASSETS AS A GUARANTEE
OF EQUALITY IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS: CONTRARY TO
BANKRUPTCY LAW**

**ARGEMIRO DE AZEVEDO DUTRA¹
FABIANO NOBRE SANTOS PEREIRA CAJAZEIRA²**

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2. A classificação de créditos e pagamentos dos credores; 3 A recuperação judicial; 4 A falência; 5 O princípio da igualdade e suas facetas; 6 problema da lei de falências; 7 A solução; 8 Conclusão.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o microsistema de insolvência empresarial, com enfoque na distribuição proporcional dos ativos no procedimento falimentar, questionando a ordem estabelecida pela Lei 11.101/2005, e propondo o rateio universal como alternativa eficaz à garantia da igualdade entre os credores. O método empregado baseia-se na análise crítica da atual conjuntura da Lei de Recuperação Judicial e Falência, de acordo com o entendimento das doutrinas especializadas do direito falimentar e constitucional. O resultado destaca a discrepância entre a ordem de pagamento dos credores e os princípios da igualdade e da *par conditio creditorum*. Conclui-se que a legislação vigente viola a isonomia ao inobservar valores prestigiados no sistema normativo em que está inserida, priorizando certos credores em detrimento de outros. Propõe-se o rateio universal como solução para assegurar a igualdade na distribuição dos recursos, refletindo a busca por justiça diante da falência empresarial

Palavras-chave: classificação de créditos; recuperação judicial; falência; princípio da igualdade; rateio na falência.

ABSTRACT

This article aims to analyze the business insolvency microsystem, focusing on the proportional distribution of assets in the bankruptcy procedure, questioning the or-

1 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), Titular da 1ª Vara Empresarial da Comarca de Salvador do Estado da Bahia; Bacharel em Direito; Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Estácio de Sá; Especialista em Direito Civil pela Faculdade Baiana de Direito; Cidadão baiano com título concedido pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia.

2 Bacharel em Direito; Pós-Graduando em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito; Estagiário de Pós-Graduação na 1ª Vara Empresarial da Comarca de Salvador do Estado da Bahia.

der established by Law 11,101/2005, and proposing universal apportionment as an effective alternative to guaranteeing equality between creditors. The method used is based on a critical analysis of the current situation of the Judicial Recovery and Bankruptcy Law, in accordance with the understanding of the specialized doctrines of bankruptcy and constitutional law. The result highlights the discrepancy between the creditors' payment order and the principles of equality and *par conditio creditorum*. It is concluded that the current legislation violates equality by failing to observe prestigious values in the regulatory system in which it is inserted, prioritizing certain creditors over others. Universal apportionment is proposed as a solution to ensure equality in the distribution of resources, reflecting the search for justice in the face of business bankruptcy.

Keywords: credit classification; judicial recovery; bankruptcy; principle of equality; bankruptcy apportionment.

1 Considerações iniciais

A economia de um país, quando alicerçada na livre iniciativa de mercado, pressupõe, para uma estabilidade contínua e duradoura, a presença de alguns pilares que, a depender da estabilidade e maturidade, levam a um cenário propício e seguro para os investimentos que sustentam a economia de mercado.

No caso da insolvência propriamente dita, a Lei de Recuperação Judicial e Falência – LREF (Lei 11.101/2005) foi instituída após anos de debate e espera, consolidando um verdadeiro avanço e, nas palavras de Costa (2022): “trata-se de uma legislação multidisciplinar e que interfere diretamente no desempenho da economia brasileira, podendo ser utilizado como forma de preservar empregos e riquezas”.

Passados 15 anos de sua vigência, após estudos diversos e consolidação dos temas controvertidos materializados pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, adveio a primeira reforma, instituída pela Lei 14.112/2020, criando um novo sistema de insolvência, com novas ferramentas e alinhado aos parâmetros normativos internacionais.

A atualização da norma trouxe novos institutos do sistema de pré-insolvência, materializou a possibilidade de utilização da ferramenta batizada de “constatação prévia”, instrumento que possibilita ao juiz recuperacional uma visão mais técnica e detalhada da presença dos requisitos de procedibilidade do procedimento almejado, a lhe permitir o deferimento ou não do processamento da recuperação judicial de forma mais segura. Foi possível observar também, a introdução da recuperação judicial do produtor rural, da apresentação de plano de recuperação pelos credores, da consolidação substancial, da reabilitação dos devedores falidos, dentre outras, consolidando-se uma atualização com vários pontos já sacramentados pela jurisprudência.

A exposta atualização da norma trouxe ao mercado econômico brasileiro uma aparente tranquilidade. Isto porque, a norma atualizada e moderna sobre o tema é premissa da presença da segurança jurídica, ainda que pendente de uma boa estrutura do judiciário, podendo oferecer ao jurisdicionado uma resposta rápida. Essa resposta rápida, todavia, também carece de uma análise cuidadosa das pretensões aforadas, com o fito de estancar do cenário os aventureiros rotineiros, que procuram o Poder Judiciário na sanha imprópria de obter proteção sem o devido respaldo legal.

Nesse contexto, é fato que a empresa que se socorre da ferramenta recuperacional, pode ser comparada a um doente que necessita de uma unidade de tratamento

intensivo – UTI, competindo ao Judiciário, acompanhar e fazer de tudo que esta volte a ser sadia, podendo assim retornar ao mercado, circulando mercadorias, gerando empregos, recolhendo tributos, interagindo com outras empresas e promovendo a inovação e solução de problemas (Costa, 2022, p.46). No entanto, é possível detectar facilmente que algumas empresas, quando postulam a recuperação judicial, em verdade, já se tratam de verdadeiros “defuntos”, sendo que, nesses casos, não lhe carece a UTI, mas o encaminhamento ao cemitério.

No âmbito normativo do microsistema falimentar, em linhas gerais, é possível presumir que ainda advirá a possibilidade legal em que o juiz, constatando que a empresa postulante, em verdade não, se trata de um doente carente de UTI, mas um defunto que necessita de uma tumba, poderá estancá-la do mercado de forma sanadora, circunstância que poderá inibir os pleitos indevidos de recuperação judicial, uma vez que, na grande maioria das vezes, ao magistrado somente resta indeferir a petição inicial, extinguindo o feito sem resolução do mérito, deixando o defunto solto no mercado para assombrá-lo.

Já com relação a estrutura da norma recuperacional, vê-se que, inicialmente, cuida-se da fase de verificação e da habilitação dos créditos, na forma disciplinada pelos artigos que compõem a seção “II”, da LREF, consolidando-se o quadro geral de credores e apurando, dessa forma, a legitimidade dos que haverão de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial apresentado pela devedora, sendo certo que, o dito plano haverá de seguir o regramento legal de preferências e classes, consoante o disposto no artigo 51, inciso III, da Lei 11.101/2005.

No âmbito da falência, por sua vez, procede-se à arrecadação dos bens, realizando-se os ativos para, em seguida, dar-se início ao processo de pagamento aos credores que, na forma da legislação atual, termina por ocasionar desigualdades latentes. Esse processamento dos pagamentos é que se constitui o objeto do presente artigo.

2 A classificação de créditos e pagamentos dos credores

No âmbito do direito falimentar *stricto sensu*, a busca por mecanismos que promovam a igualdade no concurso de credores tem sido tema central dos debates acadêmicos, afinal, não são raras as vezes em que determinada classe credores é privilegiada em detrimento de outras, principalmente quando constatada a insuficiência de ativos para fazer frente a todos os débitos contraídos pelo falido.

Diante disso, faz-se necessário registrar que a Lei 11.101/2005 cuidou de classificar de maneira objetiva os créditos sujeitos ao concurso falimentar e recuperacional, dispondo em rol específico uma ordem de prioridades empregada em razão da natureza ou importância de determinado crédito.

Segundo Coelho (2011, p.297), essa classificação resulta a conjunção de diversos dispositivos normativos, tanto da própria LREF, quanto de outros diplomas, se apresentando como uma “[...] ordem dirigida ao administrador judicial”, que deverá ser observada na realização dos pagamentos pela recuperanda ou pelo próprio administrador, quando em se tratando da falência.

Para Sacramone (2023, p. 409), o tratamento privilegiado de determinados créditos resulta da condição de: “vulnerabilidade de seu titular, ou da maior relevância social”, o que pode parecer, em primeiro momento, justificável o tratamento prioritário conferido a alguns credores em detrimento de outros, sob o aspecto da isonomia e equivalência das condições.

Em complemento, Costa (2022, p. 327), entende que os créditos sujeitos a concurso são organizados conforme grau de importância diante de um “contexto mercadológico”, consignando resultar do sopesamento de forças inerentes ao sistema em que está inserida a recuperanda ou falida, com o estabelecimento de hierarquia entre as classes de credores.

Mediante análise do artigo 83, da Lei 11.101/2005, é possível constatar a mencionada ordem de prioridades, a saber: (i) os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho; (ii) os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado; (iii) os créditos tributários, independentemente da sua natureza e do tempo de constituição, exceto os créditos extracursais e as multas tributárias; (iv) os créditos quirografários; (v) as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias; (vi) os créditos subordinados e; (vii) os juros vencidos após a decretação da falência.

O privilégio concedido aos créditos trabalhistas “(i)”, encontra guarida no §1º, do artigo 449, da CLT, dispondo que: “constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito”, norma que sofreu limitação pelo artigo 11, da Convenção nº 95, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, reconhecendo-se a possibilidade de a legislação nacional estabelecer um teto para o recebimento prioritário desses créditos, o que foi feito. A justificativa adequada para a alocação desses créditos “na mais elevada escala de preferências dos credores” (Coelho, 2011, p. 301), é o caráter alimentar dessas verbas, traduzindo condição de subsistência do próprio credor, sem a qual não lhe é assegurado o suprimento de necessidades básicas. Nessa classe também estão englobadas as indenizações relativas a acidentes de trabalho, na forma da parte final do dispositivo em análise, e os honorários de advogado, por força do Enunciado nº 47, da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Os créditos gravados com direito real, por sua vez e, segundo Júnior (2007, p. 364), ostentam posição privilegiada por decorrerem da importância da garantia real considerada em si mesma, uma análise baseada no papel fundamental do crédito como fator de crescimento e produção no mundo globalizado.

No que concerne aos créditos tributários, sua posição preferencial encontra guarida no artigo 186, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66), que relaciona as pontuais exceções em que pode ser afastada a preferência do crédito tributário -acima delimitadas-, o colocando no terceiro lugar da ordem de pagamentos, salvo quando em se tratando em recuperação judicial, caso em que não se sujeitará a concurso, revestindo-se de natureza extracursal, por força do artigo 187, do CTN.

A classe quirografária, por sua vez, pode ser considerada a “vala comum” da recuperação judicial ou da falência. Para Abrão e Toledo (2016, *apud* Costa, 2022, p. 331): “[...] são aqueles sem qualquer tipo de preferência, de modo que estão localizados no final da fila de recebimento no concurso de credores”. É nesta classe onde se encontram os créditos decorrentes das obrigações eminentemente civilistas, podendo assim ser considerados os contratos firmados com fornecedores ou prestadores de serviço -salvo se após o processamento da recuperação judicial-, e até mesmo indenizações de cunho material e moral a que venha ter sido condenada a recuperanda ou falida, representando, em grande parte dos casos, a classe com maior número de credores e, proporcionalmente, de créditos a serem arrolados no quadro geral, mas é também a classe mais afetada, seja no procedimento recuperatório, enfrentando

deságios superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito, seja na falência, onde o resultado da liquidação de ativos se revela insuficiente à sua contemplação.

Adiante, na ordem pagamentos, se encontra a classe de “créditos subquirográficos” (Sacramone, 2023, p. 420), definidos pelo artigo 83, inciso VII, da LREF, como: “as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias”.

Nos aproximando da base do *iceberg*, encontramos-nos diante da classe dos créditos subordinados, cuja posição na ordem de preferência só tem destaque em desfavor dos juros posteriores à decretação da quebra (Costa, 2022, p. 332). Encarregando-se de exemplificar quais créditos estariam sujeitos à inserção nesta classe, Sacramone (2023, p. 421), o faz com maestria: “Exemplo mais típico dessa situação ocorre com as debêntures sem garantia e que contenham cláusula de subordinação (art. 58, §4º, da Lei n. 6.404/76), cujos valores devem ser incluídos como créditos subordinados”.

No final da fila do concurso de credores, encontram-se os juros posteriores à decretação da falência, inovação trazida pela Lei 14.112/2020, sem correspondência no texto anterior da LREF. Quanto aos créditos inseridos nessa classe, necessário ressaltar que encontram-se revestidos de incerteza quanto a sua própria exigibilidade -uma espécie de “crédito de Schrödinger”-, afinal, os juros posteriores à decretação da falência só serão devidos diante da liquidez de ativos para solver todas as classes acima minudenciadas (Costa, 2022, p. 332), o que demanda uma análise casuística pela juiz competente. Trazendo um ponto de vista apoplético, Sacramone (2023, p. 422), argumenta que esse tipo de crédito sequer deveria ser arrolado no quadro geral de credores, uma vez que o seu adimplemento está condicionado à contemplação de todas as demais classes de credores, o que nos parece um tanto quanto utópico, diante do cenário de insolvência.

Ainda com precedência aos créditos previstos no referido artigo 83, deverá ser pago o passivo extraconcursal, com rol encartado no artigo 84, da LREF, cujo fato gerador se encontra atrelado a verbas superpreferenciais, como é caso dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, ou encargos, a verbas destinadas ao pagamento dos credores que contribuíram com o procedimento recuperatório, em caso de convocação, restituições, os encargos contraídos pela própria massa falida e aqueles que se protraem para data posterior à falência, senão vejamos:

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, aqueles relativos:

- às quantias referidas nos arts. 150 e 151 desta Lei;
- ao valor efetivamente entregue ao devedor em recuperação judicial pelo financiador, em conformidade com o disposto na Seção IV-A do Capítulo III desta Lei;
- aos créditos em dinheiro objeto de restituição, conforme previsto no art. 86 desta Lei;
- às remunerações devidas ao administrador judicial e aos seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

- E - às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência;
- II - às quantias fornecidas à massa falida pelos credores;
- III - às despesas com arrecadação, administração, realização do ativo, distribuição do seu produto e custas do processo de falência;
- IV - às custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida;
- V - aos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. (Brasil, 2005).

Considerando que, nesse primeiro momento, nos colocamos a analisar os motivos pelos quais os referidos créditos possuem privilégios em detrimento de outros, reafirmando a ideia do legislador, de promoção da isonomia no concurso falimentar *lato sensu*, faz-se necessário registrar a intenção por detrás da inserção do inciso I-E, do artigo 84, da LREF, ainda que de maneira não exauriente, já que não constitui o foco principal do presente trabalho, contudo merecendo reafirmação do entendimento mais adequado a ser extraído do referido instituto normativo.

Com efeito o inciso I-E, do artigo 84, da LREF, trata dos “credores fornecedores” (Costa, 2022, p.336), que são aqueles necessários ao desenvolvimento da atividade econômica considerada em si mesmo, bem como os fornecedores dos insumos ou produtos utilizados na atividade comercial, empresas ou particulares contratados para a realização de fretes ou fornecimento de mão de obra especializada, dentre outros, devendo prevalecer a característica de que estes fornecedores possuem o poder de escolha – contratar ou não com a empresa em recuperação judicial –, o que aparenta ser determinante à obtenção do privilégio de que trata o referido inciso, afinal, para esses credores, a recuperação judicial é uma aposta cuja vitória traduz-se no soerguimento da empresa em crise, caso contrário, correrá o risco de nada receber.

Na mesma linha argumentativa, Sacramone (2023, p.428), disserta que o tratamento prioritário aos credores fornecedores encontra justificativa na necessidade de se estancar a possibilidade de interrupção no fornecimento de mercadorias ou serviços “justamente no período em que o empresário devedor mais necessita”, ao que se pode concluir tratarem-se de créditos derivados de relações tipicamente contratuais, de natureza civilista ou ainda, quirografários – por equiparação –, que ganham o privilégio da extraconcursalidade na convalidação, diante da sua postura contributiva num momento de necessidade da recuperanda.

Portanto, nem todo e qualquer crédito decorrente de um ato jurídico válido (contrato), deve ser considerado extraconcursal apenas por ter início após o processamento da recuperação judicial, demandando uma análise apurada pelo juízo competente, do caráter contributivo daquela relação.

Para além, é preciso registrar a evidente contradição constante do 84, *in fine*, da Lei 11.101/2005, ao dispor que os créditos considerados extraconcursais deverão ser pagos na ordem disposta em seus incisos, na forma anteriormente explanada. Isto porque, numa análise etimológica da palavra “extraconcursal”, percebemos que esta é formada pelo prefixo “extra-”, que indica “fora de” ou “além de”, e pelo radical “concur-”, relacionado ao verbo latino “*concurrere*”, que significa “concorrer” ou “reunir-se”, acrescido do sufixo “-al” (Aulete, 2004, p. 190-357), formando um adjetivo utilizado para designar credores que não estão sujeitos ao concurso de insolvência,

logo, se os credores extraconcursais não se submetem ao concurso de credores, como poderiam se submeter ao concurso do artigo 84?

Assim, podemos defender, de antemão, que os créditos extraconcursais deveriam ser pagos mediante “rateio universal”, dividindo o patrimônio por tantos quantos forem os credores, revelando-se a impropriedade no estabelecimento de uma ordem de pagamentos (concurso), a credores que não se submetem a concurso.

Ante a todo o exposto, é possível constatar que o resultado da organização hierárquica na falência, quando evidenciada a falta de recursos, traduz-se no estancamento dos demais credores na percepção de seus respectivos créditos, uma vez que, os créditos prioritários serão integral ou parcialmente contemplados, permanecendo à míngua aqueles preteridos pelo legislador, o que se busca evitar com a instituição do “rateio universal” no âmbito do processo de falência, conforme o disposto nas laudas que se seguem.

Curiosamente, o pagamento dos credores no âmbito da recuperação judicial, por força do artigo 51, inciso III, da Lei 11.101/2005, ocorre da mesma forma que na falência, de acordo com os artigos 83 e 84, da LREF – *mutatis mutandis* –. Entretanto a classificação de credores em comento, embora indique expressamente destinar-se à falência, diante da natureza e finalidade dos procedimentos, nos parece mais adequada, senão afeta exclusivamente ao instituto da recuperação judicial, uma vez que, na falência, passa a traduzir verdadeira afronta ao princípio da igualdade e seu consectário do par conditio creditorium, o que será restará confirmado após cuidadosa análise das finalidades de cada procedimento e suas respectivas consequências.

3 A recuperação judicial

A recuperação judicial se apresenta como o produto de uma evolução necessária no cenário de insolvência nacional. Foi com base no princípio da função social da empresa, decorrente da norma insculpida nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII e 170, incisos II e III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, que passamos a conceber a empresa como uma importante célula do corpo social, reconhecendo suas contribuições para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade (Coelho, 2012, p. 56), surgindo também a necessidade de proteger essa fonte produtora enquanto pedra de toque da subsistência dos metaindividuais, o que constitui o objeto do princípio da conservação da empresa, que nas palavras de Coelho (2012, p. 94-95):

[...] reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial.

Notadamente, a recuperação judicial nasce da Lei 11.101/2005, como importante substituta da concordata -preventiva ou suspensiva-, instituída pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, que ainda trazia consigo uma antiquada visão punitivista e sancionadora com relação aos devedores, sendo certo que, os métodos utilizados na tentativa de soerguimento das empresas em crise eram completamente ineficazes, senão inexistentes (Tomazette; Faria, 2022, p. 126).

Em verdade, a concordata nada mais era do que uma espécie de pré-falência, às vezes, utilizada apenas para encobrir desvios e esvaziar o patrimônio da empresa antes da decretação da quebra – o que ainda ocorre no cenário atual, porém com menor frequência -.

Com efeito, a recuperação judicial pode ser entendida como um instrumento, um mecanismo ou uma ferramenta jurídica utilizada para soerguer empresas que, em decorrência dos solavancos do mercado, encontram-se em situação crise econômico-financeira, possibilitando a geração de todos benefícios decorrentes da atividade empresarial saudável (Coelho, 2012). Na visão de Sacramone (2023, p. 208), trata-se de uma limitação legal dos comportamentos dos credores e da devedora, imposta como forma de incentivo -ou mesmo imposição- à negociação coletiva, tendo como subproduto a formatação de um plano que permita a superação da crise pela empresa em dificuldade.

Na forma do artigo 47, da LREF: [a] recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, com o objetivo: “de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores” e promover: “a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Segundo Ramos (2020, p. 1.317-1.318), sua finalidade é: “[...] permitir a recuperação dos empresários individuais e das sociedades empresárias em crise, em reconhecimento à função social da empresa e em homenagem ao princípio da preservação da empresa”, defendo ainda, que seu deferimento deva ser restringido aos devedores que efetivamente comprovem a possibilidade de recuperar, caso contrário, o caminho mais adequado seria a falência da sociedade empresária, com a retirada da empresa inviável do mercado, que se apresenta como um câncer que contamina o mercado saudável.

Assim sendo, é possível identificar que o propósito da recuperação judicial é manter em funcionamento e viabilizar a recuperação de uma empresa acometida pela “doença” da crise econômico-financeira, empresa esta que, embora no leito de uma unidade de tratamento intensivo, sob os cuidados do juízo competente, permanece “viva” e capaz de saudar seus débitos de maneira eficaz, com o fôlego que lhe confere o procedimento recuperacional.

Por isso, torna-se perfeitamente factível a exigência legal da ordem de pagamento dos credores submetidos a seu concurso, uma vez que, a empresa em dificuldade ainda vive, e justamente por estar viva, com a possibilidade de recompor-se e superar a crise que lhe acometera -atuando no mercado e auferindo lucro-, é que os credores estão submetidos a uma ordem preferencial de pagamentos, afinal, ainda dependem da atividade econômica por ela desenvolvida, possuindo também, a legítima expectativa de que receberão seus créditos, alicerçada pela manutenção da atividade empresarial. Nas palavras de Coelho (2011, p. 276): “[...] justificam-se como medida de socialização das perdas derivadas dos riscos inerentes às atividades empresariais”.

A título de ilustração, é possível deduzir que um determinado devedor tem capacidade de solver seus débitos em virtude do fato de, quando em vida, poder trabalhar e receber remuneração. Assim, num eventual momento de dificuldades desse devedor, seus credores podem se organizar numa fila e aguardar o momento mais adequado para terem as suas pretensões satisfeitas, isto porque, enquanto vivo, o devedor pode trabalhar, se trabalhar, pode receber remuneração, se receber remuneração, finalmente poderá pagar seus credores.

No entanto, com a morte desse devedor, cai por terra quaisquer possibilidades de ascensão patrimonial, o que foi construído permanece estático -senão sujeito à depreciação-, é o que ocorre na falência.

4 A falência

A partir do momento em que determinada empresa demonstra ser irrecuperável, o sistema econômico reclama atuação firme do Poder Judiciário, visando estancá-la do mercado, já que não mais representa viabilidade social e econômica. Surge assim para o Estado, representado pela figura do juízo universal, a obrigação de melhor satisfazer os interesses dos demais credores da empresa impactada, assim o fazendo, através da decretação de falência (Coelho, 2012. p. 48).

Sacramone (2023, p. 387), registra a visão tradicional da falência: “como um modo de se excluir, do mercado, atividades empresariais inviáveis, de modo a se proteger o crédito”, que caminha ao lado da concepção assecuratória, sobre constituir-se o meio mais seguro de liquidação de ativos, garantindo aos credores a certeza sobre a percepção dos créditos dela decorrentes. Em complemento, Costa (2022, p. 313), aposta na “dupla finalidade social”, consistindo a primeira na mitigação dos danos causados, produzindo os efeitos acima relacionados, e a segunda, na concretização do princípio do fomento ao empreendedorismo ou *fresh start*, possibilitando a reinserção do empreendedor falido ao mercado, como forma de incentivar o retorno às atividades empresariais.

Por consequência, o seu efeito material consiste no “desapossamento do devedor de seus bens” (Zanini, 2007, p. 337), com vistas à preservação do ativo remanescente, sua eficiente liquidação, pagamento dos credores e reinserção do crédito no mercado. Traduz-se, portanto, num complexo procedimento de execução coletiva, que se estende desde a fase de arrecadação, perpassa pela verificação e accertamento de créditos em concomitância com a liquidação dos bens e atinge sua finalidade no rateio entre os credores (Negrão, 2004, p. 21).

Numa breve digressão histórica, cumpre rememorar que, nos idos de 451 a.C., o devedor que não cumpria com suas obrigações no prazo legal, perdia completamente o seu direito de liberdade, podendo ser vendido como escravo ou, em casos mais severos, responder com a sua integridade física ou a própria vida, na forma disciplinada pela Lei das Doze Tábuas. Nesse contexto, os credores do falido poderiam lançar mão da *manus inectio*, um processo de execução que recaía sobre o corpo do devedor, repartindo o copo deste em tantos pedaços quantos fossem os credores ou, caso escolhessem vendê-lo como escravo, rateando o valor de venda do devedor subjugado, penalidades que acabaram sendo extintas a partir do século V a.C., com a criação, pelo direito romano, de mecanismos de execução meramente patrimonial (Coelho, 2011, p. 272), (, Zanini, 2007, p. 337).

É partir dessa construção do direito de insolvência que hoje entendemos a falência como a morte da empresa, cujos efeitos: “se projetavam sobre a pessoa do comerciante, que, decretada a quebra chegava a ser tido como se morto fosse (*decoctor pro mortuo habetur*)” (Zanini, 2007, p. 337).

Com efeito, a falência representa a “morte da empresa”, sem quaisquer possibilidades de manutenção da atividade econômica e continuidade das operações, não restando alternativa ao juízo universal, senão a distribuição eficiente do resultado proporcionado pela liquidação dos ativos da massa, com vistas à satisfação -integral

ou proporcional-, das pretensões titularizadas pelos credores da falida (Carvalho, 2020, p. 188).

Ao revés do que ocorre na recuperação judicial, a decretação da falência, em regra, impede que o patrimônio da massa venha a ser acrescido. Portanto, o resultado a liquidação dos ativos torna-se o último valor a ser distribuído entre os credores, ainda que insuficientes ao pagamento de todos eles -chegou a hora de lidar com o “luto” e aceitar as perdas-.

Segundo Coelho (2011, p. 274): “O valor básico de justiça, que se encontra nos alicerces do direito falimentar, isto é, a instauração do concurso na hipótese de devedor sem meios suficientes para cumprir na totalidade suas obrigações”, é justamente o tratamento paritário ou igualitário dos credores -*par conditio creditorum*-, o que vem sendo ignorado pela atual conjuntura da LREF, ao instituir uma ordem de privilégios em que se processam os pagamentos no procedimento falimentar, estancando os credores menos favorecidos, seja em razão da natureza ou importância do seu crédito, o que nos remete a análise do princípio constitucional da igualdade, seus efeitos no mundo jurídico e, conseqüentemente, no microsistema da insolvência.

5 O princípio da igualdade e suas facetas

O princípio da igualdade encontra guarida no artigo 5º, *caput*, da CRFB/88, dispondo que todos, enquanto seres humanos, são iguais perante a lei, não podendo haver distinções de qualquer natureza. Silva (2017, p. 213), afirma que a igualdade “[...] constitui o signo fundamental da democracia. Não admite privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra”.

Segundo Cunha Júnior (2023, p. 656-660), do princípio da igualdade é possível extrair a igualdade formal, consistindo na proibição ao legislador, de impor tratamento diferenciado não previsto na constituição (igualdade na lei) e na imposição aos poderes estatais, que apliquem a norma, ainda que gerando uma desigualdade (igualdade perante a lei), e a igualdade material, que consistem nas ações afirmativas ou discriminações positivas, visando garantir aos menos favorecidos, de acordo as circunstâncias sociais, “igualdade de oportunidades”.

A partir de um contexto histórico, observamos que, num primeiro momento do reconhecimento do princípio da igualdade no plano constitucional, com enfoque para a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, seguida pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, vigorava o entendimento de que a igualdade deveria ser “absoluta em termos jurídicos”, de modo que o tratamento dispensado aos jurisdicionados deveria ser o mesmo, na forma disposta em lei, não comportando diferenciações que levassem em consideração as condições e circunstâncias pessoais dos indivíduos (Mitidiero *et al.*, 2023, p. 602-606).

Entretanto, com a evolução do direito constitucional, tornou-se cada vez mais relevante reconhecer que as pessoas são diferentes e, por isso, demandam tratamento desigual para que possam se igualar às demais, desde que observado o critério da proporcionalidade na inserção da discriminação positiva e que esta discriminação encontre respaldo no ordenamento jurídico, dando azo ao conceito de “isonomia” (Rothenburg, 2014, p. 126- 127).

Em complemento, confirma Mello (*apud* Cunha Júnior 2023, p. 659-660):

O fato de a lei, só por si, conter algum fator discriminatório, qualquer que seja ele, não é suficiente para se considerar ofendida a cláusula da igualdade. As leis podem discriminar. Aliás, é o que mais fazem, como acentuado acima. Contudo, as discriminações legais, segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, só se coadunam com o dogma da igualdade se existir uma pertinência lógica entre a distinção inserida na lei e o tratamento distintivo dela consequente.

No âmbito do direito de insolvência, o princípio da igualdade, sob uma roupagem adequada ao respectivo microsistema, ganha a denominação de princípio da *par conditio creditorium*, expressão latina que significa “igualdade de condições entre os credores”, com previsão expressa no artigo 126, da Lei 11.101/2005, *in verbis*:

Art. 126. Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 75 desta Lei (Brasil, 2005).

Segundo Costa (2022, p. 42-43), o princípio da *par conditio creditorium* reflete o entendimento de que, com a instauração do concurso de credores, deixam de existir os direitos de preferência entre os credores sujeitos aos seus efeitos, podendo ser definido, ainda, como uma “distribuição de perdas em igual medida” pois, a justa distribuição de valores para determinada classe de credores, importará em prejuízos para todos os credores constantes desta última.

Entrementes, faz-se imprescindível registrar que a igualdade de condições entre os credores encontra-se, atualmente, restrita a uma determinada classe de credores, ou seja, não pode haver distinções no tratamento de credores pertencentes a uma mesma classe, o que não é observado quando em se tratando de credores de classes distintas (Costa, 2022, p.42).

Com efeito, o tratamento privilegiado a determinadas classes de credores parte de um tratamento isonômico conferido pela Lei 11.101/2005, aos credores cuja natureza ou importância do crédito sobressaia aos demais, havendo pertinência lógica entre a distinção inserida na lei e o tratamento distintivo dela consequente, quando em se tratando da recuperação judicial, sendo certo que, na forma anteriormente explanada, a empresa permanece em funcionamento e em condições de saldar todos os seus débitos, embora na forma prevista no plano de recuperação judicial, o que permite aos credores aguardarem na “fila” e submeterem-se à ordem de preferências. Todavia, o tratamento isonômico referenciado, deixa de ter justificativa racional diante da “morte” da empresa.

6 O problema da lei de falências

Consoante o disposto nas linhas que se seguiram, os artigos 83 e 84, da Lei 11.101/2005, disciplinam a ordem que deve ser observada na realização dos pagamentos no rateio falimentar, o que significa dizer que os credores extraconcursais, por exemplo, podem ter seus créditos totalmente satisfeitos e nada sobrar para os credores concursais ou mesmo, os credores concursais trabalhistas -os mais privilegiados no concurso-, podem efetivamente receber seu crédito, enquanto os credores

com garantia real, quirografários, tributários, dentre outros, são alijados do rateio dos ativos.

Segundo Coelho (2011, p. 274), o tratamento paritário dos credores é uma forma de tutelar o próprio crédito, possibilitando que melhor desempenhe sua função na economia e na sociedade, e complementa:

Para evitar a injustiça -privilegiando os mais necessitados, tornando eficazes as garantias legais e contratuais ou conferindo iguais chances de realização do crédito a todos os credores de mesma categoria-, o direito afasta a regra da individualidade da execução e prevê, na hipótese, a instauração da execução concursal, isto é, do concurso de credores [...] Se o devedor possui patrimônio negativo, menos bens que os necessários ao integral cumprimento de suas obrigações, a execução deles não poderá ser feita de forma individual, o que levaria à injustiça referida de início. Deve processar-se como concurso, ou seja, envolvendo todos os credores e abrangendo todos os bens, reunindo a totalidade do passivo e do ativo do devedor.

Notadamente, a lógica de justiça que se extrai do procedimento falimentar, em consonância com a análise histórica do instituto, sua natureza, finalidade e do senso comum - partindo de um pressuposto calcado no direito natural-, está consubstanciada na divisão dos ativos de forma igualitária. Isto é, todos os credores precisam participar do rateio e receber uma “fatia do bolo”, para que finalmente superem o “luto” pela “morte” da empresa e sintam-se consolados pelo sistema de justiça.

Por isso, defendemos que o legislador deixou de observar a natureza da falência, enquanto “morte da empresa”, impossibilidade de acréscimo patrimonial e necessidade de divisão proporcional dos ativos, quando instituiu a ordem de preferência no concurso falimentar *stricto sensu*, incorrendo em desrespeito à isonomia que, segundo Mello (*apud* Cunha Júnior, 2023, p. 659-660), pressupõe a existência de uma justificativa racional para o tratamento discriminatório, em consonância com as especificidades do ordenamento onde se pretende inseri-la, *in verbis*:

Assim, consoante sintetiza Celso Antônio Bandeira de Mello, para poder se identificar o desrespeito à isonomia, “têm-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional (Cunha Júnior, 2023, p.659-660).

Portanto, na medida que o tratamento isonômico conferido pela LREF, encontra-se em dissonância com os valores prestigiados no sistema normativo, possibilitando que os credores privilegiados possam receber seus créditos e desassistindo os demais, é possível identificar o desrespeito à isonomia, afinal, “apenas diante de uma universalidade, poderão todos os credores ser satisfeitos [...]” (Sacramone, 2023, p. 523).

Defende-se, portanto, na falência, a extensão dos efeitos da *par conditio creditorum* a todas as classes de credores, o que nos remonta ao rateio universal como garantia da igualdade no procedimento falimentar.

7 A solução

O rateio universal pode ser compreendido como uma divisão igualitária dos ativos entre todos os credores da empresa falida, devendo desconsiderar as classificações e ordem de prioridades impostas pela Lei 11.101/2005.

Isto porque, na forma anteriormente aduzida, o tratamento isonômico não guarda relação com os valores prestigiados no microssistema de insolvência, especificamente, com o processo de falência, onde se busca proporcionar aos credores, uma parcela do resultado apurado na liquidação dos ativos, com o fito de garantir-lhes o encerramento das suas pretensões creditícias de forma mais justa.

Portanto, se os ativos da falida são insuficientes à contemplação de todos os credores, uns não devem ser privilegiados em detrimento de outros. Todo o ativo deve ser rateado em tantos quantos forem os credores, como forma de expressão legítima do princípio constitucional da igualdade e da *par conditio creditorium*, afinal, a falência de uma empresa representa grandes perdas ao mercado, sendo certo que essas perdas devem ser distribuídas em igual medida.

Assim, propõe-se o rateio universal como solução igualitária ao processo de falência, um caminho estratégico a ensejar uma necessária revisão legislativa quanto ao modo de pagamento de seus credores, pressupondo a igualdade na repartição dos recursos e desconsiderando hierarquias preestabelecidas, em consonância com a busca pela igualdade e justiça nos desdobramentos da falência empresarial.

7 Conclusão

A Lei 11.101/2005 estabeleceu a ordem dos pagamentos a serem processados no âmbito da recuperação judicial e da falência, organizando os credores de acordo com privilégios inerentes à natureza e importância de seu crédito.

Essa discriminação positiva encontra justificativa na recuperação judicial, uma vez que a empresa se mantém em funcionamento, auferindo lucro, podendo assim os credores aguardarem o momento adequado para satisfazerem sua pretensão, de acordo com a ordem legal de pagamentos.

Entretanto, a falência representa o estancamento da empresa do mercado, com a estabilização ou decréscimo no patrimônio da falida, emergindo a necessidade de liquidação e divisão proporcional dos ativos, cujo senso de justiça se encontra calcado na distribuição igualitária do resultado.

Por isso, defendemos que a ordem legal de pagamentos se encontra desassociada os valores prestigiados no microssistema de insolvência, verificando-se, por consequência, que o legislador incorreu em desrespeito à isonomia quando optou por estabelecer uma ordem de pagamentos na falência, inobservando a natureza e finalidade do instituto.

A proposta de implementação do rateio universal dos ativos na falência se apresenta como uma alternativa impactante no cenário do direito de insolvência nacional, buscando uma distribuição mais igualitária entre os credores e rompendo com a hierarquia preestabelecida.

No entanto, resta evidente que qualquer revisão profunda no microssistema de insolvência demanda debates mais profundos e um amplo consenso entre especialistas em direito, economia e agentes do mercado financeiro. Analisar minuciosa-

mente os impactos, desafios e possíveis benefícios dessa proposta é crucial para determinar sua viabilidade e alinhamento com os princípios constitucionais de igualdade e justiça.

Em resumo, a proposta do rateio universal dos ativos na falência traz consigo um potencial transformador, porém sua implementação requer não apenas uma revisão legislativa criteriosa, mas também a construção de consenso e compreensão sobre suas implicações reais no cenário da insolvência empresarial.

Referências

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.101, 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/14112.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 47**. Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula806/false>. Acesso em: 22 nov. 2023.

CALDAS, Aulete. **Minidicionário contemporâneo de língua portuguesa**. [atualização do Banco de Palavras, Conselho dos Dicionários Caldas Aulete]. Editor responsável Paulo Geiger, apresentação Evanildo Bechara. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

CARVALHO, Daniel. **Direito Empresarial**. Brasília: CP Iuris, 2020. (Coleção Carreiras Jurídicas.)

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 17.ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodium, 2023.

MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**, 12 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**.10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

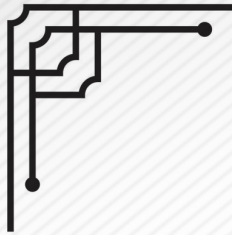
ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. - São Paulo: Malheiros, 2017;

TOMAZETTE, Marlon; FARIA, Rafael Moreira. **Comentários aos enunciados do FONAREF – Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências do CNJ**.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

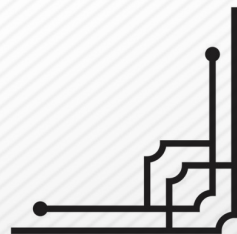
ZANINI, Carlos Klein. Da falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. (coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. c.5, seção 1, p.337-356.



CONTROLE DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: INSPEÇÃO E MONITORAMENTO DE PRISOES E DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE



CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ



CONTROLE DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: INSPEÇÃO E MONITORAMENTO DE PRISOES E DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ¹

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2. A classificação de créditos e pagamentos dos credores; 3 A recuperação judicial; 4 A falência; 5 O princípio da igualdade e suas facetas; 6 problema da lei de falências; 7 A solução; 8 Conclusão.

RESUMO

Apresenta a nova moldura normativa sobre a supervisão de prisões como mecanismo de prevenção da violação de direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade, especialmente o Protocolo Opcional da Convenção contra a Tortura das Nações Unidas (OPCAT) e a obrigação dos Estados membros de estabelecer mecanismos de monitoramento independentes., assim como o monitoramento internacional de prisões nos sistemas europeu, interamericano e africano de Direitos Humanos. Baseando-se nessa moldura, aborda o controle da execução penal no ordenamento jurídico brasileiro, analisando a instituições com atribuição para a supervisão das prisões, para investigar se o sistema brasileiro está de acordo com a regulação internacional do monitoramento. Conclui que o modelo multiorgânico brasileiro deve mais investigado para o desenvolvimento de uma moldura normativa nacional que efetivamente garanta a independência nas atividades de monitoramento das prisões.

Palavras-chave: direitos humanos; encarceramento; tortura; superpopulação carcerária.

ABSTRACT

Presents the development of the new normative framework on supervision of prisons as mechanisms to prevent the violation of the fundamental rights of people deprived of liberty as a principle of International Law of Human Rights, especially the Optional Protocol to the United Nations Convention against Tortures (OPCAT) and the obligation of States members to establish independent monitoring mechanisms, as well as the international monitoring of prisons in the European, Interamerican and African System of Human Rights. Based on this framework, it than approaches the control of penal execution in the Brazilian legal system, analyzing the institutions in charge of supervision of prisons, to investigate whether the Brazilian system is following international monitoring regulation. It concludes that all the Brazilian multiorgano system of monitoring of prisons must be further investigated to better

¹ Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Vice- Presidente da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e Presidente do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

develop a national normative framework which effectively assures the independence of monitoring.

Keywords: human rights; imprisonment; torture; prison overcrowding.

1 Introdução

O sistema penitenciário brasileiro tem sido local privilegiado para a prática de inúmeras violações graves aos direitos humanos, ao mesmo tempo que não tem se demonstrado capaz de conter a prática de crimes no seu interior, ou ainda que praticados fora dos estabelecimentos carcerários, por determinação de indivíduos presos, como ocorre no âmbito das facções criminosas.

Com isso, pode-se dizer que a execução penal no Brasil tem se revelado descontrolada, tendo em vista o desrespeito cotidiano às regras de execução penal. Nesse contexto, apresenta-se a necessidade de questionamento do modelo de controle da execução penal adotado pelo legislador.

O controle da execução penal tem sido reconhecido como um dos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDDHH), na medida em que vem se desenvolvendo, na legislação internacional, importante normativa sobre a supervisão das prisões como mecanismo de prevenção de violação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

É com base nesse novo arcabouço normativo que se pretende analisar o sistema brasileiro de controle de execução penal e, mais especificamente, o quadro legislativo sobre a supervisão das prisões, investigando-se a conformidade entre a regulamentação do controle no Brasil e as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre a matéria.

No primeiro tópico, serão estabelecidos os conceitos e definições necessários ao desenvolvimento do tema, no que diz respeito ao controle, supervisão, monitoramento e inspeção de prisões, apresentando-se, além disso as normas sobre supervisão de prisões no DIDDHH.

No segundo tópico será abordado o monitoramento internacional dos locais de privação de liberdade, notadamente, nos Sistemas Europeu, Interamericano e Africano de Direitos Humanos.

No terceiro tópico será apresentado o sistema brasileiro de controle da execução penal, abordando-se o quadro estabelecido pela Lei de Execução Penal (LEP) e o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura introduzido pela Lei 12.847/13.

Apresentando-se as considerações finais, conclui-se que se mostra necessário o desenvolvimento de pesquisa para averiguar o impacto das atividades de monitoramento realizadas pelos órgãos estabelecidos pela LEP e pelo MNPCT no que diz respeito à efetiva proteção e direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade ao desenvolvimento de *standards* sobre o tema.

2 Controle da Execução Penal: inspeção e monitoramento das prisões

O reconhecimento, no plano jurídico, da dignidade humana das pessoas privadas de liberdade, tanto na legislação internacional quanto nos ordenamentos jurídicos nacionais dos países ocidentais, assegura-lhes, a despeito dos efeitos inerentes

ao encarceramento, a manutenção de uma “liberdade residual” (Larrauri, 2021) ou seja, uma esfera de direitos fundamentais que devem ser respeitados pela administração penitenciária.

Entretanto, prisões são instituições particularmente propensas a abusos e distorções de poder, em razão, não só da vulnerabilidade inerente à toda e qualquer situação de privação de liberdade, mas também em decorrência do caráter predominantemente discricionário da maioria das decisões cotidianas da administração penitenciária (Rogan, 2021).

Isso porque, embora os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade tenham amparo no texto constitucional e tenham sido positivados na legislação infraconstitucional, não sendo possível ao legislador prever todos as hipóteses a serem reguladas pela lei, cabe apenas à administração penitenciária decidir sobre tantas outras questões corriqueiras.

Essas decisões são produzidas levando em consideração, de um lado, o dever de proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade (de acordo com o postulado da dignidade; o princípio da legalidade e, de outro lado, a necessidade de se manter a segurança nos estabelecimentos de privação de liberdade.

A prisão se apresenta, assim, como uma instituição específica no que se refere à interpretação dos direitos constitucionais, configurando-se, nesse contexto, uma lacuna entre a o arcabouço normativo sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade e a realidade vivida nas prisões, ou seja, o desenvolvimento normativo sobre a privação de liberdade não importa a efetiva proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade (Van Der Valk; Rogan, 2021).

Nesse contexto, a atribuição de poderes de controle da execução penal a determinada ou determinadas instituições constitui uma das estratégias de prevenção da violação de direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade.

O controle da execução penal consiste na fiscalização do cumprimento da lei e prevenção de violação de direitos humanos no ambiente prisional, por meio de supervisão (realizada por meio de atividades de inspeção e monitoramento), petições e queixas, auditorias, judicialização, entre outros (Buisson, 2007;).

Uma das principais formas de controle da execução penal é a supervisão de prisões, isto é, a atividade realizada por organismos independentes, que visitam as prisões regularmente, examinando as condições de vida das pessoas privadas de liberdade, e, a partir das observações realizadas, emitem relatórios e formulam recomendações às autoridades (Rogan, 2021).

A supervisão não se confunde, entretanto, com o controle judicial ou de acesso à justiça no âmbito da execução penal. As atividades de inspeção e monitoramento realizadas por organismos independentes (não estatais) são estratégias de prevenção de violação de direitos humanos no ambiente carcerário, por meio das quais busca-se a efetiva proteção dos direitos das pessoas presas, enquanto o controle judicial atua na análise e investigação de petições e queixas, para fins de adjudicação e possível reparação em caso de constatação de violação de direitos individuais ou coletivos (Larrauri, 2021).

Justifica-se a necessidade da supervisão preventiva por organismos independentes por diversos fatores, a saber: a) o desequilíbrio de poder entre as pessoas privadas de liberdade e o pessoal penitenciário, que se manifesta não só na possibilidade de contenção física e uso da força como também pelo fato de que as pessoas presas dependem dos membros da administração penitenciária para todos os aspectos da vida cotidiana, como acesso à água para banho, contato com familiares, acesso a tra-

tamentos de saúde, etc.; b) a natureza fechada dos locais de privação de liberdade, que impossibilita o conhecimento por parte do público, da mídia e da maioria das autoridades, de modo que uma situação grave de violação de direitos pode durar meses sem chegar ao conhecimento de quem quer que seja; c) a suposta falta de credibilidade das pessoas privadas de liberdade; d) os efeitos normativos da custódia, ou seja, o fato de que o pessoal penitenciário passa a considerar naturais situações inaceitáveis em razão da sua repetição diária; e) a chamada “prisão virtual”², ou seja, a disparidade entre as prisões descritas nos informes oficiais de autoridades governamentais e a realidade vivida por pessoas presas e pessoal penitenciário (Hardwick *et al.*, 2016).

Predomina na literatura a concepção segundo a qual, a supervisão pode ser exercida por meio de duas atividades distintas, notadamente, inspeção e monitoramento, porém não existe consenso no que diz respeito às definições dessas duas modalidades.

A supervisão das prisões pode ser desenvolvida em duas modalidades distintas, a saber, inspeção e monitoramento³.

Inspeção constitui a supervisão feita por membros internos da administração penitenciária ou agência estatal, buscando averiguar se as prisões estão sendo administradas conforme as leis nacionais e internacionais.

O monitoramento, por sua vez, é definido como a supervisão realizada por organismos independentes, das condições de encarceramento e do tratamento das pessoas privadas de liberdade para assegurar que seus direitos e sua dignidade são respeitados (Van Der Valk, Rogan, 2021; Izpurua, Rogan, 2020).

No que se refere ao órgão incumbido do monitoramento, pode-se adotar um modelo difuso, no qual vários órgãos monitoram as prisões, ou concentrado, no qual atribui-se a função de monitoramento a um órgão exclusivamente.

O monitoramento pode ser exercido por órgão nacional ou por órgão supranacional, como ocorre, por exemplo, na supervisão exercida pelo CPT nos países membros do Conselho da Europa.

A supervisão das prisões foi gradualmente desenvolvida no bojo de diversos documentos sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade e, atualmente, constitui um princípio consolidado no (DIDDHH).

As Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos das Nações Unidas (RMTR) de 1955 estabeleceram a inspeção regular dos estabelecimentos e serviços penitenciários, por inspetores qualificados e experientes, com atribuição de assegurar que estes estabelecimentos sejam administrados de acordo com as leis e regulamentos vigentes (Regra 55).

Nas Regras Penitenciárias Europeias (RPE) de 2006 também foi incluída previsão específica dispondo que as prisões devem ser inspecionadas regularmente por um organismo governamental, para que se verifique se são geridas de acordo com as normas internacionais e nacionais (Regra 92) e que as condições de encarceramento e

2 O termo “virtual prison” foi utilizado por Anne Owers, inspetora chefe das prisões na Inglaterra e País de Gales, referindo-se ao contraste entre o que os governantes acreditam que acontece nas prisões e o que realmente se passa no ambiente carcerário. Um dos exemplos fornecidos por Owers foi a unidade de isolamento da prisão de Dartmoor, descrita pelo pessoal penitenciário como uma jaula. O governador tinha determinado a desativação da unidade e acreditava que sua ordem havia sido cumprida, porém a unidade continuava sendo usada no momento da inspeção realizada por Owers (Edemariam, 2009).

3 Predomina na literatura a concepção segundo a qual, a supervisão pode ser exercida por meio de duas atividades distintas, notadamente, inspeção e monitoramento, porém não existe consenso no que diz respeito às definições dessas duas modalidades. Dünkel e Simon (2018), por outro lado, referem-se apenas à palavra monitoramento (Simon usa sempre a fórmula monitoramento penal independente), enquanto Hardwick (2016) usa apenas a expressão inspeção. Sobre o tema, ver Hardwick (2016); Van Der Valk, (2021); Jewkes; Crewe; Bennett (2016, p. 646); Simon (2018).

a maneira como as pessoas presas são tratadas devem ser controladas por um ou mais órgãos independentes (instituição independente, não governamental), cujas conclusões devem ser tornadas públicas (Regra 93.1).

A supervisão de prisões foi desenvolvida de forma mais minuciosa no OPCAT (2006), segundo o qual cada Estado Parte deverá manter, designar ou estabelecer, um ou vários mecanismos nacionais de prevenção independentes para a prevenção da tortura a nível interno (art. 17), os chamados Mecanismos Nacionais de prevenção da Tortura (MNP), com os seguintes poderes: a) examinar regularmente o tratamento das pessoas privadas de liberdade em locais de detenção para, se necessário, reforçar a proteção dessas pessoas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; b) fazer recomendações às autoridades competentes a fim de melhorar o tratamento e a situação das pessoas privadas de liberdade e prevenir a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, tendo em conta as normas pertinentes das Nações Unidas; c) apresentar propostas e observações a respeito da legislação vigente ou de projetos legislativos sobre a matéria (art. 18).

Os Estados Partes deverão assegurar, de acordo com o OPCAT, a independência funcional dos MNP no exercício das suas funções, bem como a independência do seu pessoal (art. 18.1).

Além disso, o OPCAT dispõe expressamente sobre os poderes dos mecanismos nacionais, estabelecendo que os Estados Partes devem conceder-lhes acesso a toda a informação relativa ao número de pessoas privadas de liberdade em locais de detenção, bem como ao número de locais e respetiva localização; a toda a informação relativa ao tratamento dessas pessoas, bem como às suas condições de detenção; e a todos os locais de detenção e respetivas instalações e equipamentos (art. 20)

Os MNP também devem ter a oportunidade de falar em privado com as pessoas privadas de liberdade, sem testemunhas, pessoalmente ou com a assistência de um intérprete, se for considerado necessário, bem como com qualquer outra pessoa que o mecanismo nacional de prevenção entenda poder dar informação pertinente, e a liberdade de escolherem os locais que pretendem visitar e as pessoas que pretendem falar (art. 20).

Dispõe ainda o OPCAT que as autoridades competentes do Estado Parte deverão examinar as recomendações do MNP e entrar em diálogo com ele sobre eventuais medidas de aplicação, além de publicar os relatórios produzidos pelo mecanismo.

O texto do OPCAT, por sua vez, contribuiu para o aprimoramento das disposições sobre o controle da execução penal na reforma das RMTR, em 2015, de forma que as Regras de Mandela dispõe que deve haver um sistema duplo de inspeções regulares nos estabelecimentos e serviços prisionais composto de a) inspeções internas ou administrativas conduzidas pela administração prisional central; b) inspeções externas conduzidas por um órgão independente da administração prisional, que pode incluir órgãos internacionais ou regionais competentes (Regra 83, 1).

Em ambos os casos, o objetivo das inspeções deve ser o de assegurar que os estabelecimentos prisionais sejam administrados de acordo com as leis, regulamentos, políticas e procedimentos vigentes, para prossecução dos objetivos dos serviços prisionais e correcionais e para a proteção dos direitos dos reclusos (Regra 83.2).

Também a revisão das RPE, em 2020, foi fortemente influenciada pela redação do OPCAT. Foram estabelecidas inspeções por órgãos internos da administração penitenciária e monitoramento por órgãos independentes (à semelhança da previsão original nas RPE 2006), acrescentando-se a previsão de poder de acesso a todas as prisões e partes de prisões, bem como os registros prisionais, incluindo os relativos

a pedidos e queixas, e informações sobre as condições de detenção e tratamento dos reclusos (Regra 92).

Instituíram MNP após a adesão ao OPCAT, estabelecendo organismos únicos para o desempenho das funções de monitoramento das prisões, a Áustria (2012), Bulgária (2012); Croácia (2012); Chipre (2011); República Checa (2006); Estônia (2007), Finlândia (2014); França (2007); Grécia (2014); Hungria (2011); Itália (2014); Letônia (2018); Lituânia (2013); Luxemburgo (2010), Polônia (2008); Portugal (2013); Romênia (2014), Eslovênia (2007); Espanha (2009), Suécia (2006).

Outros países europeus optaram por estabelecer mecanismos compostos por mais de um órgão, quais sejam: Alemanha (2008); Malta (2003); Países Baixos (2011); Reino Unido (2009) (Aizpurua; Rogan, 2020).

A adesão ao OPCAT resultou na criação de mecanismos nacionais também nos países latino-americanos. Instituíram órgãos únicos Argentina (2004); Brasil (2007), Bolívia (2006); Chile (2008); Costa Rica (2005); Guatemala (2008); Honduras (2006); México (2005); Uruguai (2005); Panamá (2011).

O mesmo ocorreu em diversos países africanos como Cabo Verde (2016); Marrocos (2014); Moçambique (2014); Ruanda (2015); Senegal (2006); Togo (2010); Tunísia (2011) (OHCHR, [20--]).

A despeito da ampla adesão ao OPCAT, não existem regras pormenorizadas sobre o funcionamento dos mecanismos, podendo-se identificar, assim, diferenças importantes entre os diversos modelos adotados.

Na Alemanha, por exemplo, após à adesão ao OPCAT, em 2008, foi instituído o MNP, composto de duas agências, quais sejam: a Agência Federal de Prevenção da Tortura, com poderes para visitar os locais de privação de liberdade sob jurisdição federal (Polícia Federal, Forças de Defesa e Aduana) e a Comissão Conjunta dos Estados (Länder), com poderes para visitar todos os estabelecimentos sob a autoridade dos Estados (estabelecimentos policiais, centros de detenção para estrangeiros, prisões, hospitais psiquiátricos, etc.) (Dünkel; Morgenstern, 2018).

Esses organismos inserem-se, entretanto, em um conjunto de outras modalidades de controle, exercidas por diversos órgãos, como o controle judicial — considerada a principal forma de controle da execução penal na Alemanha⁴ —; o Ombudsman no estado da Renânia do Norte-Vestefália; as Comissões de Conselheiros; as investigações parlamentares e a pesquisa empírica sobre as condições de detenção e práticas penitenciárias.

Já no caso da Espanha, desde 2010, atribuiu-se ao Defensor do Povo, instituição preexistente, a função de MNP, isto é, de monitoramento dos locais de privação de liberdade.

Além disso, supervisionam as prisões os chamados Juízes de Vigilância Penitenciária (JVP), concretizando o processo de jurisdicionalização da execução penal implementado pela Lei Orgânica General Penitenciária (LOGP), e o serviço de inspeção interna da administração penitenciária.

O JVP possui um papel duplo, sendo incumbido de resolver recursos individuais das pessoas privadas de liberdade contra decisões da administração peniten-

⁴ O reconhecimento da posição jurídica das pessoas privadas de liberdade e sua possibilidade de ajuizar petições, na decisão marco da Corte Constitucional Federal Alemã, em 1972 (B VerfGE 33,1 ff), que rompeu com o paradigma da especial relação de sujeição (besonderes Gewaltverhältnis) impôs ao legislador a elaboração de uma lei penitenciária estabelecendo direitos e deveres das pessoas privadas de liberdade, que foi editada em 1977. A nova legislação estabeleceu, ainda, um complexo sistema de queixas e revisão judicial das decisões da administração penitenciária, concretizando o direito constitucional à revisão judicial de atos administrativos no âmbito da execução penal. “Qualquer decisão”, segundo Dünkel e Morgenstern (2018), “e até a simples ação dos guardas das prisões como não bater na porta da cela da prisão pode ser submetido a um procedimento de queixa formal”.

ciária e de supervisionar os locais de privação de Liberdade, visitando-os periodicamente. Cabe-lhe, além disso, realizar recomendações à administração penitenciária.

A supervisão realizada pelo JVP tem recebido críticas do Comité de Prevenção da Tortura do Conselho da Europa (CPT), em razão do escasso volume de visitas presenciais realizadas (atribuída a uma carga excessiva de trabalho).

O JVP foi qualificado pelo CPT como um “visitante ocasional” (*rare visitor*). Segundo o CPT, os juízes devem ser supervisores independentes e imparciais e não meros referendadores dos atos da administração ou “autoridades chanceladoras” (*rubberstamping authorities*) (Larrauri, 2021).

O serviço de inspeção interna, por sua vez, visita as prisões buscando uma supervisão centralizada em caso de situações muito graves como motins, evasões, incêndios, agressões contra funcionários, entre outras.

Em que pese a ausência de disposição que imponha regras mínimas para a supervisão de prisões, o CPT tem feitos recomendações específicas sobre o tema em seus relatórios.

Segundo o CPT, organismos de inspeção e monitoramento devem ter o poder de encontrarem-se com pessoas privadas de liberdade e receberem correspondência delas confidencialmente. Além disso, membros desses organismos devem esforçar-se para encontrar outras pessoas presas além daquelas que solicitaram audiência com eles. Deve-se, ainda, realizar visitas frequentes, anunciadas e não anunciadas e os visitantes devem ingressar em todos os recintos da prisão.

O CPT criticou relatórios de inspetores por serem sucintos e conterem pouca informação sobre como as conclusões foram obtidas e observou que organismos de supervisão de prisões devem receber recursos materiais e humanos suficientes para o desempenho de suas funções (Rogan, 2021).

Nessa seara, a Assembleia Nacional francesa aprovou a Lei n. 2007- 1545, de 30 de outubro de 2007, que estabeleceu o Controlador Geral dos locais de privação da liberdade, que, independentemente da competência do Poder Judiciário, é responsável pelo controle das condições das pessoas privadas de liberdade e verificar o respeito aos seus direitos fundamentais. Em suas funções, por ser independente, não se subordina a nenhuma autoridade (CGLPL, [20--]).

Trata-se, portanto, da adoção do modelo concentrado de controle externo da execução penal, que, segundo foi entendido na Europa, com certa distância e visão geral dos estabelecimentos penais, é quem pode exercer uma influência real. Esse único órgão de controle, por sua vez, deve possuir uma abrangência nacional em detrimento dos órgãos de âmbito local ou regional (Silva, 2019, p.68).

Recomenda-se que o Controlador Geral exerça sua atividade de forma permanente e dual, ou seja, com a finalidade de informar, tanto as autoridades políticas e administrativas, quanto a população. Assim, os locais de privação de liberdade estão sujeitos a controles regulares e a inspeções pontuais, decorrentes de um evento específico ou de uma notícia de irregularidade (Buisson, 2007, p.83-84).

Conforme estabelecido pela lei francesa, o Controlador Geral recebe todos os documentos úteis para a avaliação preliminar do estado geral das prisões, incluindo planos ou programas estabelecidos pela Administração Penitenciária, e todos os documentos de comunicação oficial interna dos estabelecimentos penais (por exemplo, ofícios, circulares) (Silva, 2019, p. 69).

A partir dessas informações, o Controlador Geral poderá compreender o estado dos diversos estabelecimentos e organizar um programa de visitas, com intervalos regulares especificados ou com base em eventos ou incidentes levados ao seu conhecimento.

O Controlador Geral também pode determinar a realização de estudos sobre temas que possam complementar suas informações sobre o sistema penitenciário, para a avaliação da Administração ou da solução de uma questão pendente, tais como suicídios, tratamento de prisioneiros em condições psiquiátricas, o envio e o recebimento de correspondência. Isso permite a elaboração de relatórios temáticos, sempre que necessário.

Em seu relatório anual, o Controlador Geral deve relatar suas atividades, as inspeções realizadas e o funcionamento geral do órgão, além de apreciar o estado geral das prisões em termos de políticas de reintegração, supervisão e treinamento de pessoal, organização e equipamento

Além disso, o relatório deve conter as recomendações para o adequado funcionamento do sistema penitenciário, podendo solicitar a implementação de programa de emergência para determinados estabelecimentos penais

Por fim, o Controlador Geral também se manifesta em processos judiciais perante os órgãos disciplinares, caso seja necessário atestar sobre as condições encontradas em determinado estabelecimento penal, que possam impactar na vida das pessoas encarceradas.

Como a lei francesa estabeleceu que o Controlador Geral dos Locais de Privação de Liberdade é um organismo público independente, ele deve cumprir suas tarefas, com total independência, sem se subordinar a nenhuma autoridade; com mandato de seis anos, que não pode ser revogado ou renovado; não pode ser processado por suas opiniões ou pelas ações no exercício suas funções; não está autorizado a exercer quaisquer outras funções ou mandatos eletivos; é auxiliado por uma equipe experiente e multidisciplinar, composta por: 1 (um) secretário geral, 12 (doze) controladores nomeados em tempo integral, 9 (nove) controladores em tempo parcial e 4 (quatro) assistentes. Exige-se, tanto do Controlador Geral, quanto de sua equipe, sigilo profissional e imparcialidade.

Aliás, essa última exigência é apontada como uma das mais importantes vantagens do modelo de controle concentrado, pois no modelo difuso, como o brasileiro, de uma maneira geral, os órgãos que controlam as condições de privação da liberdade são de atores na execução penal, como juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados e autoridades administrativas (Buisson, 2007, p. 83-84).

3 Controle Internacional: monitoramento e judicialização

3.1 Monitoramento de prisões no Sistema Europeu de Direitos Humanos

O monitoramento internacional de prisões teve início com a criação do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT), na Convenção Europeia para Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (Art. 1o da CEPT), pelos Estados Membros do Conselho da Europa, em 1989⁵.

A atuação preventiva do CPT deveria complementar o controle contencioso, de caráter judiciário (e forçosamente a *posteriori*) exercido pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH).

⁵ CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia Para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_europeia_prev_tortura_tratamentos_degradantes.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2023.

Assim, o CPT é incumbido de inspeções periódicas ou visitas “ad hoc”, podendo ingressar a qualquer tempo nos estabelecimentos policiais, administrativos, médicos ou penitenciários dos países Membros do Conselho da Europa. A partir das inspeções realizadas, o CPT emite relatórios avaliando a qualidade das condições de detenção.

Constatando uma violação ao artigo 3o da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção EDH), pode o CPT requisitar a instauração de sindicâncias para apurar responsabilidade, formular recomendações e sugerir medidas necessárias para melhorar as condições de encarceramento nos países visitados (Japiassú, 2013). Caso o Estado visitado não as adote, o CPT pode emitir uma declaração pública, com base na qual os indivíduos lesados podem, então, dirigir-se à Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) (Bicknell; Evans, 2017).

Entretanto, a Convenção EDH não definiu o que constitui tortura ou tratamento desumano e degradante, cabendo ao Comitê definir as situações de violação ao art. 3o da Convenção, avaliando o tratamento das pessoas presas e formular recomendações caso a caso, de forma a reforçar sua proteção.

Além disso, a atuação do CPT não se restringe à interpretação da jurisprudência da Corte EDH, amparando-se em um conjunto mais amplo de instrumentos de proteção de direitos humanos⁶.

Nesse contexto, o CPT vem desempenhando, além da atuação preventiva, uma função normativa, reforçada pela jurisprudência da Corte, na qual os relatórios e recomendações do Comitê sempre são usados como parâmetro para o reconhecimento de violações ao art. 3o da CEDH.

Dessa função normativa resultou a ampliação da interpretação conferida ao artigo 3o da Convenção na jurisprudência da Corte EDH, passando-se a prescindir da intenção das autoridades como condição da caracterização da violação aos dispositivos da Convenção⁷.

Vem se desenvolvendo, dessa forma, uma normativa sobre os direitos da pessoa privada de liberdade, incorporada tanto na jurisprudência da Corte EDH como nas decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais⁸.

A interação entre o CPT e a Corte, vem sendo reforçada, ainda, pelas recomendações do Comitê de Ministros do Conselho Europeu, as quais, por sua vez, vem sendo corroboradas pela jurisprudência da Corte⁹.

Em razão dessa interação de reforço mútuo entre as instituições do Sistema Europeu de Direitos Humanos e do Conselho da Europa, as Recomendações do Comitê de Ministros passaram a funcionar como instrumentos jurídicos quase cogen-

6 Segundo Snacken (2014), a composição multidisciplinar do Comitê e as frequentes inspeções nos estabelecimentos de detenção asseguram a produção de relatórios mais detalhados, coerentes e conectados com a realidade cotidiana da privação de liberdade que a jurisprudência necessariamente casuística da Corte.

7 Assim, por exemplo, a atuação do CPT contribuiu para o reconhecimento, na jurisprudência da Corte, de tratamento desumano e degradante, em casos de superpopulação carcerária (Dougoz v. Grécia, 2001) e dos regimes precários de detenção (Alver v. Estônia, 2005) (Snacken, 2024).

8 Segundo Distefano, “[...] os juízes de Estrasburgo não hesitam em se apoiar sobre os relatórios do Comitê buscando chegar à qualificação do comportamento ilícito dos órgãos estatais” (Distefano, 2001, p.21-42).

9 A Rec (2003) 23 do Comitê de Ministros, relativa à gestão dos condenados à prisão perpétua e penas longas, por exemplo, retoma os princípios enunciados no 11o Relatório Geral do CPT de 2001 e a Recomendação (2003) 22 sobre o livramento condicional foi influenciada pelos relatórios do CPT e pela jurisprudência da Corte a respeito da superpopulação em vários países europeus. Ambas as Recomendações e as Regras Penitenciárias Europeias (RPE) servem de referência para as decisões da Corte e os relatórios do CPT. SNACKEN, Sonja. Van ZYL SMITT. Distinctive Features of European Penology and Penal Policy-Making. in DAEMS, Tom, Van ZYL SMIT, Dirk. SNACKEN, Sonja. European Penology? Edição Kindle.

tes, superando seu estatuto original e incerto de “soft law”.

Assim, observa-se que 23 países dentre os 47 membros implementaram reformas legislativas baseadas nas Regras Penitenciárias Europeias (RPE) e 22 afirmaram ter introduzido regras precisas destinadas a melhorar a proteção dos direitos dos presos (como visitas familiares, correspondência, trabalho, educação, etc.) e uma melhor preparação para a reintegração (Snacken, 2014).

O quadro do monitoramento internacional da região tornou-se mais complexo com o estabelecimento do Subcomité para Prevenção da Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis ou degradantes das Nações Unidas (SPT) e dos Mecanismos Preventivos Nacionais (MPN), na moldura do Protocolo Opcional à Convenção das Nações Unidas Contra Tortura (OPCAT) (Bicknell; Evans, 2017).

Desde a entrada em vigor do Protocolo, em 2006, o CPT vem atuando paralelamente ao SPT, no nível internacional, e aos MPN, no nível nacional, de forma que as prisões dos estados membros são inspecionadas pelo CPT (na moldura da CEPT), pelo SPT e pelos respectivos MPN (na moldura do OPCAT).

Assim como o CPT, SPT produz relatórios confidenciais, a partir dos quais se estabelece um diálogo contínuo com os Estados partes.

Os mecanismos nacionais, por sua vez, desenvolvem suas inspeções sob a orientação do SPT, produzindo relatórios públicos.

Também o Parlamento Europeu tem contribuído para o monitoramento internacional das prisões europeias, por meio de visitas executadas pelo da Delegação do Comitê sobre Liberdades Cívicas, Justiça e Assuntos Internos às prisões dos Estados Partes, como ocorreu na Itália em 2014, resultando em um relatório apontando as precárias condições de detenção naquele país (Cliquennois; Snacken, 2018).

Assim, nos últimos 20 anos, as diversas instituições (CPT, Corte EDH, Comitê de Ministros, MPN e Parlamento Europeu) vem atuando em conjunto, reforçando-se mutuamente, para estimular a revisão das políticas penais e penitenciárias.

Além disso, a partir dos anos 2000, a Corte EDH adotou postura atuante, em relação aos direitos dos presos, dando força cogente às recomendações do CPT, com o reconhecimento, no caso *Kudla vs. Polônia* (2000), do princípio segundo o qual uma pena de prisão não pode submeter o interessado a sofrimentos cuja intensidade exceda o nível inevitável inerente à detenção (Céré, 2013, p.9).

No caso *Dougoz e Peers vs. Grécia* (2001), por sua vez, constatou-se que as condições de vida deficientes seriam suficientes para caracterizar uma violação do art. 3º, dispensando-se a vontade de humilhação do indivíduo preso, especialmente nos casos de superpopulação crônica e não observância das regras de higiene.

Outra mudança significativa foi a de que a constatação objetiva de condições de detenção deploráveis permite qualificar como tratamento degradante, independentemente das consequências concretas ao estado de saúde do preso (Céré, 2013, p.9). O desenvolvimento da jurisprudência da Corte EDH para reconhecimento da precariedade das condições de detenção como forma de violação do art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) contribuiu para a adoção de uma postura mais atuante, em relação aos direitos dos presos e, por consequência, para a evolução das decisões no sentido de se impor aos Estados-membros a obrigação de controlar a superpopulação carcerária¹⁰.

Nesse contexto, os juízes europeus estabeleceram a exigência de um espaço mínimo de vida individual de três metros quadrados, em celas compartilhadas, apro-

¹⁰ Ao contrário do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 10, parágrafo 2) e da Convenção Americana de Direitos do Homem (artigo 5, parágrafo 2), os quais estipulam que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade humana.

ximando-se das preconizações do CPT, segundo as quais o espaço habitável coletivamente seria de quatro metros quadrados¹¹.

O tratamento da superpopulação carcerária pela Corte adquiriu caráter ainda mais incisivo com adoção do procedimento de julgado-piloto (nos termos do artigo 61 do Regulamento da Corte EDH)¹², sempre que constatados problemas estruturais ou sistemáticos subjacentes aos casos repetitivos de superlotação¹³.

Mais que toda a jurisprudência da Corte EDH, os julgados-piloto vêm contribuindo para a identificação de estratégias eficazes de redução da população carcerária, uma vez que, como bem observou Robert, a Corte não se limita, nesses casos, a recomendar a adoção de medidas isoladas, promovendo, em vez disso, a implementação de um plano de ação complexo, envolvendo “todos os atores da cadeia penal”, isto é, o legislador, as autoridades judiciárias e administrativas. Ficaria caracterizada, segundo a autora, uma posição não só de denúncia, mas de combate à superpopulação carcerária (Robert, 2014).

3.2 Sistema Interamericano

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) atua no monitoramento das pessoas submetidas a qualquer forma de privação de liberdade, em conjunto com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no âmbito da Organização dos Estados Americanos e na moldura da Convenção Americana de Direitos Humanos.

11 Nessa perspectiva, a constatação de condições de vida deficientes no ambiente carcerário seria suficiente, de acordo com Céré (2013), para caracterizar uma violação do art. 3º, dispensando-se a vontade de humilhação do indivíduo preso por parte da administração penitenciária, especialmente nos casos de superpopulação crônica e não observância das regras de higiene. A corte teria atenuado a exigência do elemento intencional, de acordo com Robert (2014) a partir do caso Dougoz e Peers vs. Grécia de 19 de abril de 2001, em razão da “particular vulnerabilidade na qual se encontra inelutavelmente colocada uma pessoa privada de liberdade”. Outra mudança significativa foi a dispensa da exigência de um mínimo de gravidade, de forma que “a constatação objetiva de condições de detenção deploráveis permite, por si só, reter a qualificação de tratamento degradante, independentemente das consequências concretas naquela situação sobre o estado de saúde do preso”. Identifica-se, segundo Robert (2014), um desenvolvimento da jurisprudência da Corte, no sentido de estabelecer padrões elevados de exigência em relação às condições de detenção e influenciar efetivamente o debate sobre a superpopulação carcerária, por meio das decisões judiciais (Robert, 2014).

12 Artigo 61 – Procedimento do Julgamento piloto 1. A corte pode decidir aplicar o procedimento do julgamento piloto e adotar um julgamento piloto, sempre que os fatos que dão origem a uma queixa introduzida perante ela revelam a existência, na Parte interessada, de um problema estrutural ou sistêmico ou de uma outra disfunção similar que tenha dado ensejo, ou seja, suscetível de dar ensejo à introdução de queixas análogas. No original, em francês: Article 61 – Procédure de l’arrêt pilote 1. La Cour peut décider d’appliquer la procédure de l’arrêt pilote et adopter un arrêt pilote lorsque les faits à l’origine d’une requête introduite devant elle révèlent l’existence, dans la Partie contractante concernée, d’un problème structurel ou systémique ou d’un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l’introduction d’autres requêtes analogues (Cour Européenne des Droits de L’homme, 2023).

13 A Corte Europeia elaborou o procedimento de julgado-piloto para se dotar de um método que permitisse identificar os problemas judiciais subjacentes aos casos repetitivos dirigidos contra alguns países, em razão das mesmas situações fáticas. O método permite que a corte aplique a esses casos um tratamento prioritário, incumbindo-lhe, então, não só se pronunciar sobre a questão da violação da CEDH, mas também identificar os problemas sistemáticos e fornecer ao governo envolvidos indicações claras sobre as medidas de composição que devem ser adotadas (Cour Européenne des Droits de L’homme, 2023). O objetivo da adoção do procedimento de julgamento piloto consiste em induzir o Estado a remediar o estado de coisas que deu origem a repetidas queixas, resolvendo, assim, um grande número de ações individuais geradas pelo mesmo problema estrutural. Busca-se, com isso, facilitar a resolução rápida e efetiva de disfunções que afetem a proteção dos direitos dos indivíduos presos, por meio de remédios domésticos efetivos, ou soluções ad hoc como acordos com os queixosos. O exame dos casos similares pode ser suspenso enquanto se aguarda o julgamento final e, caso as medidas necessárias não sejam adotadas pelo Estado, a Corte pode voltar a examinar os casos similares (Cour Européenne des Droits de L’homme, 2015). A partir do julgamento piloto, teria se desenvolvido outra categoria, os falsos ou quase- julgamentos-piloto. Tratar-se-ia de casos, segundo Afroukh (2012), nos quais a Corte não adotou expressamente o procedimento de julgamento piloto, mas identificou um problema estrutural e a urgência de medidas gerais em nível nacional. Nesses casos, a corte teria deixado de expor indicações de medidas no dispositivo do julgamento, limitando-se a fazê-lo na fundamentação da decisão..

A base normativa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi determinante para o desenvolvimento de uma jurisprudência de proteção de direitos, na medida em que, ao contrário da Convenção Europeia, a Convenção Americana inclui expressamente, no âmbito de proteção do art. 5 que disciplina o direito à integridade pessoal, os direitos das pessoas presas, impondo o tratamento compatível com o respeito à dignidade humana.

Assim, os direitos das pessoas presas vem representando grande parte da atuação da Comissão IDH, de forma que, em 2004, foi instituída formalmente a Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Presas, com mandato para monitorar a situação das pessoas submetidas a qualquer forma de privação de liberdade nos Estados membros da OEA, realizar visitas aos Estados, promover os mecanismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para proteger os direitos de pessoas privadas de liberdade e preparar informes e recomendações especializados dirigidos aos Estados Membros da OEA.

A Comissão IDH também exerce controle sobre a execução da pena privativa de liberdade por meio da análise e acompanhamento das comunicações individuais que lhe são encaminhadas, podendo solicitar informações e fazer recomendações aos Estados Partes, preparar estudos e relatórios e cobrar a adoção de medidas para implementação dos direitos previstos na Convenção.

Cabe-lhe, ainda, recomendar aos Estados a adoção de medidas cautelares, em casos de gravidade e urgência (art. 25 do Regulamento da Comissão) e solicitar à Corte medidas provisórias (art. 74 do novo Regulamento).

A efetividade da atuação de controle da Comissão IDH está relacionada à possibilidade de submeter os casos à apreciação da Corte IDH, órgão jurisdicional do sistema interamericano.

3.3 Monitoramento de Prisões no Sistema Africano de Direitos Humanos

Tal como os sistemas mais antigos, o Sistema Africano dos Direitos Humanos e dos Povos também contribuiu para a evolução das regras sobre a privação de liberdade através da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (ComADHP) e da Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CtADHP), no âmbito da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP).

Pode-se observar, além disso, uma gradual evolução no sentido de se ampliar e consolidar essa moldura normativa, com a adoção de diversas resoluções sobre condições de detenção, destacando-se especialmente a Resolução sobre Prisões na África, de 1995, a qual estendeu os direitos previstos na Carta Africana a todas as pessoas privadas de liberdade, bem como, da Resolução sobre a adoção da Declaração de Ouagadougou e Plano de Ação sobre Aceleração da Prisão e Reforma Penal na África (Sarkyn, 2009).

A ComADHP adotou, ainda, as Diretrizes de Robben Island (Diretrizes e Medidas para a proibição e Prevenção da Tortura, tratamento ou pena cruel desumana ou degradante na África), em 2002.

Além disso, em 1996, foi implementada a Relatoria Especial para as Prisões e Condições de Detenção (REP), com base no artigo 45.º, n.º 1, da Carta Africana, com a tarefa de visitar os centros de privação de liberdade em vários países africanos, recolher informações e preparar relatórios sobre as visitas (Viljoen; Odinkalu, 2014).

A partir dessa moldura normativa, a atuação da Comissão Africana tem impulsionado a melhoria nas condições de detenção, por meio da investigação e adju-

dicação de violações de direitos humanos. Dentre as comunicações sobre a violação do art. 5 da Carta Africana tratadas pela Comissão, as mais frequentes são aquelas relativas às condições de detenção (Viljoen; Odinkalu, 2014).

4 Controle da Execução Penal no Brasil

Adota-se, no direito brasileiro, um modelo difuso de controle da Execução Penal (art. 61 LEP), atribuindo-se a função de supervisão a diversos órgãos dos poderes executivo (Conselho Nacional de Política Penal e Penitenciária, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos Penitenciários, Conselhos Comunitários, Departamento Penitenciário Nacional) e judiciário (o juízo da execução)¹⁴.

O Conselho Nacional de Política Penal e Penitenciária (CNPCP) é uma agência subordinada ao Ministério da Justiça, incumbindo-lhe a condução de inspeções nos estabelecimentos de privação de liberdade e a elaboração de relatórios dirigidos às autoridades administrativas e judiciais diretamente encarregadas da implementação das medidas e programas apropriados, formulando recomendações e definindo um cronograma para o controle de seu cumprimento, assim como a avaliação da evolução da execução de penas no nível estadual, com base nos relatórios dos Conselhos Penitenciários (art. 64, VIII LEP).

Após as inspeções, o CNPCP apresenta relatórios dirigidos às autoridades administrativas e judiciais, diretamente encarregadas da implementação das medidas e programas apropriados, formulando recomendações e definindo um cronograma para o controle de seu cumprimento.

O Departamento Penitenciário Nacional, por sua vez, é o órgão responsável pela política penitenciária nacional, incumbindo-lhe a provisão orçamentária e direção administrativa do CNPCP, além de controlar a aplicação da lei de execução penal e conduzir inspeções nos estabelecimentos de privação de liberdade (art. 72 LEP).

O controle exercido pelo poder judiciário desdobra-se em três tipos de funções, quais sejam: a) supervisão das prisões por meio de inspeções mensais aos estabelecimentos prisionais e adoção das medidas cabíveis para assegurar o respeito aos direitos dos presos; b) aplicação dos direitos relativos ao sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade (progressão de regime, livramento condicional, saídas temporárias); c) análise de petições ajuizadas pelas pessoas privadas de liberdade sobre violações de direitos fundamentais no âmbito da execução da pena¹⁵; d) fiscalização do poder disciplinar da administração penitenciária por meio da homologação de processos disciplinares por prática de faltas graves; e) e exercício de poder disciplinar nos casos de decretação da regressão de regime e da imposição do regime disciplinar diferenciado.

A LEP prevê ainda o controle exercido pelo Ministério Público, seja por meio de inspeções mensais ou no âmbito dos processos de execução, formulando

14 O controle difuso da execução é aquele exercido por vários órgãos, ao passo que o controle concentrado é realizado por um único órgão incumbido das funções de verificação, mediação e observação, como foi previsto na Recomendação do Parlamento Europeu de de 17 de dezembro de 1996 (Buisson, 2007).

15 O controle judicial tem sido exercido, assim, por meio da análise de ações judiciais individuais ou coletivas pleiteando o reconhecimento dos direitos das pessoas privadas de liberdade à vida e integridade pessoal, individualização da pena, entre outros. O direito à integridade pessoal e a correlata vedação de tratamento desumano ou degradante, por exemplo, foi um dos fundamentos da decisão do pleno Supremo Tribunal Federal que concedeu medida liminar na Ação de Descumprimento de preceito Fundamental (ADPF) 347 de 2015, para declarar o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional, tendo em vista o caráter estrutural e sistêmico do quadro de superlotação.

requerimentos, interpondo recursos ou opinando sobre pedidos de progressão de regime, livramento condicional, indulto, entre outros.

O controle da execução é exercido também pela Defensoria Pública, garantindo-se ao Defensor livre acesso a todos os locais de privação de liberdade, para entrevistar-se pessoalmente com os presos e para controlar as condições de detenção. (LC 132/2009)¹⁶.

A criação de serviços de assistência jurídica integral pela Defensoria Pública, dentro e fora dos locais de privação de liberdade foi introduzida na LEP pela Lei 12.313/2010, impondo-se à administração penitenciária a construção de instalações reservadas ao Defensor Público em cada estabelecimento prisional, bem como o fornecimento de recursos pessoais e administrativos, informações e documentos sobre os presos (art. 16 - LEP)¹⁷.

O rol de órgãos de controle foi ampliado pela Lei 12.847/2013, com a instituição do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à tortura (SNPCT) e a implementação do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), criados na moldura do OPCAT. A lei 12.847/13 prevê, ainda, a criação de mecanismos estaduais de prevenção e combate à tortura (art. 13). O Decreto 8.154/2013, por sua vez, regulamentou a Lei 12.847/2013, dispondo sobre o funcionamento do SNPCT, a composição e o funcionamento do MNPCT¹⁸.

De acordo com a Lei 12.847/2013, o MNPCT será composto por onze peritos, escolhidos pelo CNPCT entre pessoas com notório conhecimento e formação de nível superior, atuação e experiência na área de prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, e nomeados pelo

16 A criação de serviços de assistência jurídica integral pela Defensoria Pública, dentro e fora dos locais de privação de liberdade para foi introduzida na LEP pela Lei 12.313/2010, impondo-se à administração penitenciária a construção de instalações reservadas ao Defensor Público em cada estabelecimento prisional, bem como o fornecimento de recursos pessoais e administrativos, informações e documentos sobre os presos. (art. 16 LEP)

17 No estado do Rio de Janeiro, porém, a criação do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública Geral do Estado (NUSPEN DPGE) ocorreu em 1999 (Decreto n. 25.535/99), antes da mencionada alteração legislativa, tendo-se implementado um programa institucional de intervenção junto às unidades prisionais, em razão da ineficiência da atuação estatal no enfrentamento do problema de superpopulação e das demandas dos presos por tratamento digno. No final dos anos 2000, o atendimento jurídico integral pelo NUSPEN estendido aos presos e internados provisórios e, atualmente, a assistência aos presos é plenamente assegurada em todas as unidades do sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. A presença física dos defensores públicos em prisões e hospitais penitenciários, conjugada com sua atuação nos processos de execução, vem possibilitando o controle das violações de direitos fundamentais no ambiente carcerário e a efetivação célere dos direitos, no âmbito do processo.

18 O Decreto nº 9.831, de 11 de junho de 2019 alterou o Decreto nº 8.154, de 16 de dezembro de 2013, para remanejar os 11 (onze) cargos de perito do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT para o Ministério da Economia, exonerando os respectivos ocupantes, e determinar que a participação no Mecanismo será considerada "prestação de serviço público relevante, não remunerada". Além disso, transformou a participação no órgão em prestação de serviço público relevante não remunerado (art. 4º, na parte em que altera a redação do art. 10, § 5º, do Decreto nº 8.154/2013). As alterações foram objeto da ADPF 607, na qual o Decreto 9.831/2019 foi declarado inconstitucional. Segundo o Ministro Relator "A criação do MNPCT é resultado de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, cujo cumprimento demanda que o país não apenas instale, mas conceda condições financeiras, administrativas e logísticas para que o órgão exerça a função de inspecionar unidades de privação de liberdade e expedir recomendações ao Poder Público visando evitar e punir a prática da tortura". O Ministro observou, ainda, que "O Decreto nº 9.831/2019, ao remanejar do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos para outro órgão os 11 cargos em comissão outrora destinados aos peritos do MNPCT, determinar a exoneração dos ocupantes desses cargos e transformar a atividade em serviço público não remunerado, tem o condão de fragilizar o combate à tortura no país. Tais medidas esvaziam a estrutura de pessoal técnico do MNPCT, valendo destacar que a transformação da atividade em serviço público não remunerado impossibilita que o trabalho seja feito com dedicação integral e desestimula profissionais especializados a integrarem o corpo técnico do órgão. "o decreto impugnado, ao transformar o trabalho dos membros do MNPTC em serviço não remunerado, exonerando-os dos cargos em comissão que ocupavam, altera de forma substancial a forma de execução das atividades voltadas à prevenção e ao combate à tortura exercidas pelo órgão, as quais parecem carecer de dedicação, tempo e apoio logístico e que dificilmente serão realizadas em concomitância a outras atividades remuneradas". Sobre o tema ver STF. ADPF 670 (Brasil, 2022).

Presidente da República, para mandato fixo de 3 (três) anos, permitida uma recondução. (art. 8o).

São atribuições do MNPCT as seguintes: a) planejar, realizar e monitorar visitas periódicas e regulares a pessoas privadas de liberdade em todas as unidades da Federação, para verificar as condições de fato e de direito a que se encontram submetidas; b) - articular-se com o Subcomitê de Prevenção da Organização das Nações Unidas, previsto no Artigo 2 do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; c) elaborar relatório circunstanciado de cada visita realizada nos termos do inciso I e, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, apresentá-lo ao CNPCT, à Procuradoria-Geral da República e às autoridades responsáveis pela detenção e outras autoridades competentes; d) fazer recomendações e observações às autoridades públicas ou privadas, responsáveis pelas pessoas em locais de privação de liberdade, com vistas a garantir a observância dos direitos dessas pessoas;

e) publicar os relatórios de visitas periódicas e regulares realizadas e o relatório anual e promover a difusão deles.

São assegurados ao MNPCT e aos seus membros: I - a autonomia das posições e opiniões adotadas no exercício de suas funções; II - o acesso, independentemente de autorização, a todas as informações e registros relativos ao número, à identidade, às condições de detenção e ao tratamento conferido às pessoas privadas de liberdade; III - o acesso ao número de unidades de detenção ou execução de pena privativa de liberdade e a respectiva lotação e localização de cada uma; IV - o acesso a todos os locais arrolados no inciso II do caput do art. 3º, públicos e privados, de privação de liberdade e a todas as instalações e equipamentos do local; V - a possibilidade de entrevistar pessoas privadas de liberdade ou qualquer outra pessoa que possa fornecer informações relevantes, reservadamente e sem testemunhas, em local que garanta a segurança e o sigilo necessários; VI - a escolha dos locais a visitar e das pessoas a serem entrevistadas, com a possibilidade, inclusive, de fazer registros por meio da utilização de recursos audiovisuais, respeitada a intimidade das pessoas envolvidas; e VII - a possibilidade de solicitar a realização de perícias oficiais, em consonância com as normas e diretrizes internacionais e com o art. 159 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. (art. 10 da Lei 12.847/13).

Além disso, a execução da pena privativa de liberdade submete-se ao controle do Sistema Regional de Direitos Humanos, notadamente, pela atuação da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos¹⁹.

Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos outorgou medidas provisórias em relação a diversas unidades prisionais brasileiras, reconhecendo, em suas resoluções, a imposição de tratamento desumano ou degradante, em razão das péssimas condições de detenção e do quadro grave de superlotação, além da falta de serviços essenciais, especialmente cuidados de saúde.

Em relação ao Complexo de Curado, por exemplo, a Corte ressaltou a posição de garante do Estado, no que se refere às pessoas privadas de liberdade, em virtude de as autoridades penitenciárias sobre elas exercerem um controle total, de forma que as lesões, sofrimentos, prejuízos à saúde ou danos sofridos por uma pessoa, enquanto se encontra privada de liberdade podem chegar a constituir uma forma de tratamento ou pena cruel quando devido às condições de encarceramento, exista deterioração da integridade física, psíquica e moral²⁰.

19 Sobre o tema ver Ferreira (2019).

20 Em relação a Pedrinhas, a Corte observou que “o crescimento da população carcerária, que fez com que se

E mais recentemente, a Corte apontou, na Resolução em relação ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, que as medidas adotadas “devem incluir aquelas voltadas diretamente para proteger os direitos à vida e à integridade dos beneficiários, particularmente em relação às deficientes condições de acesso à saúde bem como às condições de segurança e controles internos...”²¹

O quadro normativo brasileiro sobre supervisão das prisões no âmbito nacional estabelece, portanto, diversos órgãos com atribuição para inspecionar ou visitar os locais de privação de liberdade.

Entretanto, a legislação não estabelece o conteúdo das atividades de inspeção ou visita, deixando a cargo de cada um dos órgãos com atribuição o desenvolvimento da própria rotina de fiscalização.

Todos os órgãos com atribuição para supervisionar prisões, integram órgãos do Estado, seja pertencendo ao Poder Executivo ou ao Judiciário, ou são subordinados a ela de alguma forma, não se podendo, assim, falar em monitoramento independente, salvo no caso do MNPCT, introduzido em 2013, na moldura do OPCAT.

Ainda assim, a Independência dos membros do MNPCT sofreu restrição por ato do poder executivo, no Decreto nº 9.831/2019, que foi objeto da ADPF 670, na qual foi declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos que modificaram a forma de condução dos membros ao MNPCT e sua forma de remuneração, de forma a reduzir seu grau de independência.

O fato de que foi necessário recorrer ao judiciário para se proteger a independência do MNPCT pode ser um indicativo de uma base jurídica deficiente no que se refere à independência funcional, critérios de remuneração, questões orçamentárias, entre outras.

A adoção do modelo difuso torna complexo o levantamento de informações e, por consequência, a avaliação da atuação das atividades de monitoramento das prisões pelos diversos órgãos com atribuição.

Assim, mostra-se necessário o desenvolvimento de pesquisa para averiguar o impacto das atividades de monitoramento realizadas pelos órgãos estabelecidos pela LEP e pelo MNPCT no que diz respeito à efetiva proteção e direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade ao desenvolvimento de *standards* sobre o tema.

5 Considerações Finais

O sistema penitenciário brasileiro, marcado por constante aumento de contingente carcerário e frequentes violações aos direitos dos presos, não tem se revelado efetivo, sequer como instrumento de segurança da sociedade. Diante desse contexto, parece urgente que haja uma reflexão aprofundada sobre medidas que possam ajudar a sua melhoria.

Certamente, entre essas medidas, está o controle da execução penal. O modelo nacional difuso não tem sido capaz de evitar os excessos e a sua inadequação. Desse modo, parece relevante conhecer e considerar experiências distintas, como as que são encontradas na Europa Ocidental.

tornassem ineficazes e insuficientes as medidas de aumento de vagas e a falta de acesso a serviços de saúde, bem como a falta de salubridade dos privados de liberdade e das celas” (CIDH, 2018)..

21 Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho..

O modelo do controle concentrado, encontrado na França, bem como as diretrizes extraídas a partir da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, podem servir como ponto de partida para as modificações necessárias nos locais de privação da liberdade no Brasil.

Além disso, a adoção do modelo difuso torna complexo o levantamento de informações e, por consequência, a avaliação da atuação das atividades de monitoramento das prisões pelos diversos órgãos com atribuição.

Assim, mostra-se necessário o desenvolvimento de pesquisa para averiguar o impacto das atividades de monitoramento realizadas pelos órgãos estabelecidos pela LEP e pelo MNPCT no que diz respeito à efetiva proteção e direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade ao desenvolvimento de *standards* sobre o tema.

Referências

AFROUKH, Mustapha. La Cour européenne des Droits de L'Homme et L'Exécution de ses Arrêts. *RDLF*, 2012, chron. n. 5. Disponível em: <http://www.revuedlf.com/cedh/la-cour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme-et-l%E2%80%99execution-de-ses-arrets/>.

AIZPURUA, Eva; ROGAN, Mary. Understanding new actors in European Arrest Warrant cases concerning detention conditions: The role, powers and functions of prison inspection and monitoring bodies. *New Journal of European Criminal Law*, 2020, 11.2: 204-226.

BICKNELL, Christine; EVANS, Malcom. Monitoring Prisons: The Increasingly Complex Relationship Between International and Domestic Frameworks. In: DAEMS, Tom; ROBERT, Luc (Ed.). **Europe in Prisons**. Assessing the Impact of European Institutions on National Prison Systems. Cham: Palgrave Macmillan, 2017. p.11-15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 670. Min. Relator Dias Toffoli. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 01 jun. 2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5741167>. Acesso em: 02 dez. 2023.

BUISSON, Jacques. Le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires. **Révue Pénitentiaire et de Droit Pénal**, numéro spécial, Paris: Cujas, 2007, p. 83- 84.

CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcérale entre Contraintes Européennes et Réalité Française. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**. Ano 1, v. 1, n. 1. jun./2013. p. 9

CLIQENNOIS, Gaëtan; SNACKEN, Sonja. European and United Nations monitoring of penal and prison policies as a source of an inverted panopticon? **Crime Law Soc Change**.2018, 70:1, p. 1-18.

CONTRÔLEUR Général Des Lieux De Privation De Liberté – CGLPL. **An independent body**. [20--]. Disponível em: <https://www.cgpl.fr/en/missions/>. Acesso em: 12 jan. 2024.

CORTE Interamericana De Derechos Humanos. **Resolución da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018**. Medidas provisórias a respeito do brasil assunto do complexo penitenciário de curado. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 12 jan. 2024.

COUR Européene Des Droits De L'homme. **Règlement de la Cour**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf.

COUR Européenne Des Droits De L'homme. **Fiche Thématique** – Les arrêts pilotes. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_FRA.pdf.

DISTEFANO, Giovanni. La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants: genèse d'un modèle exemplaire du contrôle international en matière de droits de l'homme. **Journal of Sharia and Law**. Issue n. 47 July 2001. p.21-42.

DÜNKEL, Frieder; MORGENSTERN, Christine. The monitoring of prisons in German law and practice. **Crime, Law and Social Change**, 2018, 70: 93-112.

/EDEMARIAM, Aidan. 'In jail, I have seen people blossom' entrevista com Anne Owers. **The Guardian**, 12 de setembro de 2009. Disponível em: <https://www.theguardian.com/theguardian/2009/dec/12/dame-anne-owers-interview>. Acesso em: 01 dez. 2023.

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. **Monitoramento Internacional dos Locais de Privação de Liberdade**. In: SOUZA, Artur de Brito; MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei. Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Eduardo Japiassú. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

HARDWICK, Nick. Inspecting the Prison. In: JEWKES, Yvonne, CREWE, Ben, BENNETT, Jamie. **Handbook on Prisons**. New York: Routledge, 2016. Edição Kindle. p. 646.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**. ano 1, v.1, n. 1, junho, 2013. LARRAURI, Elena. La supervisión de la prisión. InDret, 2021, v. 3, p. 138-159.

MAYER, Geneviève. Le Comité Européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT): L'initiative du Conseil de l'Europe dans le domaine de la prévention des mauvais traitements de personnes privées de liberté. In: CÉRÉ, Jean-Paul. **Panorama européen de la prison**. Paris: L'Harmattan, 2002.

ROBERT, Aglaé. Justice et Surpopulation Pénale: La mise en cause récurrente de la France par les juridictions françaises et européennes. Regard européen. **Colloque de l'Anjap**. Paris, 4 avril 2014.

ROGAN, Mary. Prison inspection and monitoring: The need to reform European law and policy. **European journal on criminal policy and research**, 2021, 27.2: 285-305.

SARKYN, Jeremy. Prisons in Africa: An Evaluation from a Human Rights Perspective. **Sur International Journal on Human Rights**, v. 9, p. 22-49, 2009.

SARKYN, Jeremy. Prisons in Africa: An Evaluation from a Human Rights Perspective. **Sur International Journal on Human Rights**, v. 9, p. 22-49, 2009.

SILVA, Arthur Carvalho da. **O controle externo da execução penal brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

SIMON, J. Penal monitoring in the United States: lessons from the American experience and prospects for change. **Crime, Law and Social Change**, 2018, 70(1), 161- 174.

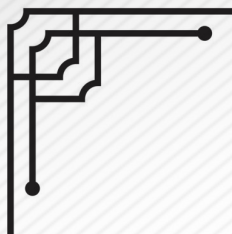
SNACKEN, Sonja. Les Structures Européennes de Contrôle des Administrations Pénitentiaires. Le rôle du Conseil de l'Europe et du Comité de Prévention de la Torture. **Déviance et Société**, 2014/4, v. 38. p. 405-423.

SNACKEN, Sonja. Les Structures Européennes de Contrôle des Administrations Pénitentiaires. Le rôle du Conseil de l'Europe et du Comité de Prévention de la Torture. **Deviance et Societé**, 2014/4, v. 38. p. 405-423.

VAN DER VALK, Sophie; ROGAN, Mary. Experiencing human rights protections in prisons: The case of prison monitoring in Ireland. **European journal of criminology**, 2021, 18.1: 101-119.

VAN ZYL SMITT, Dirk. Distinctive Features of European Penology and Penal Policy- Making. In: DAEMS, Tom; VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonja. **European Penology?** [s.l.]: Edição Kindle, 2013.

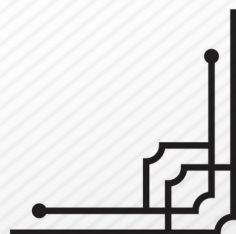
VILJOEN, Frans; ODINKALU, Chidi. **La Prohibition de la Torture et des Mauvais Traitements dans le Système Africain des Droits de l'Homme**: Guide Pratique Juridique a L'intention des Victimes et de Leurs Défenseurs. Geneva: OMCT, 2014.



A SUSPENSÃO DE EXECUÇÕES FISCAIS CONTRA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES



CÁSSIO CAVALLI



A SUSPENSÃO DE EXECUÇÕES FISCAIS CONTRA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES

CÁSSIO CAVALLI¹

Sumário: 1 Introdução; 2 A suspensão das execuções fiscais para a tutela da preferência trabalhista na recuperação judicial; 3 A ratio decidendi da ADPF 357; 4 Conclusão.

1 Introdução

Há mais de uma hipótese normativa de suspensão das execuções fiscais em razão do deferimento do processamento de recuperação judicial de empresa devedora.

A mais conhecida e explorada hipótese de suspensão da execução fiscal relaciona-se ao princípio da preservação da empresa, matéria de competência do juízo recuperacional. Assim, conforme o dispõe o § 7º-B do art. 6º da Lei 11.101/2005, o deferimento do processamento da recuperação judicial, de regra, não suspende a execução fiscal, porém, o juízo recuperacional é competente para determinar “a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial” (Brasil, 2005). Neste caso, a competência do juízo recuperacional sobrepõe-se à competência do juízo da execução fiscal, contanto observados os requisitos assentados em precedente julgado à unanimidade de votos pela Segunda Seção do STJ².

No entanto, os precedentes das Cortes Superiores fornecem um robusto amparo institucional para duas outras hipóteses de suspensão das execuções fiscais singulares em razão da recuperação judicial do devedor comum, as quais ainda estão por ser exploradas na prática recuperacional.

A primeira hipótese assenta-se na norma que assegura a preferência do crédito trabalhista sobre o crédito tributário, presente em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação do Código Tributário Nacional em 1966 e, desde então, reiteradamente confirmada dos precedentes de nossas Cortes Superiores. Esta hipótese será explorada na Seção 2, a seguir.

A segunda hipótese decorre da radical *viragem jurisprudencial*³ representada pelo precedente firmado na ADPF 357⁴, que levou ao *overruling* do agora superado sistema da cobrança executiva do crédito tributário, que se assentava sobre o superado dogma do solipsismo da execução fiscal singular. As implicações daí decorrentes para o sistema de direito recuperacional são de relevo. Essa hipótese será explorada na Seção 3, abaixo.

As conclusões serão apresentadas na Seção 4.

1 Professor de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, advogado e parecerista.

2 STJ, CC 181.190, Segunda Seção, j. 30.11.2021, v.u., rel. Min. Marco Aurélio Belizze.

3 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia (voto do Min. Luiz Fux).

4 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia.

2 A suspensão das execuções fiscais para a tutela da preferência trabalhista na recuperação judicial

O crédito trabalhista prefere ao crédito tributário, conforme dispõe a norma materialmente complementar do art. 186 do Código Tributário Nacional – CTN (Brasil, 1966)⁵.

Consoante precedentes firmados pelo STJ, a preferência do crédito trabalhista é de *direito material*, no sentido de que pode ser exercida ainda que o credor trabalhista não tenha ajuizado execução⁶. A preferência de direito material do crédito trabalhista se sobrepõe à preferência de direito processual do crédito tributário⁷. Por isso, o juízo da reclamatória trabalhista, constitucionalmente competente para tutelar a satisfação do crédito trabalhista, o que inclui assegurar a preferência do crédito trabalhista (Brasil, 1988, art. 114 da Constituição), pode determinar a suspensão da execução fiscal, para assegurar que o credor trabalhista exerça sua preferência creditória. A existência de credor com preferência creditória suspende a arrematação do bem em execução fiscal⁸.

A preferência creditória dos credores trabalhistas, por possuir natureza de direito material e ser assegurada por lei materialmente complementar, não é excepcionada em caso de recuperação judicial.

Se a empresa devedora está em recuperação judicial, compete à Justiça Estadual, onde tramita a recuperação judicial, a prática de atos que assegurem o pagamento do crédito trabalhista, conforme precedente decidido pelo Tribunal Pleno do STF em recurso extraordinário com *repercussão geral*⁹. De acordo com este precedente, em caso de recuperação judicial, o juízo recuperacional passa a ser o juízo constitucionalmente competente para a tutela da satisfação do crédito trabalhista.

A recuperação judicial não constitui exceção à preferência creditória trabalhista, nem autoriza que as execuções fiscais prossigam em violação à preferência de direito material do crédito trabalhista. Do contrário, a preferência de direito material variaria conforme a via processual eleita, sendo prejudicada na recuperação judicial.

5 Lê-se no art. 186 do CTN: “O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. Parágrafo único. Na falência: I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado; II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados”.

6 STJ, AgInt no REsp 1.764.630, Quarta Turma, j. 30.08.2021, v.u., rel. Min. Marco Buzzi; STJ, Resp 1.219.219, Terceira Turma, j. 17.11.2011, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, Resp 280.871, Quarta Turma, j. 05.02.2009, v.u., rel. Min. Luis Felipe Salomão.

7 STJ, AgInt no AREsp 1.748.230, Segunda Turma, j. 19.10.2021, v.u., rel. Min. Og Fernandes: “[N]ão é possível sobrepor uma preferência de direito processual, crédito tributário, a uma de direito material, crédito trabalhista, em conformidade com a previsão do art. 186 do CTN.”; STJ, AgInt no REsp 1.746.907, Segunda Turma, j. 24.11.2020, v.u., rel. Min. Francisco Falcão: “A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica neste sentido, ou seja, de que o crédito da Fazenda Pública leva preferência sobre qualquer outro, exceto os de natureza trabalhista [...]. Precedentes”.

8 STJ, REsp 1.411.969, Terceira Turma, j. 10.12.2013, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi: “[O] direito do exequente de arrematar o bem com seu crédito está condicionado à inexistência de outros credores com preferência de grau mais elevado”.

9 STF, RE 583.955, Tribunal Pleno, j. 28.05.2009, m.v., rel. Min. Ricardo Lewandowski, com Repercussão Geral conferida em 19.06.2008: “[o]ferece repercussão geral a questão sobre qual o órgão do Poder Judiciário é competente para decidir a respeito da forma de pagamento dos créditos, incluídos os de natureza trabalhista, previstos no quadro geral de credores de empresa sujeita a plano de recuperação judicial”.

Não me parece que o fato de o devedor ter ajuizado recuperação judicial permita que os credores tributários violem a preferência material dos créditos trabalhistas.

Por isso, em caso de recuperação judicial da empresa devedora, o juízo recuperacional é competente para determinar a suspensão de todas as execuções fiscais em tramitação contra a empresa recuperanda, até que sejam pagos os credores trabalhistas. Essa é a interpretação que, a meu juízo, melhor se coaduna com a norma materialmente complementar do art. 186 do CTN e com os precedentes consolidados sobre a tutela da preferência do crédito trabalhista em nossas Cortes Superiores.

3 A ratio decidendi da ADPF 357

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 357¹⁰ impôs profunda alteração na disciplina jurídica da cobrança executiva de créditos tributários da União, estados e municípios, cujas consequências alcançam, inclusive, as relações entre a disciplina da execução fiscal e a da recuperação judicial da empresa devedora.

Ao julgar a ADPF 357, o Tribunal Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade das normas contidas no parágrafo único do art. 187 do CTN¹¹ (Brasil, 1966) e no parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/1980¹² (Brasil, 1980, Lei de Execuções Fiscais), que previam, na cobrança do crédito tributário, um concurso de preferências no qual a União preferia aos estados e, estes, aos municípios; bem como cancelou a Súmula 563 do STF¹³. A ADPF 357 levou a que o STJ cancelasse posteriormente a Súmula 497 do STJ¹⁴.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a ação regida pelo art. 102, § 1º, da Constituição e pela Lei 9.882/1999 (Brasil, 1988; 1999), através da qual se realiza o controle concentrado da constitucionalidade de lei ou atos normativos, inclusive os anteriores à promulgação da Constituição de 1988, com base nos preceitos fundamentais da Constituição, entendidos como os princípios e nor-

10 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental viabiliza a análise de constitucionalidade de normas legais pré-constitucionais insuscetíveis de conhecimento em ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 2. A autonomia dos entes federados e a isonomia que deve prevalecer entre eles, respeitadas as competências estabelecidas pela Constituição, é fundamento da Federação. O federalismo de cooperação e de equilíbrio posto na Constituição da República de 1988 não legitima distinções entre os entes federados por norma infraconstitucional. 3. A definição de hierarquia na cobrança judicial dos créditos da dívida pública da União aos Estados e Distrito Federal e esses aos Municípios descumpra o princípio federativo e contraria o inc. III do art. 19 da Constituição da República de 1988. 4. Cancelamento da Súmula n. 563 deste Supremo Tribunal editada com base na Emenda Constitucional n. 1/69 à Carta de 1967. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar não recepcionadas pela Constituição da República de 1988 as normas previstas no parágrafo único do art. 187 da Lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) e no parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais)”.

11 Lia-se no art. 187, parágrafo único, do CTN: “O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União; II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e *pro rata*; III - Municípios, conjuntamente e *pro rata*” (Brasil, 1966).

12 Lia-se no art. 29, parágrafo único, da Lei 6.830/1980: “Parágrafo Único - O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União e suas autarquias; II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e *pro rata*; III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e *pro rata*” (Brasil, 1980).

13 Lia-se na cancelada Súmula 563 do STF: “O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional é compatível com o disposto no art. 9º, inciso I, da Constituição Federal.”

14 Lia-se na Súmula 497 do STJ: “Os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem.” Súmula cancelada em 14.09.2022.

mas essenciais do ordenamento jurídico brasileiro incrustrados implícita ou explicitamente na Constituição.

Com efeito, consoante anotou o Min. Luiz Fux em seu percuciente voto¹⁵, a ADPF 357 constitui um precedente, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil, que contém “um verdadeiro *overruling*, uma mudança completa de jurisprudência, uma viragem jurisprudencial, exatamente uma das grandes preocupações do Código de Processo Civil” (Brasil, 2021), o qual assenta em “fundamento não só de direito constitucional, mas também de direito processual, que prevê o *overruling* exatamente quando se está diante de um novo ambiente objetivo e jurídico” (Brasil, 2021).

Com efeito, o precedente firmado pela ADPF 357 constitui verdadeira norma jurídica que deve ser observada na interpretação judicial de casos envolvendo a cobrança executiva de crédito tributário, conforme o disposto no art. 927, I, do Código de Processo Civil, segundo o qual os “juízes e os tribunais observarão [...] as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (Brasil, 2015).

O Tribunal Pleno julgou a ADPF 357 nos termos do voto da relatora Min. Cármen Lúcia, acompanhado pelos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Marco Aurélio e o Luiz Fux. Foram vencidos o Min. Gilmar Mendes, que julgou parcialmente procedente a ação, para dar interpretação conforme a Constituição, e o Min. Dias Toffoli, que julgou improcedente a ação.

Os votos proferidos por ocasião do julgamento detalharam minuciosamente os elementos essenciais do precedente e as suas relações com o seu fundamento central, que reside no reconhecimento de que as preferências creditórias previstas no parágrafo único do art. 187 do CTN e no parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/1980 afrontavam o princípio federativo expressamente previsto no art. 19, III, da Constituição, que dispõe: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - criar [...] preferências entre si” (Brasil, 1988).

Conforme sublinhado no voto da relatora e nos votos que o acompanharam, o pacto federativo determina que os entes federados recebam um tratamento isonômico, o qual impede que lei estabeleça preferências na ordem de pagamento de créditos detidos por diferentes entes federados.

Ademais, conforme consignou a relatora Min. Cármen Lúcia em seu robusto voto¹⁶, a validade da adoção de um “critério diferenciador para definição da ordem de

15 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia (no voto do Min. Luiz Fux, lê-se: “O que há de interessante neste caso é que essa é uma jurisprudência tão sólida, tão antiga, que foi sedimentada na Súmula 563, que acolhia essa preferência. Agora estamos diante de uma verdadeira superação, um verdadeiro *overruling*, uma mudança completa de jurisprudência, uma viragem jurisprudencial, exatamente uma das grandes preocupações do Código de Processo Civil. O ponto alto do Código de Processo Civil foi exatamente a adoção do sistema *stare decisis*, do sistema anglo-saxônico. Mesmo assim, mesmo estabelecendo que a jurisprudência, principalmente a jurisprudência sumular, tem de ser estável, íntegra e coerente, o Código não se eximiu de prever que há um outro tempo que reclama um outro Direito. Depois de estabelecer a teoria do *stare decisis* no art. 927, o legislador processual fez inserir que a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada é possível, desde que haja fundamentação adequada específica - que é o que está havendo agora, demonstrado, à saciedade, pela eminente Relatora -, sempre observados os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia.” [...] “Com esse fundamento não só de direito constitucional, mas também de direito processual, que prevê o *overruling* exatamente quando se está diante de um novo ambiente objetivo e jurídico, é que também acompanho, integralmente, o minucioso voto da eminente Ministra Cármen Lúcia, no sentido de julgar procedente esta ADPF e declarar não recepcionada pela ordem constitucional de 1988 os artigos aqui mencionados do Código Tributário Nacional - art. 187, parágrafo único - e da Lei de Execuções Fiscais - art. 29, parágrafo único, - *a fortiori*, gerando, com isso, o cancelamento da Súmula 563.”).

16 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia (no voto da Min. Cármen Lúcia, lê-se: “Anoto ser certo poder haver critério diferenciador para definição da ordem de pagamento de créditos, o que é legítimo.” [...] “Entretanto, dois pontos precisam ser enfatizados para que se reconheça a validade do critério distintivo: o primeiro, a igualdade modelada constitucionalmente entre as pessoas somente pode ter contornos defi-

pagamento de créditos” de entes federados, depende da observância de dois critérios: (i) em primeiro lugar, a preferência deve ser prevista em norma constitucional, “não em norma infraconstitucional”, pois, “estabelecendo a Constituição da República a federação como forma de Estado, estatuinto a autonomia dos entes federados como núcleo da forma estatal (art. 18), somente pelo desenho constitucional se poderia estatuir preferências entre os entes para efeito de pagamento dos créditos tributários”; e (ii) em segundo lugar.

[...] o que legitima critério de diferenciação – prevalecente o princípio da igualdade dos entes federados e da autonomia de cada qual – é a finalidade constitucional adequadamente demonstrada. No caso, nem a diferenciação põe-se em norma constitucional, nem se comprova finalidade constitucional legítima buscada com a distinção estabelecida nas normas questionadas¹⁷(Brasil, 2021).

Portanto, consoante observou a Min. Cármen Lúcia, inexistente “no texto constitucional de 1988, fundamento válido para acolher no ordenamento jurídico brasileiro norma infraconstitucional que crie distinções entre os entes federados na cobrança judicial dos créditos tributários e não tributários, tenho como precedente o pedido apresentado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental”¹⁸ (Brasil, 2021).

A vedação à criação de preferências na cobrança dos créditos dos diferentes entes federados no sistema constitucional de 1988 foi profundamente explorada nos votos que acompanharam o voto da Relatora, os quais contém elementos essenciais do precedente.

No seu minucioso voto, o Min. Nunes Marques¹⁹ observou que a ordem de preferências creditórias prevista nos arts. 187, parágrafo único, do CTN e no art. 29, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, “rompe não apenas com a igualdade entre as diferentes esferas federadas mas também com a consequente autonomia dos entes subnacionais, na medida em que tolhe a capacidade de Estados e Municípios satisfazerem seus créditos quando em concorrência com a União” (Brasil, 2021). Por isso, em seu voto, sublinhou o entendimento doutrinário de Luíz Eduardo Schoueri, segundo o qual, no sistema constitucional de 1988, “mais adequado será assegurar a todas as Fazendas Públicas igualdade, repartindo-se o produto da execução entre elas, pro-

nidores no sistema constitucional, não em norma infraconstitucional. Quer dizer: estabelecendo a Constituição da República a federação como forma de Estado, estatuinto a autonomia dos entes federados como núcleo da forma estatal (art. 18), somente pelo desenho constitucional se poderia estatuir preferências entre os entes para efeito de pagamento dos créditos tributários. Segundo, o que legitima critério de diferenciação – prevalecente o princípio da igualdade dos entes federados e da autonomia de cada qual – é a finalidade constitucional adequadamente demonstrada. No caso, nem a diferenciação põe-se em norma constitucional nem se comprova finalidade constitucional legítima buscada com a distinção estabelecida nas normas questionadas.” [...] “Não verificando no texto constitucional de 1988 fundamento válido para acolher no ordenamento jurídico brasileiro norma infraconstitucional que crie distinções entre os entes federados na cobrança judicial dos créditos tributários e não tributários, tenho como precedente o pedido apresentado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.”).

17 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia (voto da Min. Cármen Lúcia).

18 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia (voto da Min. Cármen Lúcia).

19 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia (no voto do Min. Nunes Marques, lê-se que “a normativa em questão – que são leis editadas pela União –, ao diferenciar os créditos dos entes públicos, de modo a atribuir ordem de prioridade, rompe não apenas com a igualdade entre as diferentes esferas federadas mas também com a consequente autonomia dos entes subnacionais, na medida em que tolhe a capacidade de Estados e Municípios satisfazerem seus créditos quando em concorrência com a União”).

porcionalmente ao crédito de cada uma”²⁰, e transcreveu a lição de Eduardo Bottallo, segundo a qual “o princípio da federação, tal como contemplado pela Constituição de 1988, não abriga a subsistência da discriminação em causa. É sobremodo fluente a dúvida quanto ao fato do parágrafo único do artigo 187, do CTN, haver sido recepcionado pela Constituição de 1988”²¹.

Com efeito, conforme pontificou o Min. Nunes Marques, caso prevalecesse:

o entendimento quanto à constitucionalidade dos preceitos contidos no art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e no art. 29, parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais, correríamos o risco de abrir margem para que a União, valendo-se da preferência de seus créditos para satisfazer suas cobranças, viesse a perseguir bens eventualmente garantidores de execuções já ajuizadas pelos demais entes federados. Ou seja, nota-se potencial de frustração na cobrança de créditos estaduais e municipais, a prejudicar o próprio pacto federativo e a conseqüente autonomia dos entes, que estariam impossibilitados de dar prosseguimento às próprias execuções. De nada adiantaria, portanto, a Constituição atribuir competências tributárias próprias se, no momento de buscar a satisfação em juízo, os entes subnacionais tivessem de aguardar eventual adimplemento de crédito da União (Brasil, 2021).

Este elemento essencial do precedente contém, em um nível acima de generalização, que as normas legais que disciplinam a cobrança do crédito tributário não podem estabelecer que um ente tributário possa dar prosseguimento à sua execução enquanto outros entes tributários ficam impossibilitados de dar prosseguimento às suas execuções.

Coadunando-se com os votos vencedores, o judicioso voto do Min. Alexandre de Moraes cuidou de explicitar outro relevante elemento essencial do precedente, ao consignar que:

No caso de concurso de credores formado entre os entes políticos, o rateio dos valores obtidos com a excussão do patrimônio do devedor em igualdade de condições permite uma melhor distribuição desta receita e sua aplicação ao desempenho das políticas públicas, em cada esfera de atuação (Brasil, 2021).

Por conseguinte, rematou o Min. Alexandre de Moraes:

Diante da situação concreta em que o patrimônio do contribuinte, no curso de uma execução fiscal, mostra-se insuficiente para a satisfação de todos os créditos fiscais, devem as Fazendas Públicas em questão concorrerem em igualdade de condições sobre o patrimônio do devedor, sob pena de se subverter a divisão de competências tributárias e repartição de receitas estabelecidas na Constituição (Brasil, 2021).

20 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia. Destaca-se o seguinte trecho de Schoueri (2019, p.907) citado no voto do Min. Nunes Marques: “Parece questionável, na Constituição de 1988, a existência da ordem proposta pelo Código Tributário Nacional. Afinal, nada há na Constituição que assegure a preferência do crédito de uma Pessoa Jurídica de Direito Público sobre outra; mais adequado será assegurar a todas as Fazendas Públicas igualdade, repartindo-se o produto da execução entre elas, proporcionalmente ao crédito de cada uma.”

21 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia. Trecho transcrito no voto do Min. Nunes Marques do artigo de Bottallo (1994).

Daí se extraem os seguintes elementos essenciais do precedente, expressamente debatidos em plenário: nos casos em que o patrimônio do contribuinte “mostra-se insuficiente para a satisfação de todos os créditos fiscais, devem as Fazendas Públicas em questão concorrerem em igualdade de condições sobre o patrimônio do devedor”, e este concurso de credores contra devedor insolvente deve observar regra de “rateio dos valores obtidos com a excussão do patrimônio do devedor em igualdade de condições” (Brasil, 2021).

Da ADPF 357 decorre uma série de alterações de grande relevância para o sistema da cobrança executiva do crédito tributário, inclusive nas suas relações com o sistema de direito recuperacional.

Ao afetar as disposições legais relativas ao concurso de preferência creditórias dos entes federados, a ADPF 357 impõe a necessidade de se reorganizar o sistema da cobrança executiva do crédito tributário, inclusive nas suas relações com os procedimentos concursais de recuperação judicial e falência.

A igualdade de tratamento dos entes federados, credores de um devedor comum e insolvente, pressupõe uma instrumentalização processual adequada, conforme o direito fundamental de ação contido no art. 5º, XXXV, da Constituição (Brasil, 1988). Não há como assegurar-se a igualdade de tratamento entre os entes federados sem a instauração de um procedimento de concurso de credores tributários contra o devedor comum. Por isso, a ADPF 357 constitui uma rachadura no monolito do solipsismo da execução fiscal singular, sintetizado pelas disposições legais que preveem que: (i) o crédito tributário não participa de concurso de credores (art. 187, *caput*, do CTN e art. 29, *caput*, da Lei 6.830/1980); (ii) a “competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo” (Brasil, 1980, art. 5º), o que inclui a competência de outro juízo perante o qual esteja a processar-se execução fiscal de outro ente federativo; e (iii) a concentração de execuções fiscais contra um mesmo devedor, prevista no art. 28 da Lei 6.830/1980, trata-se de *faculdade do juiz*, que só pode ser determinada se as execuções envolverem as “mesmas partes” (Scherer, 2022, p.485), isto é, o mesmo executado e o mesmo ente federado exequente.

Após o julgamento da ADPF 357, a concentração das execuções fiscais contra devedor insolvente em um único juízo é medida que se impõe, sob pena de admitir-se norma processual que conduza à violação da isonomia de tratamento entre entes federados e à violação do pacto federativo. Com efeito, a concentração das execuções fiscais não constitui mais uma *faculdade* do juízo de execução fiscal, mas medida imperativa que deve ser determinada inclusive de ofício. A concentração das execuções fiscais não depende de provocação deste ou daquele credor tributário. Ademais, as procuradorias das fazendas públicas, enquanto integrantes da Administração Pública, estão adstritas à observância dos preceitos constitucionais, inclusive o do pacto federativo e o do tratamento isonômico entre os créditos dos diferentes entes federados. Portanto, as procuradorias das fazendas *devem* cooperar entre si para assegurar a estrita observância da igualdade de tratamento de seus créditos, que devem ser satisfeitos *pro rata* em caso de devedor insolvente.

Para haver concentração de execuções fiscais, cumpre primeiro suspender-se o curso das execuções fiscais individuais. Afinal, em razão da ADPF 357, não se pode permitir que algumas execuções fiscais prossigam individualmente, de modo a obterem uma preferência creditória pela anterioridade em detrimento das demais execuções fiscais e do tratamento igualitário, *pro rata*, entre os diferentes credores tributá-

rios. Bem concretamente, não pode norma infraconstitucional, de que é exemplo o § 7º-B do art. 6º da Lei 11.101/2005 (Brasil, 2005), autorizar a continuação individual das execuções manejadas por diferentes entes federados contra devedor insolvente, sob pena de violar os preceitos constitucionais tutelados pelo precedente formado na ADPF 357.

A concentração de execuções em um único juízo pode realizar-se tanto mediante a efetiva redistribuição das execuções fiscais a um único juízo ou pela atribuição a um único juízo da competência para a prática de atos de execução e da subsequente distribuição *pro rata* do produto da excussão dos bens do devedor aos juízos onde encontram-se as execuções fiscais originárias.

Na arquitetura constitucional brasileira, parece-me que a Justiça Estadual, com sua competência residual, inclusive para causas de falência e recuperação judicial (cf. art. 109, I, da Constituição e o RE 583.955), é a mais bem vocacionada para concentrar as execuções fiscais contra devedor comum insolvente.

A concentração de execuções fiscais é medida que se impõe em caso de o devedor comum pedir recuperação judicial, pois o pedido de recuperação judicial assenta no reconhecimento da incapacidade financeira do devedor de pagar todas as suas obrigações. Trata-se de situação em que inequivocamente se manifesta a insolvência, ainda que transitória, do devedor comum. O pedido de recuperação judicial não somente indica tratar-se de devedor insolvente, mas também facilita a própria operacionalização da concentração das execuções fiscais, pois todas as fazendas públicas são intimadas do deferimento do processamento da recuperação judicial “a fim de que tomem conhecimento da recuperação judicial e informem eventuais créditos perante o devedor, para divulgação aos demais interessados” (Brasil, 2005), conforme prevê o art. 52, V, da Lei 11.101/2005. Idem, com relação à falência, de cuja decretação são intimadas todas as fazendas públicas (art. 99, XIII, da Lei 11.101/2005), que deverão habilitar seus créditos na massa falida.

É em razão da incapacidade de pagamento do devedor comum que se justifica tanto a negociação com os credores na recuperação judicial quanto a negociação de transação ou parcelamento tributários do passivo da empresa *em recuperação judicial*. Enquanto uma das fazendas públicas negocia transação com a empresa em recuperação judicial, as demais fazendas públicas não podem se recusar a transigir e optar por prosseguir com suas execuções individuais, pois uma tal medida significaria o desrespeito à igualdade de tratamento entre os créditos dos diferentes entes federados. Neste particular, deve-se incentivar e aprofundar a prática de transação fiscal, conforme o eficientíssimo e alvissareiro exemplo fornecido pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

A recuperação judicial possui como um de seus desdobramentos naturais a decretação da falência da empresa devedora. O insucesso das negociações com os credores conduz, por diferentes vias, à falência, na qual os credores tributários e não tributários participarão do concurso universal. Consoante relevantíssimo precedente do STJ da segura relatoria do Min. Marco Aurélio Belizze²², as hipóteses de convolação da recuperação judicial em falência, por não apresentação de CND ou por pedido das fazendas públicas, têm a finalidade de “dar concretude à preferência legal conferida ao crédito de titularidade da Fazenda Pública” (Brasil, 2023), em julgado que se ocupou de analisar as normas de preferências creditórias das fazendas públicas em relação aos credores não tributários da empresa devedora comum. Isto é, as preferências creditórias *verticais* das fazendas públicas.

Ao lado desta hipótese, firmada em relevante precedente do STJ, também se deve interpretar as normas que estabelecem a preferência *horizontal* do crédito tributário em relação aos demais credores tributários da empresa devedora comum, aos quais se deve dispensar tratamento igualitário, *pro rata*, por força da ADPF 357. A regra de preferência horizontal dos créditos tributários traduz-se no imperativo de tratamento igualitário, *pro rata*, das fazendas públicas. Este tratamento igualitário é assegurado e operacionalizado em caso de falência do devedor comum e deve ser igualmente assegurado em caso de recuperação judicial do devedor comum.

4 Conclusão

O sistema de direito recuperacional e falimentar não existe no vazio, pois integra o sistema jurídico brasileiro. Por isso, a interpretação das normas de direito recuperacional deve ser feita de modo a assegurar-se a unidade e a ordenação do sistema jurídico. Para este fim, as normas de direito recuperacional devem ser interpretadas em consonância com os precedentes firmados nas Cortes Superiores relativos às preferências creditórias previstas na legislação e à tutela processual dessas preferências. Isto é, as normas recuperacionais devem ser articuladas e interpretadas em conjunto com normas de processo civil, notadamente do processo de execução, normas de direito trabalhista e tributário, conforme ordenadas pelas diretrizes fundamentais da Constituição e chanceladas pelos precedentes de nossas Cortes Superiores.

Com efeito, as normas que asseguram a preferência vertical do crédito trabalhista sobre o crédito tributário, com natureza de direito material e previstas em lei complementar, não podem ser afastadas pela Lei 11.101/2005, que é lei ordinária de direito processual. Para assegurar-se a unidade e ordenação do sistema jurídico brasileiro, cumpre interpretar-se as normas recuperacionais de modo a observarem-se os precedentes assentados em nossas Cortes Superiores que consistentemente asseguram a preferência de direito material do crédito trabalhista sobre o crédito tributário.

Portanto, em caso de a empresa em recuperação judicial possuir passivo tributário, compete ao juízo recuperacional tutelar a satisfação do crédito trabalhista, assegurando-lhe inclusive a preferência sobre o crédito tributário. Por isso, o juízo recuperacional é competente para, sob este fundamento, determinar a suspensão das execuções fiscais contra a empresa em recuperação judicial.

Já conforme o precedente firmado por ocasião do julgamento da ADPF 357, o sistema da supremacia do executivo fiscal²³ singular instituído pelo art. 187 do CTN não condiz com a atual ordem constitucional brasileira, pois as normas que preveem ou possibilitam preferências creditórias entre os entes federados conduzem a graves violações do pacto federativo, que podem ser evitadas pela concentração da atividade executiva em um único juízo, isto é, em um juízo concursal, que cuide de dispensar tratamento igualitário, *pro rata*, aos diferentes entes federados.

O juízo competente para concentrar as execuções fiscais, parece-me, deve pertencer à Justiça Estadual, por ostentar competência residual para reunir em concurso pretensões de competência originária da Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição) e, também, da Justiça do Trabalho (RE 583.955). Nesse sentido, quem sabe os futuros rumos a serem trilhados pela jurisprudência venham a reconhecer a vocação natural do juízo recuperacional, enquanto pertencente à Justiça Estadual, para tutelar os interesses dos credores tributários, quanto à sua preferência vertical

23 Tomei a expressão de Baleeiro (1993, p.607).

em relação a outros credores não tributários e quanto ao tratamento horizontal igualitário dos créditos tributários dos diferentes entes federados ante o devedor comum em recuperação judicial.

O certo, porém, é que, consoante a sábia dicção do Min. Luiz Fux, o preceito constitucional do pacto federativo e a sua tutela pela ADPF 357 decorreram de “um novo ambiente objetivo e jurídico”²⁴ (Brasil, 2021), que reclama da comunidade de intérpretes a adequação do sistema de cobrança executiva do crédito tributário, inclusive contra empresa em recuperação judicial.

Esses dois fundamentos ainda estão por ser explorados, mas necessitam urgentemente ser incorporados à interpretação das normas recuperacionais, sob pena de se permitir a violação de precedentes das Cortes Superiores e levar a grave prejuízo à unidade e à ordenação do sistema jurídico brasileiro.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

BOTTALLO, Eduardo D. Reflexões sobre o processo de execução fiscal na Constituição de 1988. **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. [Código de Processo Civil]. **Lei n.13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. [Código Tributário Nacional]. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Brasília, Df: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

24 STF, ADPF 357, Tribunal Pleno, j. 24.06.2021, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia. No voto do Min. Luiz Fux, lê-se: “O que há de interessante neste caso é que essa é uma jurisprudência tão sólida, tão antiga, que foi sedimentada na Súmula 563, que acolhia essa preferência. Agora estamos diante de uma verdadeira superação, um verdadeiro *overruling*, uma mudança completa de jurisprudência, uma viragem jurisprudencial, exatamente uma das grandes preocupações do Código de Processo Civil. O ponto alto do Código de Processo Civil foi exatamente a adoção do sistema *stare decisis*, do sistema anglo-saxônico. Mesmo assim, mesmo estabelecendo que a jurisprudência, principalmente a jurisprudência sumular, tem de ser estável, íntegra e coerente, o Código não se eximiu de prever que há um outro tempo que reclama um outro Direito. Depois de estabelecer a teoria do *stare decisis* no art. 927, o legislador processual fez inserir que a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada é possível, desde que haja fundamentação adequada específica - que é o que está havendo agora, demonstrado, à saciedade, pela eminente Relatora -, sempre observados os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia.” [...] “Com esse fundamento não só de direito constitucional, mas também de direito processual, que prevê o *overruling* exatamente quando se está diante de um novo ambiente objetivo e jurídico, é que também acompanho, integralmente, o minucioso voto da eminente Ministra Cármen Lúcia, no sentido de julgar procedente esta ADPF e declarar não recepcionada pela ordem constitucional de 1988 os artigos aqui mencionados do Código Tributário Nacional - art. 187, parágrafo único - e da Lei de Execuções Fiscais - art. 29, parágrafo único, - a fortiori, gerando, com isso, o cancelamento da Súmula 563”.

BRASIL. **Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm Acesso em: 10 jan. 2024.

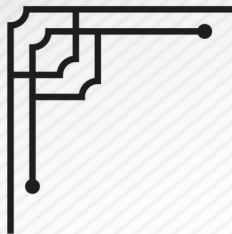
BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 2.053.240**, São Paulo, Terceira Turma, j. 17.10.2023. Relator: Min. Marco Aurélio Belizze.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 357**, julgado em 24 jun. 2021. Tribunal Pleno. Brasília, Distrito Federal: 2021. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757652654>. Acesso em: 10 jan. 2024.

SCHERER, Tiago. **Lei de execuções fiscais comentada e interpretada**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

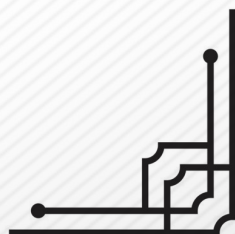
SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.



NOVOS CENÁRIOS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR



CLENIO JAIR SCHULZE



NOVOS CENÁRIOS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

CLENIO JAIR SCHULZE¹

Sumário: 1 Introdução; 2 Saúde suplementar e o sistema dúplice; 3 A nova judicialização na saúde suplementar; 4 Evidências em saúde e o processo judicial; 5 Decisões em saúde e consequencialismo; 6 Resultados na judicialização da saúde. 7 Judicialização da saúde baseada em valor; 8 Plano de saúde é agência de avaliação de tecnologia?; 9 Migração de tecnologias na judicialização da saúde; 10 Custo-efetividade em saúde: algumas propostas; 11 Nota técnica e laudo pericial nos processos sobre saúde; 12 Judicialização predatória da saúde; 13 Tratamento adequado das demandas em saúde; 14 Considerações finais.

RESUMO

As reflexões deste texto indicam medidas para reduzir a tensão gerada da análise dos processos judiciais sobre saúde, bem como sinaliza nova forma de atuação da magistratura brasileira. Analisam-se, assim, aspectos importantes que impactam a judicialização da saúde, tais como as evidências em saúde e a produção de provas no processo judicial, o consequencialismo, os resultados e a judicialização da saúde baseada em valor, além do papel das operadoras de planos de saúde como agência de avaliação de tecnologia.

Palavras-chave: Saúde suplementar, judicialização, regulação.

1 Introdução

A saúde suplementar passa por grandes transformações. Basicamente, há alterações legislativas no texto da Lei 9.656/98 e nova posição acerca da forma de análise dos processos judiciais em que se busca cobertura fora do rol da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

Por isso, é preciso repensar o modelo de prestação privada em saúde e, principalmente, promover análise crítica na judicialização da saúde.

Com efeito, a discussão levada ao processo judicial não se refere (geralmente) apenas a questões jurídicas, pois também aborda temas afetos às ciências da saúde, como a medicina e a farmácia.

Assim, a obtenção de informações sobre as ciências da saúde é indispensável para a qualificação dos processos judiciais.

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica. Integrante do FONAJUS – Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Autor do livro “Judicialização da Saúde no Século XXI” (2018) e coautor do livro *Direito à Saúde* (Schulze, 2019, 2. ed.). Juiz federal em Santa Catarina.

Nesse sentido, as reflexões deste texto indicam medidas para reduzir a tensão gerada na análise dos processos judiciais sobre saúde, bem como sinaliza nova forma de atuação da magistratura brasileira.

Analisa-se, assim, aspectos importantes que impactam a judicialização da saúde, tais como as evidências em saúde e a produção de provas no processo judicial, o consequencialismo, os resultados e a judicialização da saúde baseada em valor, além do papel das operadoras de planos de saúde como agência de avaliação de tecnologia. Propõe-se, ao final, normas para combater a judicialização predatória da saúde.

2 Saúde suplementar e o sistema dúplice

O ano de 2022 trouxe muitas mudanças no Brasil. No âmbito da saúde suplementar, por exemplo, ninguém ficou entediado. Foram duas alterações a inovar na Lei 9.656/98, que regula o funcionamento das operadoras de planos de saúde.

Em março de 2022, foi a Lei 14.307 que criou a comissão de atualização do rol de procedimentos e serviços da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, bem como fixou os respectivos critérios de avaliação em tecnologia em saúde para novas incorporações.

Em setembro de 2022, foi a vez da Lei 14.454 – Lei Romário (o ex-jogador!) – que atribuiu configuração importante às operadoras de planos de saúde. Em resumo, autorizou a cobertura de qualquer tratamento ou procedimento com eficácia comprovada ou com incorporação por país com renomado órgão de avaliação de tecnologia em saúde.

Algumas reflexões surgem sobre a inovada Lei 9.656/98, tais como: a) o artigo 10, 13§ deve ser interpretado isoladamente? b) basta a eficácia para a cobertura de tratamentos sem previsão no rol da ANS?

Além disso, há outro ponto importante: as novidades legislativas criaram dois sistemas de saúde suplementar? Um orientado pelo rol da ANS (Lei 14.307) e outro apenas para as operadoras de planos de saúde (Lei 14.454)?

Tais pontos merecem atenção porque impactam profundamente na atuação da ANS – regulação, controle e fiscalização – e também na forma de atuação das operadoras de planos de saúde.

3 A nova judicialização na saúde suplementar

As alterações legislativas (Leis 14.307 e 14.454 de 2022) e a posição fixada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ (EREsp 1.889.704/SP e EREsp 1.886.929/SP) trouxeram um novo cenário na judicialização da saúde suplementar.

Tradicionalmente, era comum encontrar processos em que as decisões apenas afirmavam genericamente que as operadoras de planos de saúde deviam fornecer determinado tratamento em saúde, sem analisar questões fáticas sobre a questão judicializada.

A nova orientação, contudo, indica claramente a necessidade de haver investigação profunda no processo judicial sobre as evidências científicas do caso clínico, principalmente segurança, eficácia, eficiência e efetividade.

Nesse sentido, há várias decisões do STJ, por exemplo:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - AUTOGESTÃO - NEGATIVA DE COBERTURA DE ASSISTÊNCIA - ROL DA ANS - DELIBERAÇÃO UNIPESSOAL QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO À INSURGÊNCIA PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO DA CONTROVÉRSIA À LUZ DA DECISÃO EXARADA NOS ERESP 1.886.929/SP E ERESP 1.889.704/SP - INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE.

[...] 2. Na presente hipótese, as instâncias ordinárias se limitaram a afirmar que o rol da ANS seria meramente exemplificativo, concluindo pela abusividade da recusa de cobertura, sem observar a efetiva necessidade do procedimento não previsto. Não houve debate acerca de elementos concretos que possam justificar, ou não, a cobertura do procedimento não previsto no rol mínimo de cobertura, mostrando-se necessário o retorno do feito à primeira instância, para novo julgamento da controvérsia à luz da orientação jurisprudencial supracitada.

3. Agravo interno desprovido. [grifado]

(AgInt nos EAREsp n. 1.328.686/DF, relator Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 29/11/2022, DJe de 2/12/2022)

Portanto, o atual cenário exige:

- a) análise fática do caso judicialização;
- b) uso de notas técnicas do NatJus (para o caso concreto ou por analogia);
- c) apresentação de outras provas técnicas, tais como revisões sistemáticas e estudos sérios acerca das evidências científicas;
- d) decisão judicial que enfrenta a eficácia e, principalmente, o desfecho do tratamento judicializado (ou seja, importância do resultado pretendido).

Tal perspectiva é importante para qualificar o debate nos processos judiciais e permitir que as decisões sejam tecnicamente mais adequadas à luz do Direito Sanitário.

4 Evidências em saúde e o processo judicial

Muitas vezes as discussões veiculadas nos processos judiciais em saúde são relativas a questões teórico-jurídicas.

Contudo, um aspecto indispensável na judicialização de tecnologias em saúde é a análise das evidências científicas, pois somente é possível uma decisão de procedência quando existirem sérias e confiáveis indicações de acurácia, eficácia, segurança e custo-efetividade do tratamento buscado.

Nesse sentido, é interessante observar que aproximadamente metade das notas técnicas emitidas pelo NatJus nacional do Conselho Nacional de Justiça – CNJ opina pela não concessão do tratamento diante da ausência de evidências científicas.

Na pesquisa, foram analisadas 17.081 notas técnicas emitidas até 31 de março de 2022, das quais 54,1% foram favoráveis (com evidência científica) e 45,9% desfavoráveis (sem evidência científica)².

Tal resultado é importante porque: (a) grande parte (quase a metade) dos pedidos dos processos não tem evidência em saúde (sem plausibilidade) e; (b) indica que o

principal aspecto a ser abordado no processo judicial é a prova atinente a evidências e não as discussões sobre questões jurídicas, que são secundárias e menos relevantes.

Ou seja, muitas vezes o ponto central não diz respeito à validade do rol do SUS ou do rol da ANS, mas à questão clínica judicializada.

Tal aspecto merece mais considerações dos atores que participam do processo judicial e também dos gestores em saúde, a fim de qualificar os debates sobre a adequada concretização do direito à saúde.

5 Decisões em saúde e consequencialismo

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Brasil, 1942) estabeleceu que as consequências também devem ser observadas como parâmetro decisório, seja na via administrativa ou na via judicial.

É o que o dispõem os artigos 20 (consequências práticas)³ e 21 (consequências jurídicas e administrativas)⁴ do Decreto-Lei 4.657/1942 (alterado pela Lei 13.655/2018).

Nesse sentido, é importante fixar um guia prático para que os atos administrativos e os atos judiciais observem as consequências da decisão⁵.

Vitorelli (2020) sugere os seguintes parâmetros:

- 1) Microconsequências: relativas às pessoas imediatamente destinatárias da decisão;
- 2) Macroconsequências: relativas ao grupo social que será impactado pela adoção da medida, sem ser dela destinatário. Isso inclui as pessoas que são excluídas da política pública e aquelas que arcam com os custos da sua implementação;
- 3) Distribuição temporal: consequências de curto, médio e longo prazo, na medida em que forem previsíveis, ou seja, que, “no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos”, como pontuou o art. 3º, § 2º, do Decreto no 9.830/2019;
- 4) Maximização do bem-estar à luz das alternativas: maneira pela qual o ato promove o bem-estar do grupo social e dos indivíduos afetados, em comparação com outros atos que poderiam ser praticados;
- 5) Representatividade: em que medida aquele ato é desejado pelo grupo social por ele afetado;
- 6) Distribuição social: repartição das consequências sobre os grupos sociais afetados pela decisão, com especial atenção para os grupos vulneráveis;
- 6) Distribuição social: repartição das consequências sobre os grupos sociais afetados pela decisão, com especial atenção para os grupos vulneráveis;

3 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (Brasil, 1942).

4 Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas (Brasil, 1942).

5 Alguns critérios para controle da consequência: “consequencialismo moderado (dado que não apenas as consequências da decisão devem ser levadas em conta), concreto (eis que enfoca as consequências concretas da decisão, não apenas as desejadas), maximizante (dado que pretende avaliar as consequências como melhores ou piores que as alternativas, não apenas como satisfatórias ou insatisfatórias), agregado (já que considera o total das consequências da decisão, o saldo das consequências positivas e negativas, não só suas parcelas), não igualitário (já que os impactos devem ser considerados ponderando os grupos sociais sobre os quais incidem, sobretudo os mais vulneráveis, não de modo uniforme) e avesso a perdas (consequências que impõem prejuízos aos administrados devem ser consideradas mais negativas do que aquelas que impõem a não obtenção de um benefício equivalente)” (Vitorelli, 2020, p.91-92).

7) Economicidade: ponderação acerca das consequências econômicas da adoção ou não adoção da decisão, em face das alternativas disponíveis e dos direitos materiais (sobretudo, aqueles que têm status constitucional) do grupo social afetado pelo ato,²³ bem como do orçamento disponível para aplicação (Vitorelli, 2020, p.93-94).

Ou seja, toda decisão na área da saúde, principalmente no âmbito da gestão, deve observar os aludidos pressupostos. E, na via judicial, o magistrado precisa avaliar se o ato contempla as hipóteses de consequências mencionadas.

Interessante observar que no âmbito sanitário aparece muitas vezes a colisão entre os interesses da coletividade ou de minorias (todas as pessoas com doenças raras, por exemplo) e de sujeitos determinados (autores dos processos judiciais individuais), cabendo a seguinte reflexão:

Por exemplo, políticas públicas podem ser muito importantes, mas muito caras, como é o caso do fornecimento de medicamentos de alto custo não incorporados ao SUS, com base apenas no direito (abstrato) à saúde. Ou podem ser importantes para grupos minoritários, mas indesejáveis pela maioria, como é o caso da implementação de políticas de ação afirmativa não previstas em lei, mas baseadas no valor (abstrato) da igualdade material. Quer dizer, há uma contradição de consequências.

Nesses casos, a tarefa do administrador será motivar, expressamente, por quais fundamentos as consequências positivas prevalecem sobre as negativas. Se o resultado líquido da política e da decisão for positivo, isto é, se ela gerar mais bem-estar do que mal-estar, quando considerados o conjunto dos atingidos e a distribuição das consequências, ela deve ser realizada. Se o resultado final for negativo, será vedada. É claro que não existe um medidor objetivo para esse tipo de peso. Ele deverá ser demonstrado tecnicamente, em cada caso, de acordo com as peculiaridades das políticas públicas a serem desenvolvidas (Vitorelli, 2020, p. 97).

É por isso que as decisões judiciais relativas a processos individuais em saúde (medicamentos e outras tecnologias em saúde) não podem desconsiderar as consequências no plano coletivo (macroconsequências) e focar apenas no caso individualizado. Isso é importante porque a judicialização da saúde, não obstante a tutela das pessoas, também se tornou um grande nicho de negócio para vários setores (laboratórios, médicos, advogados, entre outros).

De outro lado, as consequências não podem ser aplicadas de modo absoluto. A interpretação não pode levar a resultados extremos: “um médico poderia matar um paciente saudável para salvar as vidas de cinco pessoas que precisassem de transplantes?” (Vitorelli, 2020, p.97).

Portanto, as consequências decisórias configuram importante parâmetro para o gestor e o julgador e não podem ser desconsideradas, sob pena de violação às normas da LINDB⁶.

⁶ Interessante observar que eventual ato ilegal pode ser mantido se a consequência for mais positiva do que negativa: “dependendo das circunstâncias do caso, poderão e deverão considerar lícitas condutas que, apesar de ilegais, geram consequências cujos benefícios se sobrepõem ao cumprimento da norma, sobretudo, como também afirma o art. 20 da LINDB, em seu parágrafo único, “em face das possíveis alternativas”. Dito de outro modo, se as alternativas disponíveis para o administrador, na situação específica, teriam potencial para gerar consequências piores do que as verificadas, o ato deve ser considerado de acordo com o ordenamento jurídico, ainda que contrário a um texto legal. As consequências, reitero-se, passaram a integrar a avaliação de juridicidade dos atos administrativos” (Vitorelli, 2020, p. 105).

6 Resultados na judicialização da saúde

A judicialização da saúde é um importante instrumento para o exercício de direitos constitucionais.

O pleito judicial sempre tem uma finalidade: o fornecimento de um medicamento; a realização de uma cirurgia; uma internação, entre outras medidas.

Questão interessante reside em saber qual é o resultado da medida obtida na via judicial. Ou seja, concedida a liminar ou julgado procedente o pedido e após o cumprimento da decisão, qual foi o desfecho do uso do medicamento, do procedimento cirúrgico ou da internação?

Sobre o tema, Porter e Teisberg (2007, p. 117) alertam que: “Os resultados consistem nas consequências para os pacientes, ajustadas a risco, e o custo do tratamento, ambos medidos por todo o ciclo de atendimento”.

Além disso, existe “uma crescente conscientização de que o verdadeiro progresso só pode ocorrer para os pacientes se mensurarmos os resultados e criarmos uma competição no nível onde o valor é de fato entregue” (Porter; Teisberg, 2007, p. 29).

A presente reflexão é trazida para alertar a sociedade para a importância do acompanhamento dos resultados das decisões judiciais, principalmente quando há procedência do pedido veiculado no processo.

Com efeito, é necessário que os tribunais e as partes que integram a relação processual investiguem se houve utilidade da intervenção judicial, com a finalidade de saber se o medicamento, a cirurgia ou o procedimento trouxeram vantagens ao paciente. Caso contrário, tem-se a possibilidade de movimentação inútil da máquina judicial e do Sistema de Justiça, bem como oneração indevida do SUS ou da operadora de plano de saúde.

Trata-se, portanto, de tema a ser debatido com a finalidade de fomentar mais eficiência na concretização do direito à saúde.

7 Judicialização da saúde baseada em valor

As discussões sobre a forma de interpretar a assistência à saúde sempre foram importantes para a sociedade.

Tema em ascensão é a saúde baseada em valor, que consiste em prestigiar o resultado produzido com a intervenção sanitária.

Ou seja, a ideia de saúde baseada em valor permite maior controle no desfecho clínico (*outcome*), no produto entregue.

Tal proposta supera a ideia equivocada que considerava saúde como *commodity*⁷.

É por isso que a saúde baseada no valor foca no resultado, ou seja, naquilo que se pretende entregar. A métrica para mensurar o sucesso é melhorar o valor. E isso somente pode ser considerado após a finalização do ciclo do atendimento: “que começa com a prevenção e continua até a recuperação e o gerenciamento da condição de saúde a longo prazo para limitar a recorrência” (Porter; Teisberg, 2007, p. 56).

Ao final, avalia-se o resultado obtido por unidade monetária despendida (valor = resultado / real aplicado).

7 “O sistema está estruturado como se a assistência à saúde fosse um único negócio (linha de serviços), em vez de muitos negócios diferentes; como se os prestadores fossem todos equivalentes, os resultados fossem sempre os mesmos e todos os pacientes tivessem as mesmas preferências. O resultado final tem sido promover mais comoditização e perpetuar, em vez de eliminar, as dramáticas diferenças em qualidade e eficiência” (Porter; Teisberg, 2007, p. 55).

No plano da judicialização da saúde, os resultados podem assim ser medidos (Schulze, 2020):

- => desfecho clínico (*outcome*) – o processo judicial trouxe algum benefício ao seu autor?
- => a doença involuiu?
- => o quadro clínico melhorou?
- => há efeitos colaterais indesejáveis?
- => melhorou a qualidade de vida?
- => aumentou a expectativa de sobrevivência?

Outros aspectos sobre a tecnologia (produto ou medicamento) judicializada também devem ser considerados mais profundamente, tais como: eficácia do tratamento – funciona?; efetividade – o quão bom?; eficiência – qual custo?; equidade – para quantos?

Como se observa, a judicialização da saúde baseada em valor exige uma nova conduta dos agentes do sistema de Justiça e também dos gestores em saúde (pública e suplementar), de modo a permitir maior qualidade do serviço prestado com mais concretização da respectiva legislação (Constituição e leis infraconstitucionais – principalmente a Lei 8080/90 e a Lei 9.656/98).

8 Plano de saúde é agência de avaliação de tecnologia?

A Lei 14.454/2022 criou um sistema *dúplice*⁸ na saúde suplementar, pois determinou que as operadoras de planos de saúde passem a cobrir tratamentos que não estejam no rol da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) desde que tenham eficácia comprovada.

Tal previsão pode enfraquecer institucionalmente a ANS se o mercado optar por acionar diretamente as operadoras na postulação de novos tratamentos (principalmente porque os requisitos para atualização do rol são muito mais robustos, nos termos do artigo 10-D da Lei 9.656/98).

Ou seja, admitir que apenas a eficácia é suficiente para novas coberturas significa criar um rito sumário de incorporação, um *fast track* que pode ser de pouca qualidade para o sistema de saúde suplementar (que também irá impactar a saúde pública – SUS).

Além disso, não é crível que uma operadora de planos de saúde tenha a mesma capacidade técnica da ANS (ou da Conitec, se a comparação envolver a saúde pública) na análise de novas tecnologias em saúde.

Portanto, se for atribuída uma interpretação literal ao artigo 10, §13, I, da Lei 9.656/98, a operadora de planos de saúde tornou-se uma agência de avaliação de tecnologia em saúde. Contudo, não se trata de uma agência completa, porque não poderá fazer avaliação econômica. Não poderá avaliar efetividade, segurança, eficiência etc. Ou seja, uma agência sem poderes e com limitações que podem inviabilizar operadoras, principalmente as de pequeno porte.

Assim, tudo indica que o preceito normativo mencionado exigirá uma interpretação conforme à Constituição e à legislação, sob pena de violação ao modelo

⁸ Dúplice porque há dois comandos: 1) a Lei 9.656/98 atribui à ANS a elaboração e atualização do rol de procedimentos e serviços e, 2) a Lei 14.454/2022 atribui à operadora de planos de saúde a cobertura de tratamento com eficácia comprovada à luz da saúde baseada em evidências (sem considerar os outros requisitos, como avaliação econômica, por exemplo).

regulatório da saúde suplementar (artigo 199 da constituição), à livre concorrência (artigo 170 da constituição), aos princípios da prevenção e da precaução (artigos 196 e 225 da Constituição) e à sistemática de avaliação de tecnologias em saúde (artigos 196 a 200 da Constituição).

9 Migração de tecnologias na judicialização da saúde

Muitas tecnologias em saúde judicializadas ainda não estão incorporadas no rol do SUS ou rol da ANS⁹.

Assim, é importante avaliar as providências a adotar no processo judicial quando após o ajuizamento da ação ocorre a superveniente incorporação do medicamento ou produto.

A primeira providência por parte do magistrado é determinar a migração do paciente do processo judicial para a via administrativa. Nesse sentido, é o conteúdo Enunciado do Comitê de Saúde do Conselho Nacional de Justiça em Santa Catarina:

Enunciado 23 - Recomenda-se aos magistrados consignarem no dispositivo da sentença e demais atos decisórios a necessidade de migração dos pacientes da via judicial para a via administrativa nas hipóteses de posterior incorporação do tratamento no SUS para a patologia informada nos autos (COMESC, 2022)

Além disso, o juiz também pode suspender ou até mesmo extinguir o processo, tendo em vista que não há mais interesse processual. Nesse sentido, é o teor de outro Enunciado:

Enunciado 22 - Diante da superveniente incorporação do tratamento judicializado recomenda-se ao magistrado intimar a parte autora para buscar o atendimento na via administrativa, avaliando, sempre que possível, a possibilidade de suspensão ou extinção do processo judicial (COMESC, 2022).

O raciocínio se aplica para a saúde pública e para a saúde suplementar, ou seja, tanto para o rol do SUS quanto para o rol da ANS.

As medidas aqui mencionadas são importantes para desjudicializar o tema e permitir que as pessoas participem mais ativamente da farmacovigilância em saúde.

10 Custo-efetividade em saúde: algumas propostas

O custo-efetividade é um tema importante para o direito à saúde, principalmente porque consiste em requisito para a incorporação de novas tecnologias no rol do SUS (artigo 19-O da Lei 8080/90) e no rol da ANS (artigo 10, §5º, da Lei 9.656/98).

Contudo, não há uma definição clara sobre a forma de aplicação do custo-efetividade na avaliação de tecnologias em saúde, razão pela qual é necessário ponderar se é possível a sua análise combinada com outros fatores.

Nesse sentido, é oportuno mencionar que a CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias publicou relatório resumido de evento que discutiu

⁹ A estatística do e-natjus nacional do CNJ indica que 70% das notas técnicas emitidas se referem a tecnologias não incorporadas no SUS (pesquisa até 31/03/2022). In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://paineisgestao.cnj.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2022.

o tema. No aludido documento foram apresentadas várias propostas de posicionamento, tais como:

É importante que as avaliações de incorporação de tecnologias na Conitec adotem um parâmetro de referência de custo-efetividade em suas discussões. Todavia, o custo-efetividade não deve ser um parâmetro isolado de demais fatores envolvidos na discussão.

No cenário de avaliação da custo-efetividade de uma tecnologia pela Conitec, é importante considerar o QALY como principal desfecho. Apesar disso, os envolvidos na tomada de decisão não devem limitar suas discussões ao QALY. Em situações devidamente justificadas, onde os ganhos em QALY sejam inerentemente limitados pelo contexto clínico, é importante considerar outros desfechos clinicamente relevantes além do QALY.

A definição de um valor de referência de custo-efetividade deve se pautar preferencialmente na abordagem metodológica da eficiência do sistema de saúde (custo de oportunidade) e na abordagem da fronteira de eficiência, quando aplicável. Todavia, sempre que possível, deve haver espaço para a discussão pautada em outras abordagens.

A critério do julgamento da Conitec, seriam contextos passíveis de limiares alternativos de custo-efetividade por promoverem a inovação e equidade em saúde para o SUS:

- Doença rara com reduções importantes de sobrevida ajustada pela qualidade;
- Doença endêmica em populações de baixa renda com poucas alternativas terapêuticas disponíveis;
- Doença acometendo crianças e implicando reduções importantes de sobrevida ajustada pela qualidade; e
- Doença acometendo indivíduos no final da expectativa de vida.

Na hipótese de limiares alternativos, tendo definido um valor de referência para a custo-efetividade, é possível pautar a discussão em uma escala acima do limiar de referência, contudo, sem um teto previamente estabelecido (Brasil, 2021).

Como se observa, tais parâmetros podem e devem influenciar as decisões proferidas na via administrativa quanto à incorporação de novas tecnologias. Mas seus efeitos vão além, pois permitem que o Poder Judiciário também considere as propostas de posicionamento citadas como critérios das decisões judiciais que envolvam a discussão sobre fornecimento de tecnologia não incorporada no rol do SUS ou no rol da ANS.

11 Nota técnica e laudo pericial nos processos sobre saúde

Nos processos judiciais que envolvem temas da saúde existem provas que são importantes e merecem análise.

A magistratura brasileira tem dois relevantes instrumentos para a produção de prova: a nota técnica e o laudo pericial. Cabe destacar as diferenças entre os dois mecanismos.

Características da nota técnica:

- É produzida pelo NatJus – Núcleo de Apoio Técnico (Resolução 388 do CNJ);
- Somente o juiz pode solicitar;
- Não há intimação prévia das partes para apresentação de quesitos;
- Geralmente é solicitada e apresentada no início do processo (para tutela de urgência);
- Geralmente dispensa a produção de prova pericial;
- Geralmente envolve questões sobre evidências em produtos e tecnologias em saúde;
- Guarda similitude com a prova técnica simplificada (artigo 464, §§1º a 3º, do Código de Processo Civil).

Características do laudo pericial:

- É produzido por perito nomeado pelo magistrado responsável pelo processo;
- As partes podem apresentar rol de quesitos;
- Geralmente é produzido no curso do processo, após a apresentação da resposta;
- Geralmente é necessário em ações sobre erro médico e erro de diagnóstico;
- É permitida a nomeação de assistente técnico pelas partes do processo;
- Está submetido ao regramento dos artigos 464 a 480 do Código de Processo Civil.

A manifestação do NatJus e a prova pericial são atos processuais distintos, com características próprias. Geralmente um dispensa o uso do outro, pois são autossuficientes.

12 Judicialização predatória da saúde

O tema da judicialização predatória é indispensável para a sociedade, principalmente porque o acesso à justiça não pode ser utilizado indevidamente com a finalidade de prejudicar pessoas ou instituições.

Foi por isso que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou recomendação para orientar os magistrados do Brasil diante da ocorrência da judicialização predatória, entendida como “o ajuizamento em massa em território nacional de ações com pedido e causa de pedir semelhantes em face de uma pessoa ou de um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão” (Brasil, 2022, artigo 2º).

Não obstante o ato normativo seja voltado para situações em que há violação ao direito de liberdade de expressão, é interessante refletir sobre a relação entre o uso predatório da Justiça e a judicialização da saúde.

Algumas situações podem acontecer, tais como profissionais de saúde que são perseguidos ou hospitais acionados na via judicial de forma indevida. O inverso também pode ser verdadeiro.

Há ainda o outro lado, por exemplo, quando operadoras de planos de saúde não cumprem os contratos (ou o rol de procedimentos e serviços da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS) ou quando os entes públicos não entregam o que prometeram (rol do SUS).

Ficando demonstrada hipótese de judicialização predatória, o CNJ recomenda “que os tribunais adotem, quanto ao tema, medidas destinadas, exemplificativamente, a agilizar a análise da ocorrência de prevenção processual, da necessidade de

agrupamento de ações, bem como da eventual má-fé dos demandantes, a fim de que o demandado, autor da manifestação, possa efetivamente defender-se judicialmente” (Brasil, 2022, artigo 2º).

O tema é importante e merece a reflexão dos profissionais que atuam na área do Direito à Saúde.

13 Tratamento adequado das demandas em saúde

A judicialização da saúde é uma realidade em expansão no Brasil.

Assim, é importante pensar em mecanismos para evitar e também qualificar o processo.

Este texto propõe a criação de um sistema universal de resolução adequada de demandas em saúde, que se apresenta em três fases:

Fase 1 – Pré-processual: mediante criação de órgão ou câmara de resolução extrajudicial formado pelos atores do Sistema de Justiça (OAB, Defensorias Públicas e Ministérios Públicos) e também agentes e gestores em saúde. A finalidade é criar um processo administrativo resolutivo, com o seguinte fluxo: pedido de tecnologia em saúde => análise técnica => instrução (se necessária) => decisão deferindo ou indeferindo. Nesta fase não há participação do Judiciário.

Fase 2 – Judicial: diante do indeferimento do pedido na fase 1, inicia-se o processo judicial, mediante pedido exposto da parte interessada. O Judiciário faz o controle do ato administrativo e avalia o caso com assessoria técnica, como o NatJus. Aqui haverá um Juízo Universal – Justiça 5.0 – contemplada pela Justiça Federal e pela Justiça Estadual (mediante convênio entre os tribunais, nos termos dos artigos 67 a 69 do Código de Processo Civil), evitando discussões sobre definição de competência.

Fase 3 – Pós processual: em caso de procedência do pedido na fase 2, o processo vai para órgão ou câmara voltada para acompanhar a execução e o cumprimento da sentença. Aqui haverá controle do desfecho clínico, da utilidade do processo e também definição do ente público responsável pelo cumprimento com eventual ressarcimento, se for o caso. O Judiciário somente participa desta fase excepcionalmente.

Tal modelo tem por finalidade: a) fomentar a resolução das demandas na via extrajudicial; b) ampliar o acesso à Justiça; c) trazer segurança jurídica; d) evitar conflitos de competência entre os segmentos do Judiciário; e) permitir o acompanhamento adequado dos casos; f) equilibrar a relação entre os entes responsáveis pela gestão; g) preservar a sistemática de avaliação de tecnologias em saúde, entre outros aspectos.

14 Considerações finais

Este texto demonstrou que é preciso construir um novo cenário da judicialização da saúde no Brasil.

Por isso, devem ser considerados aspectos que impactam na judicialização da saúde, tais como: as evidências em saúde e a produção de provas no processo judicial, o consequencialismo, os resultados e a judicialização da saúde baseada em valor, além do papel das operadoras de planos de saúde como agência de avaliação de tecnologia.

Além disso, é necessário combater a judicialização da saúde predatória e também criar um tratamento adequado para as demandas em saúde, com destaque para o juízo universal da saúde.

Referências

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://paineisgestao.cnj.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 127 de 15/02/2022**. Recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4376>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O uso de limiares de custo-efetividade nas decisões em saúde**: proposta para as incorporações de tecnologias no sistema único de saúde. Brasília: CONITEC, 2021. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/biblioteca_virtual/20211202_relatorio_oficina_limiares.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

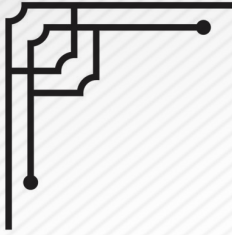
COMITÊ DE SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM SANTA CATARINA. **Enunciados do COMESC**. Santa Catarina: TJSC, 2022. Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/comesc>. Acesso em: 10 jan. 2024.

PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elisabeth O. **Repensando a saúde**: estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos. Tradução de Cristina Bazan. Porto Alegre: Bookman, 2007.

SCHULZE, Clenio Jair. A nova fase da judicialização da saúde. **Empório do Direito**. [s.l.], 24 ago. 2020. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-nova-fase-da-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SCHULZE, Clenio Jair. O novo registro de medicamentos na Anvisa. **Revista Empório do Direito**. [s.l.], 28 maio 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-novo-registro-de-medicamentos-na-anvisa>. Acesso em 09 nov. 2022.

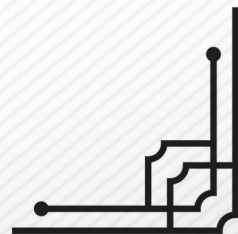
VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, maio/ago. 2020.



O DIREITO FUNDAMENTAL À PROFISSIONALIZAÇÃO DE SOCIOEDUCANDOS (AS) QUE CUMPREM MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO EM SALVADOR: ABORDAGEM CRÍTICO-ANALÍTICA



ANDREA ARIADNA SANTOS CORREIA
EVANDRO LUÍS SANTOS DE JESUS
NELSON SANTANA DO AMARAL



**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROFISSIONALIZAÇÃO
DE SOCIOEDUCANDOS (AS) QUE CUMPREM
MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO
EM SALVADOR: ABORDAGEM CRÍTICO-ANALÍTICA**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PROFESSIONALIZATION
OF SOCIO-EDUCATIONAL STUDENTS WHO COMPLY
WITH SOCIO-EDUCATIONAL HOSPITALIZATION MEASURES
IN SALVADOR: CRITICAL- ANALYTICAL APPROACH**

**ANDREA ARIADNA SANTOS CORREIA¹
EVANDRO LUÍS SANTOS DE JESUS²
NELSON SANTANA DO AMARAL³**

Sumário: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 3 Resultados. 4 Conclusão. 5. Referências.

RESUMO

O presente artigo objetiva fazer uma reflexão sobre a situação fático-jurídica relativa à profissionalização de adolescentes e/ou jovens adultos (as), socioeducandos (as), que cumpriam medidas socioeducativas privativas de liberdade nas Comunidades de Atendimento Socioeducativo no Município de Salvador (CASE's), abordagem inserida no campo de estudo da direito da criança e do adolescente. Utilizou-se para a investigação a revisão de literatura e da legislação pátria e análise dos documentos. A revisão de literatura e os documentos foram realizados com recorte para o ano de 2019 e oferecem uma concepção bem significativa no sentido de que nas unidades de atendimento socioeducativo privativas de liberdade, duas relativas ao gênero masculino (CASE-SSA e CASE-CIA) e uma, ao gênero feminino (CASE Feminina), não eram concedidas vagas suficientes para a formação profissional que atendessem ao quantitativo, vivências e anseios dos (as) socioeducandos (as), tudo isso sem deixar de mencionar que os critérios estabelecidos eram excludentes, fatores que inviabilizavam a garantia do Direito Fundamental à Profissionalização. Concluiu-se que os (as) socioeducandos (as) que estavam cumprindo medidas socioeducativas privativas de liberdade, tinham insuficiência da oferta de cursos para a formação profissional e

1 Doutoranda e Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Graduada em Direito (UFBA). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Aperfeiçoamento em Direito (Escola de Magistratura da Bahia). E-mail: deaariadna@hotmail.com.

2 Doutorando e Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Especialista em Operacionalização do Sistema Socioeducativo (FACIBA) e em Direito Administrativo (UFBA). Aperfeiçoamento em Direito (EPAM-Ba). Graduado em Direito. Professor de Direito da Universidade do Estado da Bahia e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. E-mail: elsj75@hotmail.com.

3 Doutorado em Derecho y Ciencias Sociales (Universidad del Museo Argentino - conclusão de todos os créditos, mas ainda não defendeu a tese). Especialização em Direito Público (UNIFACS) e em Metodologia do Ensino Superior (FTC). Graduação em Ciências Sociais (UFBA), Pedagogia (UFBA) e Direito (UCSAL). Professor Adjunto da UNEB aposentado e Juiz de Direito da Infância e Juventude, aposentado.

muitos (as) não acessavam aos cursos profissionalizantes pelas entidades formadoras, em virtude da distorção série x idade.

Palavras-chave: direito fundamental à profissionalização de adolescentes e jovens adultos; socioeducação; dignidade humana.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the factual-legal situation regarding the professionalization of adolescents and/or young adults, socio-educators, who were complying with socio-educational measures depriving them of freedom in the Socio-Educational Service Communities in the Municipality of Salvador (CASE's), inserted in the field of study of child and adolescent rights. A review of literature and national legislation and analysis of documents are used for research. The literature review and the documents for the year 2019 offer a very significant conception in the sense that in the socio-educational care units deprived of liberty, two related to the male gender (CASE-SSA and CASE-CIA) and one, to the female gender (CASE Feminine), there were not enough places granted for professional training that would meet the number, experiences and desires of the socio-educated students, all this without failing to mention that the established criteria were exclusionary, factors that made it unfeasible to guarantee of the Fundamental Right to Professionalization. It was concluded that the socio-educational students who were complying with socio-educational measures depriving them of liberty, had an insufficient supply of courses for professional training and many did not access professional courses through training entities, due to the grade x age distortion.

Keywords: fundamental right to professionalization for teenagers and young adults; Socioeducation; human dignity.

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo dar maior visibilidade aos aspectos legais e fáticos, relativos à profissionalização de adolescentes e/ou jovens que praticaram atos infracionais e lhes foram aplicadas medidas privativas de liberdade, denominada internação, buscando evidenciar a violação ao respectivo direito fundamental que ocorria no interior das unidades de atendimento socioeducativo (CASE-SSA, CASE-CIA e CASE FEMININA) no ano de 2019, sendo as duas primeiras masculinas e a última feminina, tomando por direcionamento o quanto disciplinado expressamente nas normas vigentes que regem a temática.

Justifica-se o recorte para a análise, em virtude das unidades de atendimento socioeducativo serem espaços importantes de convívio de adolescentes e/ou jovens, que praticaram atos infracionais e estavam privados da sua liberdade, cumprindo medidas socioeducativas que têm natureza sancionatória, mas que devem ter um conteúdo pedagógico, na perspectiva de que as ações positivas realizadas nessa etapa do desenvolvimento deveriam ensinar resultados que permitissem a emancipação humana dos envolvidos e um retorno ao convívio social em condições dignas de possuírem uma nova vida.

Acredita-se que a pesquisa em epígrafe tem importância teórica e prática, relevância social e é contemporânea, na medida em que contribuirá para analisar criticamente como se dava a profissionalização de adolescentes e jovens nos mencionados espaços socioeducativos, em apoio às possíveis transformações a serem acarretadas nas vidas de pessoas em condição de risco pessoal e social.

2 Desenvolvimento

O adolescente que pratica ato infracional pertence geralmente a um determinado arranjo familiar, geralmente originário de família pobre, inserto num quadro de desigualdade social, composto pela mãe e seu filho, situação que vem se intensificando a cada dia.

O Censo Demográfico 2010 realizado pelo IBGE (2011) indica que houve um aumento de famílias tendo a mulher como responsável (de 22,2% para 37,3%), o que vem levando demógrafos e sociólogos a nomearem esse tipo de família de quebradas ou reconstituídas (Santos; Adorno, 2002).

De acordo com os resultados de uma pesquisa realizada pelo IPEA em 2013 e divulgada em 2015, constata-se um perfil de exclusão social entre esses adolescentes: mais de 60% dos adolescentes privados de liberdade eram negros, 51% não frequentavam a escola e 49% não trabalhavam quando cometeram o delito e 66% viviam em famílias consideradas extremamente pobres (Silva; Oliveira, 2015).

Os dados do Sistema Socioeducativo da FUNDAC-Ba (SIPIA-PA, 2018), relativos ao universo dos adolescentes apreendidos, no período de janeiro a março/2018, indicavam que 644 adolescentes estavam cumprindo medidas socioeducativas privativas de liberdade e só existiam vagas para 472 pessoas, existindo um excedente de 172 adolescentes.

Ademais, os dados da FUNDAC (SIPIA-PA, 2018) davam conta que 81,80% dos (as) socioeducandos (as) eram negros ou pardos (as); 94,20% eram do sexo masculino; 68,24%, apreendidos pelas práticas de atos similares a roubo e tráfico de drogas; 85,76%, com faixa etária compreendida entre 15 e 17 anos.

No que se reporta ao aspecto educacional, 89,18% estavam insertos no ensino fundamental/aceleração; sendo que matriculados e não frequentavam, somados aos que não estavam matriculados e não frequentavam, perfazia 56,24% do total, o que sugere qual estava sendo o destino de muitos adolescentes que estavam evadindo das escolas.

Identificada a realidade das dificuldades de formação educacional dos adolescentes e jovens até ingressarem no sistema socioeducativo, busca-se apreciar a atuação estatal, no cumprimento do seu dever de viabilizar a formação profissional daquele segmento social à época em apreço.

Analisa-se a formação profissional realizada nos anos de 2017 e 2018 pelo Estado da Bahia e demais serviços sociais autônomos de aprendizagem, nas unidades de atendimento socioeducativo de privação de liberdade, localizadas na capital baiana, como abaixo se demonstra.

2.1 CASE-SSA

A Comunidade de Atendimento Socioeducativo de Salvador (CASE-SSA) foi fundada em 1978, como Centro de Recepção e Triagem da Bahia (CRT), destinado

ao atendimento de crianças e adolescentes carentes, abandonados ou em situação denominada “erro social” que eram acolhidos pela antiga FAMEB (Fundação de Assistência ao Menor do Estado da Bahia).

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), também conhecido como ECA, e a transformação da FAMEB em Fundação da Criança e do Adolescente, em 1991, passou a ser Comunidade de Atendimento Socioeducativo (Case), com a finalidade de proceder ao atendimento de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade de internação e internação provisória.

A CASE-Salvador é a unidade de atendimento socioeducativo privativa de liberdade que contém o maior quantitativo de socioeducandos, com capacidade para cento e oitenta socioeducandos, geralmente tinha uma população de internos em torno de trezentos e vinte e seis, com um excedente de cento e quarenta e seis. Na época da pesquisa, apenas na CASE-Salvador, estava com um total de 264 adolescentes e/ou jovens.

Os dados do procedimento administrativo instaurado pela 5ª Promotoria de Execução de Medidas Socioeducativas informavam que a Fundação Antônio Almeida e Silva (FUNDAL) concedeu um curso de encanador de instalações prediais, 200h, com início em 23/08//2017 e término em 8/11/2017, com 20 inscritos e 17 receberam certificados.

O SENAI concedeu um curso de auxiliar de manutenção e edificações, com início no mês de abril de 2017 e término no mês de maio de 2018, contando com cinquenta inscritos e apenas onze concluíram.

Visualiza-se que o SENAI e a FUNDAL no período compreendido entre 23/08/2017 e o mês de maio/2018, só concederam curso de formação para vinte e oito adolescentes e/ou jovens da CASE-SSA, num universo de trezentos de vinte e seis (326) à época, ficando sem o direito de se profissionalizar duzentos e noventa e oito (298), sem que o Estado justificasse a sua incapacidade ou decisão motivada.

O exame do procedimento ministerial noticiado evidencia que existinham 50 (cinquenta) vagas para curso de Programa Aprendizagem na Medida, desenvolvido em parceria com o SENAI, tendo como requisitos para inserção a faixa etária (idade mínima de 17 anos e 10 meses), escolaridade (a partir do 6º ano), documentação atualizada (RG, CPF), tempo de medida e fase da medida. Contudo não informa época da realização, quantos estariam matriculados e/ou concluíram, em caso de já ter acontecido.

De igual forma, em relação ao curso do Programa Qualifica Bahia, em parceria com a FUNDAL, noticiou posteriormente à data acima noticiada, que existiam 20 (vinte) vagas para os socioeducandos, tendo como requisitos para a participação, a faixa etária (idade mínima de 16 anos), escolaridade (a partir do 7º ano), documentação atualizada (RG, CPF), tempo de medida e fase da medida. O conteúdo programático era composto de oficinas de arte e educação, percussão, música, artes plásticas, artesanato, jogos lúdicos, expressão corporal.

Seguindo a mesma linha dos dois últimos parágrafos, ilustrou que o Programa Neogibá, ofertava 20 vagas para Formação de Banda Marcial e que na seara dos esportes, eram desenvolvidas atividades de futebol, treinamento funcional e futsal, além de natação, em parceria com a SUDESB, que disponibilizava 30 (trinta) vagas.

Urge salientar que, da mesma maneira, os dados informados são imprecisos, na medida em que não esclarece o início das oficinas por adolescentes e, em caso afirmativo, quantos teriam começado e os que teriam concluído com êxito.

No que diz respeito à educação escolar, 195 adolescentes e/ou jovens estavam matriculados no anexo do Colégio Estadual Governador Roberto Santos, distribuídos com 168 no ensino fundamental II (6º ano ao 9º ano), 27 no ensino médio e 67 matriculados na Escola Municipal Professor Carlos Formigli, cursando o ensino fundamental I (1º ano ao 5º ano) e dois adolescentes foram encaminhados para matrícula no 6º/7º ano.

Apreciando a formação oferecida pelo SENAI, verifica-se que ofertavam 50 vagas, para um universo de 264 (adolescentes e/ou jovens), indicando de logo, uma quantidade de vagas diminutas.

No que diz respeito à concessão de vagas apenas para aqueles que possuíam a escolaridade mínima do 6º ano, percebe-se a exclusão de 67 (sessenta e sete) adolescentes e jovens da formação profissional.

Já em relação ao outro critério, idade mínima de 17 anos e 10 meses, compulsando apenas os que tinham idade abaixo de 17 anos, verifica-se que 50 (cinquenta) estariam de logo excluídos.

Além disso, os demais serviços sociais autônomos de aprendizagem do sistema “S” (SENAC, SENAR e SENAT) que deveriam estar viabilizando o direito fundamental à formação profissional por parte dos socioeducandos, segundo o preconizado na legislação pátria, não estavam cumprindo as suas obrigações, fato que comprometia as perspectivas de uma vida melhor, mais digna, com mais chances de inserção no mercado do trabalho, fora do sistema socioeducativo.

A FUNDAC pontuava que:

Diversos são os entraves encontrados para a garantia do direito à profissionalização dos supracitados adolescentes, encontramos dificuldades para atender as exigências legais, ou seja, os requisitos mínimos para sua inscrição nos programas e cursos de qualificação profissional, com certificação, pois as exigências são distantes da realidade do perfil dos educandos das Unidades de Atendimento Socioeducativo da FUNDAC. Em especial, as exigências que dizem respeito à idade e escolaridade mínima, que impede que muitos adolescentes e jovens consigam ser contemplados nos cursos oferecidos.

Para maioria dos cursos profissionalizantes é necessário possuir ensino fundamental completo, como escolaridade mínima, e idade de dezoito anos (Procedimento Investigativo Ministerial n. IDEA 003.9.76383/2018, p.121).

A FUNDAC assevera que objetivando proporcionar outras possibilidades de aprendizado profissional, prezando pelo empreendedorismo e autossustento dos adolescentes, em especial aqueles que não conseguiam serem contemplados nos cursos de qualificação, ela ofertava nas unidades finalísticas, oficinas de iniciação profissional.

A FUNDAC noticiava que existinham cursos de iniciação profissional de panificação, culinária, tecelagem, estofaria, barbearia, artefato de cimento e gesso e confecção de acessórios e serigrafia e do Centro Digital de Cidadania (informática). Mas não havia informado até a data em que a pesquisa foi realizada, a quantidade de vagas relativas à iniciação profissional.

O procedimento administrativo em análise, ainda não concluso à época da investigação, oferece uma leitura bem significativa no sentido de que não eram concedidas vagas suficientes para a formação profissional que atendessem ao quantitativo, vivências e anseios de adolescentes e jovens em cumprimento de medidas

socioeducativas, tudo isso sem deixar de mencionar que os critérios estabelecidos eram excludentes, fatores que inviabilizavam a garantia do Direito Fundamental à Profissionalização dos socioeducandos.

2.2 CASE-CIA

A Comunidade de Atendimento Socioeducativo do CIA localizada na Estrada CIA Aeroporto, s/n, Jardim Campo Verde/ Barro – Salvador-Bahia foi inaugurada em 19 de março de 1998 para ampliar o atendimento ao adolescente em cumprimento de medida socioeducativa na Região Metropolitana de Salvador.

A CASE-Cia possui capacidade para acolher 95 socioeducandos, geralmente tinha uma população de internos em torno de 116, com um excedente de 22%, à época da investigação.

Os dados contidos no retro mencionado procedimento ministerial, em relação à formação profissional em tal espaço, informam que o Instituto Federal da Bahia (IFBA) concedeu um curso de auxiliar de panificação, com duração de 160 horas, com início em 6/3/2017 e término em 2/6/2017, com 16 inscritos e 14 receberam certificados. Além disso, concedeu o curso de pães especiais, com 160 horas, com início em novembro/2017 e término em 26/1/2018, com 15 inscritos e 15 concluíram o curso.

Visualiza-se que apenas o IFBA, no período compreendido entre 6/3/2017 e 26/1/2018, só concedeu curso de formação para 29 adolescentes e/ou jovens da CASE-SSA, num universo de 116.

Cumprir-se realçar que os serviços nacionais de aprendizagem: SENAI, SENAC, SENAR e SENAT não estavam ofertando a formação profissional aos socioeducandos da CASE-CIA.

A FUNDAC, por sua vez, pontua que diversos eram os entraves à profissionalização dos adolescentes, dentre estes, por exemplo, o de ser necessário possuir ensino fundamental completo, como escolaridade mínima e idade de 18 anos, dificultando o acesso aos cursos, posto que pensadas para um perfil de educandos, bem diverso do visualizado nas unidades de atendimento socioeducativo, nos moldes do procedimento ministerial.

A FUNDAC asseverava à época que, objetivando proporcionar outras possibilidades de aprendizado profissional, prezando pelo empreendedorismo e autossustento dos adolescentes, em especial daqueles que não conseguiam ser inseridos nos cursos de qualificação, ela ofertava nas unidades finalísticas, oficinas de iniciação profissional.

Em relação a CASE-CIA, a FUNDAC ilustrava que existiam oficinas de panificação, artefatos de cimento e gesso, informática e serigrafia. Mas não informou até a data da pesquisa a quantidade de vagas relativas à iniciação profissional.

Ademais, de acordo com o planejamento para 2018, evidenciava que estavam sendo selecionados 20 adolescentes e/ou jovens para os cursos autorizados pela Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte do Estado da Bahia (SETRE), para o curso de pintor de obras e ambientes, com início previsto para ter se dado em julho/2018, o que ainda não aconteceu, segundo os documentos compulsados.

Visualizou-se no procedimento ministerial que foram ouvidos 56 adolescentes e/ou jovens, de seis espaços de contenção da unidade de atendimento socioeducativo em comento, denominadas Casas Jorge Amado, Raul Seixas, Castro Alves, Luiz Gonzaga, Vinícius de Moraes e Dorival Caymmi, e constatou-se que:

- a) Na CASE-CIA, na atualidade, não dispõe de cursos de aprendizagem do SENAC, SENAI, SENAT, SENAR;
- b) Adolescentes e/ou jovens gostariam que existissem cursos de cabeleireiro, auxiliar de pedreiro, encanador predial, marcenaria, montador de móveis, estofaria, pintura predial, pintura e polimento de automóveis, cabeleireiro, informática profissionalizante, construção civil, mecânica de automóveis e de motos, gesso, artes e música, por não serem disponibilizados, terminam fazendo cursos que não têm identificação;
- c) Faltam materiais básicos para as oficinas disponibilizadas, tendo que professores e o gerente da unidade, disponibilizarem recursos do próprio bolso para que aconteçam;
- d) 89 % não obtiveram formação profissional antes da internação;
- e) 78,57% não conviviam com o pai, antes da internação;
- f) 66% estavam fora da escola, antes da internação;
- g) 80% cursa o ensino fundamental.

Os dados, até então ofertados, davam conta que na CASE-CIA também os socioeducandos não estavam recebendo a formação profissional tanto pelo Estado da Bahia, quanto pelos serviços sociais autônomos do sistema “S” (SENAI, SENAC, SENAR e SENAT) e os demais de educação profissional, em face das reais necessidades.

2.3 CASE-FEMININA

A Comunidade de Atendimento Socioeducativo Feminina, como o nome está a sugerir, é uma unidade que se destina a adolescentes e/ou jovens do sexo/gênero feminino que praticaram atos infracionais e lhes foram aplicadas a medida privativa de liberdade de internação e/ou internação provisória, neste caso, aguardando o julgamento, na falta de uma unidade específica de internação provisória, pois são situações diferentes que deveriam ser consideradas, pela FUNDAC, como gestora do sistema socioeducativo.

A Case Feminina de Salvador, inicialmente, funcionava no interior da CASE-SSA (masculina) e, posteriormente, foi desmembrada, passando a ter sede própria em outro local, o que já demonstra um desrespeito no primeiro momento para com os direitos das adolescentes e/ou jovens internas, de terem o seu próprio espaço.

A aludida unidade tem a capacidade de receber 35 (trinta e cinco) adolescentes e/ou jovens, mas na época da pesquisa possuía um quadro de 30 socioeducandas.

Eram disponibilizadas para as socioeducandas as seguintes oficinas: doces e salgados, arte e terapia, artesanato, educação física, expressão corporal, percussão, informática, capoeira, expressão corporal, horta e canto, na própria unidade de atendimento socioeducativo. Além disso, participavam de oficinas sobre poesia e costura, mas devido à falta de instrutores, estão sem dar continuidade.

Importa noticiar que as socioeducandas, com base no quanto visualizado no procedimento ministerial retro noticiado, externavam o desejo de participar além do que era ofertado, das seguintes formações: cabeleireiro, manicure, música, costura, idiomas, técnico de enfermagem, fotografia, pintura residencial, edificações, dança, gastronomia, maquiagem, estética e desenho industrial.

Verificou-se que as socioeducandas não recebiam a formação profissional pelo Estado, serviços sociais autônomos do sistema “S” e entidades educativas, a contento,

fato que se caracterizava como uma violação de tais direitos fundamentais. Registre-se, igualmente, que as adolescentes e/ou jovens não estavam tendo acesso a determinadas formações profissionais que gostariam de fazer, sendo tal direito concedido apenas aos adolescentes e/ou jovens do sexo masculino, como o curso de edificações, por exemplo, fato que se caracterizava como violação flagrante ao princípio da igualdade, esculpido na Constituição Federal pátria (art. 5º, incisos I e II).

Passa-se ao cotejamento da formação profissional obrigatória no sistema socioeducativo, entre o que estava sendo ofertado pelo Estado da Bahia, entidades formadoras e o que previa a legislação pátria.

3 RESULTADOS

Antes de adentrar no tema específico proposto para análise, acredita-se que seja de bom tom, contextualizá-lo dentro do sistema jurídico infanto-juvenil para, em ato contínuo, analisá-lo nas demais searas interdisciplinares.

Cumpra, pois, delinear o quadro dos adolescentes que praticaram atos infracionais e, em decorrência, cumprem medidas socioeducativas, para permitir uma melhor aferição das suas realidades.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção, e todas as pessoas abaixo de 18 anos e, até 21 anos excepcionalmente, consoante já esposado, poderão ser responsabilizadas e estarão sujeitas às medidas da aludida lei, como se constata a seguir:

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato (Brasil, 2002).

Moraes e Ramos (2013, p. 959) esclarecem que o ato infracional é, portanto, a ação violadora das normas que definem os crimes ou as contravenções. É o comportamento típico, previamente descrito na lei penal, quando praticado por adolescentes (art. 103, ECA). Concluem dizendo que essa definição decorre do princípio constitucional da legalidade.

É preciso, portanto, para a caracterização do ato infracional, que este seja típico, antijurídico e culpável, garantindo ao adolescente, por um lado, um sistema compatível com o seu grau de responsabilização, e, por outro, a coerência com os requisitos normativos provenientes da seara criminal no que for compatível e em sintonia com o preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não há que se falar em ausência de responsabilidade do adolescente pelo ato infracional praticado. Ele é responsabilizado, mediante processo em que lhe é assegurada a ampla defesa e a possibilidade de contrariar o que foi dito contra si. Ao final, sendo considerado culpado, o Estado-Juiz aplica a medida socioeducativa, dentre as elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, tida como mais adequada ao seu caso e que permita a sanção pela infração praticada, mas, diferentemente do sistema prisional dos adultos, a medida aplicada também possui um alcance pedagógico, buscando viabilizar uma ressocialização do adolescente.

Para Nigro (2011), uma grande parcela dos adolescentes “infratores” apresenta semelhanças em sua história, na qual se encontram núcleos familiares disfuncionais, com pais alcoólatras, desempregados e também são vítimas das injustiças sociais.

O ato infracional é cometido costumeiramente por adolescentes de baixa renda que sofrem com o processo de exclusão social, tornando-se responsáveis e vulneráveis pelas infrações (Castro; Guareschi, 2008).

Volpi (2006) enfatiza que os distintos aspectos da problemática social podem ser percebidos de ângulos completamente diferentes. As dimensões da saúde física e emocional, dos conflitos inerentes à condição de pessoa em desenvolvimento e dos aspectos estruturais da personalidade, precisam ser consideradas.

Silveira (2009) afirma que:

[...] diversos fatores são responsáveis pela formação do indivíduo na adolescência. Os fatores extrínsecos – escola, família, amigos e comunidade e fatores intrínsecos – genéticos, biológicos, psicológicos e emocionais, são complexos e interagem entre si ajudando no amadurecimento do adolescente e na formação de sua identidade. O estudo mostrou que qualquer alteração no período da adolescência pode provocar alterações e transformações no adolescente. E que se for negativa a interferência sofrida o adolescente pode vir a se tornar um adolescente infrator. Por isso, políticas sociais básicas são primordiais para a formação do jovem (Silveira, 2009).

Muito embora exista um segmento social em que predomine as práticas infracionais pelos adolescentes, isso ocorre por diversos motivos, inclusive por questões psicológicas, justificando uma análise de cada caso na busca de viabilizar o atendimento psicossocial adequado para a realidade proposta.

Segundo Amaral (2010), em entrevista a Barsan:

Muitas vezes ele (adolescente) demonstra imaturidade, não consegue perceber o ato infracional da mesma forma que um adulto pode perceber. Lógico que há casos de adolescentes que sabem perfeitamente o que estão fazendo, mas outros parecem perdidos, desorientados. Certo dia, falei para um deles: “Rapaz, lugar de adolescente é na escola”. Ele respondeu: “fazer o quê lá, doutor? Não tem nada que me interesse”. A escola não é atrativa. Reduzir a maioria para inserir esses adolescentes no sistema carcerário brasileiro? Não é viável. É ampliar o problema. É olhar com o olhar da elite: “É o lixo da sociedade que deve ser jogado para debaixo do tapete”. (Amaral, 2010).

Verificada a prática do ato infracional, ato similar a crime ou contravenção penal, e, depois de garantida a ampla defesa e o contraditório, comprovada a autoria e a materialidade, o Estatuto prevê, em seu art. 112, que poderá ser aplicada ao adolescente medida socioeducativa.

Conforme Ishida (2018), a medida socioeducativa é a providência originada da sentença do juiz da infância e da juventude, através do devido processo legal, de natureza educativa, mas modernamente também com natureza sancionatória como resposta ao ato infracional cometido por adolescentes, logo praticada no período compreendido entre 12 anos completos e 18 anos de idade incompletos.

No que diz respeito às crianças, pessoas de até 12 anos de idade incompletos, que cometerem atos infracionais, estas não cumprirão medidas socioeducativas, mas receberão medidas de proteção, nos termos dos arts. 101 c/c 105, do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- 2.1.1 - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- 2.1.2 - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- 2.1.3 - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- 2.1.4 - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- 2.1.5 - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- 2.1.6 - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- 2.1.7 - acolhimento institucional;
- 2.1.8 - inclusão em programa de acolhimento familiar
- 2.1.9 - colocação em família substituta.

Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101 (Brasil, 1990).

As medidas socioeducativas são aplicadas apenas aos adolescentes e/ou jovens e estão previstas nos incisos do art. 112, do ECA: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

As medidas socioeducativas, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, estão divididas em dois grupos distintos: as medidas em meio aberto, não privativas de liberdade (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e as medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internamento).

As medidas socioeducativas, conforme dispõe o § 2º do art. 1º da Lei n. 12.954/2012, Lei do Sistema Nacional Socioeducativo (Sinase), tiveram os seus objetivos descritos com destaque para a responsabilização do adolescente ou jovem, sua integração social e a desaprovação da conduta infracional.

É imperioso noticiar que deverão ser tomadas medidas pela família, pela sociedade, pela comunidade e pelo Estado que possibilitem, dentre outras coisas, a integração social e a responsabilização do socioeducando, sem deixar de registrar a desaprovação sobre a sua conduta ao praticar o ato infracional.

A medida socioeducativa tem uma natureza sancionatória, que se propõe a responsabilizar o (a) socioeducando (a) pelo ato infracional praticado, mas o conteúdo da medida é pedagógico, buscando emancipá-lo, no sentido de conviver socialmente de maneira digna.

Conforme A. Costa (2006), a medida em destaque deverá desenvolver significativamente o potencial do socioeducando para ser e conviver, isto é, preparando-o para relacionar-se consigo mesmo e com os outros, sem quebrar as normas de convívio.

vio social tipificadas na Lei Penal como crime ou contravenção, com uma proposta de educação que se dá predominantemente no mundo do trabalho. Daí a importância de garantir o direito fundamental à formação profissional dos socioeducandos.

Os dados até então coligidos demonstraram de logo, que o direito fundamental à profissionalização não estava sendo acolhido como deveria. Fato que merece uma análise mais detida.

Percebe-se que existe uma proposta de garantia ao bem-estar do indivíduo na Constituição Federal pátria, justificando uma ação positiva do Estado para assegurar o direito daquele, excluindo a concepção de caridade. Essa é a tônica do Estado do bem-estar e que o Brasil assim se constituiu como tal, mais acentuadamente com a Constituição Federal de 1988.

Para Bonavides (2013), com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo; o Estado-medo ao Estado-confiança; o Estado-hostilidade ao Estado-segurança; de modo que as Constituições tendem, assim, a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade, concluindo que os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas.

O Estado, tendo como finalidade o bem comum de todos, é imprescindível, principalmente em países que possuem uma desigualdade social significativa, que adote postura garantidora de direitos. As pessoas sozinhas não conseguirão suplantam por si mesmas as barreiras que as colocam distante de outras no patamar social. Tudo isso sem perder de vista que aquelas outras pessoas privilegiadas no contexto socioeconômico não irão facilitar tal evolução.

Conforme Cunha Júnior (2008, p. 712), a Constituição de 1988 é essencialmente dirigente, eis que composta de uma enorme quantidade de normas que impõe ao Estado brasileiro a realização de políticas públicas socialmente ativas voltadas ao atendimento dessas mesmas necessidades, fixando diretivas, metas e mandamentos que devem ser cumpridos pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais.

Visualiza-se que a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais se constitui como objetivos fundamentais para a república brasileira e reclama os adolescentes em circunstância de cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade, além de uma abordagem intersectorial e interdisciplinar, uma escolha criteriosa de políticas públicas específicas, em favor das quais deverão ser envidados esforços e ações, inclusive de ordem financeira, de inúmeros setores do poder público e da sociedade para o enfrentamento dos desafios a serem propostos.

Não precisa muito esforço para se chegar à conclusão de que os adolescentes estavam em cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade careciam de que lhes fossem direcionadas todas as políticas públicas intersetoriais: básicas, assistenciais e de proteção especial, tendo em vista as condições às quais estão submetidos nas unidades de internação.

Para Deves (2010), as políticas públicas são entendidas tanto como instrumentos de manutenção da ordem quanto da efetivação de direitos, pois representam a ação dos grupos que estão usufruindo o poder e a estrutura do Estado, ou estão a tencioná-lo visando ao atendimento de suas demandas.

O estudo do direito fundamental ligado ao trabalho para adolescentes e jovens deve levar em conta a análise conjunta de uma série de normas jurídicas, das quais é possível extrair o que aqui se convencionou denominar de Núcleo do Direito Fundamental à Profissionalização e Proteção do Trabalho, consiste numa concentração dos princípios do direito do trabalho e do direito da criança e do adolescente, que deve

harmonizar-se com a finalidade de promover a tutela desse direito (Rossato; Lépure; Cunha, 2018, p.249).

Foi com a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 2013) que tal panorama se alterou ao se prever em seu artigo 227 que preconiza:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 2013).

Percebe-se, de logo, que a Constituição Federal garante o direito fundamental a todo (a) adolescente à profissionalização, como norteamento educativo (art. 205 e 214, IV), perfeitamente contemplado no art.69, da Lei n.8.069/90 (ECA). E nessa perspectiva, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao adolescente tal direito, que conta com eficácia direta, sem limites objetivos no sistema normativo vigente, que justifiquem a sua não efetivação (Costa, 2012).

O Estatuto, em seu art. 69, preconiza que o adolescente tem direito à profissionalização e à proteção ao trabalho, observado dentre outros aspectos, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

O Estatuto deixa bem claro que as formações profissionais não deverão considerar apenas para as necessidades do mercado, senão, também, às histórias de vida dos socioeducandos, suas experiências, sonhos e potencialidades, em face da sua condição peculiar de desenvolvimento.

Como bem asseveram Araújo e Siqueira Neto (2013, p.151):

Na fase de execução, comporta à direção do programa de atendimento buscar a análise individualizada das habilidades e deficiências pessoais de cada um dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, permitindo um olhar cauteloso e respeitoso que garanta eventual afastamento do mundo do ato infracional.

A Constituição Federal preconizou também que os direitos à educação e ao trabalho são direitos sociais e que é proibido trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 8º, c/c art.7º, XXXIII).

Vê-se, por conseguinte, que adolescentes, a partir de 14 anos, terão direito à aprendizagem, com vistas à edificação da sua formação profissional, que lhes permitam uma vida digna, sem que tenham que continuar vivenciando o ciclo de miséria em que muitos foram originários, fator que contribuiu também para o ingresso no mundo infracional.

Após a promulgação da Constituição de 1988, consoante já esposado, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente ou simplesmente ECA, por intermédio da Lei n.º 8.069 de 1990, que promoveu profundas modificações no modelo de atendimento às crianças e aos adolescentes brasileiros, inclusive inserindo a profissionalização como dever do Estado, Sociedade e Família propiciarem (arts.60 ao 69, ECA).

O Estatuto esclarece que se considera aprendizagem a formação técnico- profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação educacional em vigor (art.63), o que corrobora a assertiva de que a aprendizagem integra a educação e o desenvolvimento do adolescente. Tanto assim, que para que ocorra a formação técnico-profissional deverá ser garantido o acesso e frequência obrigatória ao ensino regular do adolescente, bem como a atividade desenvolvida deverá ser compatível com o seu desenvolvimento, em horário especial para o exercício das atividades (art.63, ECA).

A Lei 9.394/96, por seu turno, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, determina que a educação seja dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, em sintonia com o quanto preconizado no ECA (art.53).

Depreende-se que a preparação para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho é finalidade da educação, dever da família e do Estado.

O Decreto-Lei n. 5.452/43, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estabelece no seu art. 428, que a aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

O Decreto n.5.598/2005, que regulamenta a contratação de aprendizes, evidencia que aprendiz é o maior de quatorze anos e menor de vinte e quatro anos que celebra contrato especial de aprendizagem, ajustado por escrito, com prazo determinado não superior a dois anos, em que o empregador se compromete a assegurar ao aprendiz, ser inscrito em programa, para formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, com prioridade aos adolescentes entre quatorze e dezoito anos (arts. 3º, 4º e 11).

Vê-se, pois, que os adolescentes e jovens que cumprem medidas socioeducativas, compreendidos na faixa etária de 14 anos e 21 incompletos, posto que a liberação seja compulsória aos 21 anos de idade (art.121, §5º, ECA), terão direito preferencial à profissionalização a ser fornecido obrigatoriamente pelo Estado e demais entidades formadoras.

Tem-se como significativo ilustrar, consoante disposição expressa contida na Lei n.12.594/2012, que cuida do Sistema Nacional Socioeducativo (SINASE), o fato de que as medidas socioeducativas privativas de liberdade são de responsabilidade do Estado.

O Estado deverá criar, desenvolver e manter programas para a execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação, em sintonia com o plano de atendimento socioeducativo elaborado, prevendo ações nas áreas de educação, saúde, assistência social, cultura, capacitação para o trabalho e esportes, em conformidade com os princípios elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 4º, inciso III; 7º, §2º; 8º; 12; 15, I; 25, I;35, incisos I, VI, VIII; 49, III; 54, III;76;77;78;79 e 80, todos da Lei n.12.594/2012).

Para além dos textos legais, que explicitam a necessidade de satisfação do direito fundamental de profissionalização aos adolescentes e jovens, a realidade fática, igualmente, corrobora a tal assertiva.

Não se deve perder de vista que a definição do que é ser adulto, em geral está relacionada à condição de ter um trabalho e uma família.

A formação para o trabalho tem sido um fator de reinserção social dos egressos. Uma pesquisa recentemente concluída na Noruega indica que os egressos que trabalham tem probabilidade 63% menor de reincidir quando comparados com os que não trabalham (SKARDHAMAR; TELLE, 2009).

Outro aspecto a ser considerado, diz respeito à formação educacional e profissional dos adolescentes e jovens que cumprem medidas socioeducativas nas unidades de atendimento socioeducativo.

Consoante será demonstrado, na fase que antecedia o ingresso na unidade, geralmente não tinham formação profissional e estavam fora da escola, não matriculados ou matriculados, sem estudar. Ao ingressarem, em sua maioria, estavam cursando o ensino fundamental, com defasagem de seriação, ensino aprendizagem, leitura, com dificuldades de elaborarem raciocínios abstratos e estavam inseridos na Escola de Jovens e Adultos (arts. 37 e 38, da Lei n.9394/96), no Estado da Bahia.

Cumpre, pois, cotejar os resultados obtidos.

Os adolescentes e jovens têm o direito à profissionalização amplamente prevista na legislação infantojuvenil e correlata, como sustentação da sua formação educacional.

A Lei que cuida das diretrizes e bases da educação nacional (Lei n. 9394/96) preconiza que a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. Preceitua, igualmente, que a educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social, definindo-a como um dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (arts. 1º; 2º e 27, III).

A Lei de Diretrizes e Bases (LDB) prevê nos seus arts. 37 e 38 que a educação de jovens e adultos (EJA) é destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos nos ensinos fundamental e médio na idade própria e constituirá instrumento para a educação e a aprendizagem ao longo da vida.

A educação de jovens e adultos deverá articular-se, preferencialmente, com a educação profissional, na forma do regulamento, o que corrobora a obrigatoriedade da profissionalização dos socioeducandos, considerando que a educação de jovens e adultos é utilizada nas unidades de atendimento socioeducativo.

No que diz respeito à educação profissional e tecnológica, cabe um destaque, em reforço ao quanto é devido pelo Estado no sistema socioeducativo.

A LDB preconiza:

Art. 39. A educação profissional e tecnológica, no cumprimento dos objetivos da educação nacional, integra-se aos diferentes níveis e modalidades de educação e às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia.

(...) Art. 42. As instituições de educação profissional e tecnológica, além dos seus cursos regulares, oferecerão cursos especiais, abertos à comunidade, condicionada a matrícula à capacidade de aproveitamento e não necessariamente ao nível de escolaridade (Brasil, 1996).

O que se via era a celebração de instrumentos de cooperação entre os gestores das instituições do sistema “S” e do socioeducativo, com parâmetros que não se adequavam à realidade. Na medida em que ofertavam cursos para um perfil diverso, posto que os jovens geralmente estavam fora da escola e muitos não sabiam, sequer, ler.

A formação profissional precisava ser ofertada de modo que a medida socioeducativa cumprisse o seu norteamento pedagógico e as dificuldades do ensino-aprendizagem dos educandos não podiam ser empecilhos para tanto, considerando as pessoas que receberão os cursos, com as suas vivências, necessidades, dificuldades e potencialidades, conforme bem se pode depreender do quanto preconizado nos arts. 39 a 42, da Lei de Diretrizes e Bases, em sintonia com os demais dispositivos legais esposados. Ademais, entende-se que os serviços nacionais de aprendizagem têm obrigação jurídica de atender ao público-alvo delineado na legislação, qual seja, o de 14 aos 24 anos de idade, com as formações possíveis.

Assim, deverá viabilizar formações profissionais que atendam a todos (as) os (as) socioeducandos (as) e não apenas a um diminuto grupo, excluindo os demais de direito que todos (as) possuem.

A Lei n.12.594/2012, conforme já bem evidenciado, contempla a possibilidade de formação profissional pelas entidades pertencentes ao serviço nacional de aprendizagem, integrantes do Sistema “S”, quais sejam, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) e o Serviço Nacional de Aprendizagem em Transporte (SENAT).

Muito embora, tenha sido evidenciado que tais entidades poderão ofertar vagas ao Sistema Nacional Socioeducativo, entende-se que tal faculdade, deverá ser ponderada.

Em primeiro plano, deve-se considerar que os serviços nacionais de aprendizagem são consoante Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2014, p.470):

Serviços sociais autônomos instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais.

Verifica-se que os serviços sociais de aprendizagem são criados por lei para cumprirem determinadas finalidades, dentre elas, a profissionalização dos adolescentes em circunstância de cumprimento de medida socioeducativa e não podem ser desviadas, sob pena de serem responsabilizadas pelo Estado, inclusive, compelidas a cumprirem as suas obrigações para o acolhimento do direito fundamental à profissionalização pelo Estado-Juiz.

Assim, se a profissionalização é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, que não pode ser limitado por normas infraconstitucionais, tem-se como inconcebível a sugerida faculdade ilustrada na Lei n.12.594/2012 aos serviços nacionais de aprendizagem, até, porquanto, cuida-se, *in casu*, também, de direitos que devem ser acolhidos a um segmento social com prioridade absoluta, nos termos do art. 227, da Constituição Federal de 1988 e do art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conclui-se que o legislador ordinário, em relação à Lei do SINASE, foi infeliz na edificação de tal norma, no que diz respeito à ilustração da faculdade de conceder a profissionalização a tais serviços sociais, sem estabelecer o seu alcance.

Vê-se que o legislador disse mais do que deveria, razão pela qual há que se fazer uma interpretação restritiva em relação ao alcance da norma, com a precípua finalidade de permitir a sua real compreensão, ante o sistema jurídico e social pátrio.

Outro aspecto a ser considerado, diz respeito aos recursos utilizados pelos serviços sociais, que são decorrentes de contribuições parafiscais, recolhidas de maneira compulsória pelos seus contribuintes, para serem utilizadas com os objetivos que estão previstos nas suas respectivas leis de criação.

A Constituição Federal se refere às contribuições parafiscais no seu art. 240, nesse caso pagas por empregadores sobre a folha de salários, “destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical”.

Conclui-se que tais recursos podem ser definidos como públicos, posto que obrigatórios, com finalidades previstas em lei e os possíveis desvios, devem ser coibidos, segundo os preceitos contidos no art. 37, da Constituição Federal, de 1988.

Segundo bem adverte Carelli et al (2014, p.107):

A dicção legal utiliza o verbo “pode”, o que, numa interpretação puramente literal, poderá levar ao entendimento de que tal ação profissionalizante constitui uma faculdade do SENAI. Todavia, conforme se discorreu acima, e com base num método de exegese sistemática, de proteção e realização de direitos fundamentais, esta ação integra o núcleo obrigacional de preenchimento material do direito fundamental à profissionalização, cominada aos adolescentes em sistema socioeducativo, mesmo porque a entidade recebe recursos públicos para tal.

Tem-se como imprescindível registrar que o adolescente/jovem admitido é o aprendiz, que deverá se encontrar na faixa etária compreendida entre 14 e 24 anos de idade e está matriculado e frequentando a escola (art. 428, §1º e 432, da CLT), inclusive com carga horária menor para os que não concluíram o ensino fundamental.

A legislação não distingue os socioeducandos, logo não é crível que as entidades formadoras estabeleçam critérios excludentes beneficiando apenas um pequeno grupo de pessoas em detrimento de outras. Não podem, portanto, os gestores dos serviços sociais fazerem tais distinções, na medida em que devem viabilizar formação para todos os socioeducandos, segundo as atividades fins e meios estabelecidos para a aprendizagem das empresas parceiras, nos termos da legislação correlata.

Nunca é demasiado lembrar que não se cuida aqui das possíveis restrições, em razão de determinadas aprendizagens específicas demandadas pelas empresas em certas atividades – fins, necessitem de determinado perfil de socioeducando.

O que se ilustra é que outras atividades de formação compatíveis com os demais perfis, relacionados aos socioeducandos não contemplados, principalmente aqueles com as defasagens de idade, ensino e aprendizagem, típicos dos adolescentes e/ou jovens que integravam o sistema socioeducativo, deviam ser ofertadas para a aprendizagem, nas hipóteses que satisfizessem plenamente os direitos fundamentais de profissionalização dos socioeducandos.

A Lei do SINASE, sob este esquema de posituação constitucional do direito fundamental à profissionalização, enseja a tríplice responsabilidade (Estado, Sociedade e Família) e o dever de sua satisfação, estendendo a fruição desse padrão jurídico aos adolescentes e/ou jovens em cumprimento de medidas socioeducativas, gerando direitos e deveres, correlatos, exigíveis, coercitivos e vinculativos.

4 Conclusão

Os adolescentes e/ou jovens que cumpriam medidas socioeducativas, conforme já demonstrado, em sua maioria, estavam inseridos no ensino fundamental, encontravam-se não matriculados e/ou matriculados, sem que frequentassem a escola em período anterior à internação, com defasagem de idade e formação educacional, e tais fatores dificultavam, quando não inviabilizavam o direito à profissionalização, pelo não cumprimento do dever por parte do Estado e das entidades formadoras.

Os Serviços Nacionais de Aprendizagem e o Estado, por conseguinte, não estavam concedendo a profissionalização aos socioeducandos que lhes é devida, tanto no que diz respeito a todos receberem, quanto serem inseridos em cursos que os considerassem com as suas vivências, potencialidades, necessidades e preferências, em sintonia com o que o mercado careça também.

Os direitos à educação e à profissionalização assistem ao adolescente e/ou jovem que cumpre medida socioeducativa e é dever do Estado e serviços sociais de aprendizagem fornecê-los, conforme visto.

Visualizou-se que os adolescentes e/ou jovens que estavam cumprindo medidas socioeducativas nas unidades de atendimento socioeducativo em apreço não estavam tendo o direito fundamental à profissionalização respeitado a contento e a não profissionalização dos adolescentes e jovens, quer seja pela falta de oferta de cursos, quer seja pela não inserção ante a sua defasagem de conhecimento escolar, constituía-se numa flagrante violação de seus direitos fundamentais, fato que deve ser coibido, ainda que pela via judicial.

Referências

ARAÚJO, Fernando Henrique Moraes; SIQUEIRA NETO, Hélio Ferraz. **Sistema nacional de atendimento socioeducativo (Sinase)**: Lei Federal n.12.594/12: teoria e prática (e comentários sobre os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BARSAN, Leo. Crescimento da delinquência juvenil no estado preocupa especialistas. **Tribuna da Bahia**, Salvador, 9 ago. 2010.Cidade. Disponível em: <http://www.tribunadabahia.com.br/2010/08/09/crescimento-da-delinquencia-juvenil-no-estado-preocupa-especialistas>. Acesso em: 3 maio 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2009/04/lei_diretrizes.pdf. Acesso em: 30 set.2018.

BRASIL. **Decreto n. 5598, de 1º dezembro de 2005**. Regulamenta a contratação de aprendizes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Decreto/D5598.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.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: 30 set.2018.

BRASIL. **Lei n. 12.594/2012**, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase); regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 4 out. 2018.

CARELLI, A.M. et al. Da capacitação para o trabalho. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Comentários à Lei n. 12.594/2012**: sistema nacional atendimento socioeducativo. Edição SINASE. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais, 2014, p.104 a 111. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sinase/comentarios_sinase_mpmg_2014.pdf. Acesso em: 25 set.2018.

CASTRO, Ana Luiza de Souza; GUARESCHI, Pedrinho. Da privação da dignidade social à privação da liberdade individual. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, Agosto, 2008.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Antonio Carlos Gomes. Natureza e essência da ação socioeducativa. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Edições Po-divm, 2008.

DEVES, Ricardo José. **A política pública de atendimento aos adolescentes em conflito com a lei no Estado do Paraná**: legislações e as concepções dos gestores dos Centros de Socio-educação. 2010. 152 f. Dissertação (Mestrado de Gestão em Políticas Públicas) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí (SC), 2010.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 19. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balesteiro; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 41.ed.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Ministério Público do Estado da Bahia. **Procedimento Investigativo Ministerial n.IDEA 003.9.76383/2018**, p.121-123. Salvador, MPE, 2018.

MORAES, Bianca Mota de e RAMOS, Helane Vieira Ramos. A prática de ato infracional. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. A prática de ato infracional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. NIGRO, Tatiana Rocha. **Família e medidas socioeducativas**: revisão bibliográfica de teses e dissertações. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2011.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n.8.069/90 – comentado artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Rosa de Lourdes Azevedo; ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. Um ensaio sobre família (s) e suas intersecções. In: AGOSTINHO, Marcelo Kábaki; SANCHES, Tatiana Maria (Org.). **Família**: conflitos, reflexões e intervenções. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

SILVA, Antônio Fernando Amaral e. **Estatuto, o Novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude**. Florianópolis: TJSC, 1996.

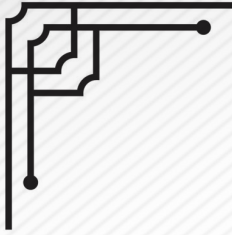
SILVA, Enid Rocha Andrade; OLIVEIRA, Raissa Menezes. **Nota técnica n. 20**: O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários. Brasília: IPEA, jun. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/notatecnica_maioridade_penal. Acesso em: 4 out. 2018.

SILVEIRA, Rita de Cássia Caldas. Adolescência e ato infracional. **UniBrasil**, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/rita-de-cassia-caldas-da-silveira.pdf>. Acesso em: 3 maio 2015.

Sistema de Informação para a Infância e Adolescência (SIPIA-SINASE). Salvador: FUNDAC, 2018.

SKARDHAMAR, Torbjom; TELLE, KJETIL. **Life after prison**: the relationship between employment and re-incarceration. Oslo: Research Department of Statistical Department, Discussion Paper n.597, 2009.

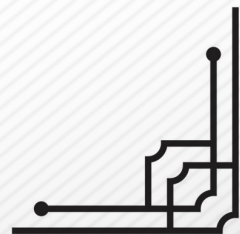
VOLPI, Mario. A natureza do ato infracional. In: VOLPI, Mario (Org.). **O adolescente e o ato infracional**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.



AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO PROCESSO FALIMENTAR E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL



LUIZA ELIZABETH DE SENA SALES SANTOS



AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO PROCESSO FALIMENTAR E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

LEGISLATIVE INNOVATIONS IN THE BANKRUPTCY PROCESS AND THE PRINCIPLE OF PRESERVING BUSINESS ACTIVITY

LUIZA ELIZABETH DE SENA SALES SANTOS¹

Sumário: 1 Introdução; 2 O avanço das relações comerciais e as inovações legislativas; 3 As tutelas de urgência nos processos de recuperação judicial: inovações da Lei nº 14.112/2020; 4 O princípio da função social da empresa nas construções jurisprudenciais; 5 Os desafios na condução do processo de insolvência e os benefícios da mediação; 6 A importância da especialização das Varas Falimentares; 7 Conclusão.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo trazer breves considerações acerca da evolução das relações comerciais e as mudanças ocorridas na legislação empresarial no Brasil, especificamente no processo falimentar, e como os recentes entendimentos jurisprudenciais, em relação ao princípio da função social da empresa, influenciaram na construção da nova legislação. Destaca a nova concepção de insolvência, com a separação das figuras da empresa e devedor, as inovações das cautelares trazidas pela nova Lei de falências (Lei n. 14.112/2020), bem como a importância e a necessidade do juízo especializado para a condução dos processos de falência, com a finalidade de efetivar a prestação jurisdicional com maior eficiência e celeridade.

Palavras-chave: recuperação judicial; insolvência; tutela de urgência; função social da empresa; juízo especializado.

ABSTRACT

This article aims to bring brief considerations about the evolution of commercial relations and the changes that have occurred in business legislation in Brazil, specifically in the bankruptcy process, and how recent jurisprudential understandings, in relation to the principle of the company's social function, have influenced the construction of the new legislation. It highlights the new conception of insolvency, with the separation of the company and debtor, the precautionary innovations brought by the new Bankruptcy Law (Law no. 14,112/2020), as well as the importance and need

¹ Juíza de Direito.

for specialized judgment to conduct the bankruptcy proceedings, with the aim of carrying out judicial provision with greater efficiency and speed.

Keywords: judicial recovery; insolvency; emergency protection; social function of the company; specialized court.

1 Introdução

A atividade empresarial no Brasil surgiu no período colonial e teve o seu desenvolvimento em várias fases da história, chegando ao formato atual a partir da década de 1990, após o país passar por um processo de abertura econômica com integração dos mercados internacionais.

Com as transformações sociais e tecnológicas, surgiram novos modelos de negócios, abrangendo diversos setores da economia nacional. O mercado consumidor também passou por uma série de transformações, de maneira que o sucesso de determinadas formas de comércio se tornou imprevisível.

O novo cenário econômico, por vezes, impactou negativamente no desenvolvimento das atividades empresariais, de forma que algumas sociedades não conseguiram se adaptar às novas realidades econômicas, resultando em uma queda acentuada do desempenho financeiro, dando lugar à insolvência.

A insolvência ocorre quando uma empresa perde a capacidade de cumprir com suas obrigações financeiras, ou seja, quando as suas dívidas excedem à importância dos seus bens. Tal situação pode levá-la à falência, prejudicando tanto a sociedade empresária quanto os seus credores.

A possibilidade de insolvência é algo inerente à atividade empresarial e são diversas as razões que podem levar uma empresa à insolvência. Desde a má gestão financeira até a retração econômica ou mesmo o reflexo de uma pandemia, a exemplo da recentemente vivenciada nos anos 2019 a 2022, em razão da COVID-19.

Quando uma empresa se torna insolvente, ela passa a enfrentar uma série de dificuldades, como a queda de valor de mercado, encerramento de contratos e perda de crédito. Neste cenário de crise, as suas atividades podem ser encerradas, acarretando demissões e inadimplência.

Surge aí a necessidade de proteger o cenário econômico e as relações entabuladas por ela, sejam trabalhistas, econômicas ou sociais.

No Brasil, o direito falimentar surgiu em 1850, com a promulgação do Código Comercial, alterado pelo Decreto 917/1890, por meio do qual surgiu a figura da concordata.

Diversas mudanças econômicas ocorreram ao longo dos anos, surgindo novas leis e decretos que deram nova roupagem ao Direito Falimentar, e a concordata passou ser vista como forma de prevenção à falência, possibilitando o restabelecimento da sociedade empresarial. Superou o antigo formato de contrato entre credor e devedor, passando a ser tratada como um ato processual, possibilitando suspensão da falência.

2 O avanço das relações comerciais e as inovações legislativas

A partir dos anos 70 e 80, com a globalização, adveio um novo cenário econômico, social e tecnológico, surgindo inúmeras sociedades empresariais, fomentando

as disputas de mercados. As relações comerciais ganharam novas formas, e a figura da concordata já não atendia às especificidades de todas.

Nesse cenário, surgiu ainda a necessidade de conferir novas formas de proteção à sociedade empresária, como figura geradora de emprego e renda.

Com a finalidade de enfrentar eventuais crises, geradas pelo novo cenário econômico, no ano de 2005, foi sancionada a lei n. 11.101, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária,

Até a promulgação da Lei de Falências (lei n. 11.101/2005), a insolvência empresarial, era vista como termo pejorativo que refletia basicamente a figura do devedor desonesto. Com a nova lei a empresa passou a ser vista como atividade econômica, independente da figura do empresário.

A referida lei também tornou defasada a figura da concordata e cedeu o lugar à recuperação judicial, instituto que passou a enfrentar a crise empresarial pela perspectiva de superação de uma fase inerente a qualquer atividade, possibilitando que as sociedades empresariais se reestruturassem e deem continuidade à atividade empresarial.

A Lei de Falências também trouxe alterações importantes quanto aos requisitos que o devedor deve possuir para requerer a recuperação judicial, agora com base em requisitos objetivos, deixando o seu deferimento de ficar unicamente a cargo do Judiciário, como ocorria com a concordata.

Os critérios referentes à pessoa do devedor, bem como os aspectos relacionados ao processo, passaram a ter expressa previsão legal. A recuperação judicial ganhou novo aspecto, passando a ser analisada também como um direito do devedor.

Com a reformulação do regime falimentar, a empresa passou a ter valor social. Com a separação dos elementos empresa e empresário, a figura do devedor insolvente ganhou novo aspecto.

A partir daí teve início o processo de modificação do direito falimentar, visando proteger a atividade empresarial.

Partido dessa premissa, ganhou destaque o princípio da preservação da empresa, o qual o jurista Fábio Ulhôa Coelho, assim conceituou:

O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, “empresa” é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (“empresário”) nem com o lugar em que explorada (“estabelecimento empresarial”). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento. E complementa: “O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito (Coelho, 2014).

A ideia de função social da empresa como fonte de emprego e renda também ganhou força, fortalecendo a necessidade da preservação da atividade comercial.

Tal percepção foi desenvolvida por André Luiz Santa Cruz Ramos:

[...] O reconhecimento da função social da empresa e dos efeitos nefastos que a paralisação de certos agentes econômicos produz fez com que o legislador percebesse que muitas vezes a permanência do devedor em crise poderia ser mais benéfica do que a sua imediata exclusão do meio empresarial,

ante a possibilidade de sua recuperação e da consequente manutenção de sua atividade econômica, que gera empregos e contribui para o progresso econômico e social (Ramos, 2014, p.566).

A partir dessa perspectiva, a lei de falências teve como destaque o incentivo à preservação da empresa, criando meios de ajudar na superação da crise empresarial, com a reestruturação econômica e financeira da sociedade e garantir o cumprimento das obrigações destas com os seus credores.

Essa ideia é expressamente prevista no art. 47 da Lei de Recuperação Judicial:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (Brasil, 2005, art. 47).

Portanto, a finalidade precípua é a continuação da sociedade empresarial, sendo a figura da recuperação judicial colocada como mais benéfica ao devedor do que a falência e ainda que seja decretada a falência da empresa, a sua preservação ainda é buscada por meio da alienação dos seus bens.

Ou seja, se busca o levantamento de ativos financeiros como forma de preservar os compromissos da sociedade empresária.

Sedimentando essa postura protetiva, em 26 de março de 2021, foi sancionada a Lei 14.112 de 2020, a chamada Nova Lei de Recuperação Judicial e Falência, acarretando alterações significativas para o instituto da recuperação judicial.

Com a nova lei, o princípio da preservação da empresa foi ainda mais intensificado, com previsões que ampliam as possibilidades de restabelecimento da atividade empresarial, de forma mais célere e menos nociva.

Para tanto, foi conferida nova redação ao art. 75 da Lei de falência:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

I - preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 1º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 2º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência) (Brasil, 2020, art. 75).

Portanto, a nova redação, de forma expressa, prevê que a falência visa precipuamente a recuperação da sociedade empresarial e o seu retorno célere à atividade econômica, com ênfase também na proteção do direito do devedor.

Os conceitos inovadores, presentes na nova legislação, têm como premissa uma recuperação menos gravosa aos credores e ao devedor, criando estruturas para fortalecimento da empresa e o seu retorno ao mercado.

Com isso, a falência deixou de ser posta unicamente como resultado da má administração, passando a ser tratada como reflexo das dificuldades enfrentadas pelas constantes mudanças e instabilidades do cenário econômico.

Dessa forma, se observa que as alterações legislativas consolidaram a ideia de proteger a consecução da atividade econômica, fortalecendo o instituto da recuperação judicial, trazendo inúmeras vantagens ao devedor, concedendo-lhe a oportunidade de superação da crise, com a reestruturação e preservação da sociedade empresária.

3 As tutelas de urgência nos processos de recuperação judicial: inovações da Lei nº 14.112/2020

O processo de recuperação judicial é um importante instituto jurídico que visa garantir a continuidade das atividades econômicas de uma empresa em crise financeira, evitando a falência e possibilitando a reestruturação de suas dívidas.

Entretanto, quando a empresa busca o judiciário para dar início ao processo, a sua situação econômica e as relações jurídicas, muitas vezes já se encontram em situação crítica.

Surge então a necessidade de uma solução imediata, como a concessão de medidas que possam assegurar a efetividade do processo de recuperação.

Nesse sentido, a recente reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência, ocorrida em 2020, introduzida pela Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020, trouxe importantes alterações acerca da possibilidade de concessão das tutelas de urgência, em processos de recuperação judicial. Tais mudanças visam garantir que medidas céleres e eficazes sejam adotadas para preservar e viabilizar a reestruturação da empresa em crise.

Uma das principais inovações é a possibilidade de concessão de medidas de urgência, desde o pedido de recuperação judicial, atendendo ao fator urgência da empresa insolvente. Antes, era necessário aguardar a análise e concessão do plano de recuperação judicial, pelo juiz, para que tais medidas pudessem ser requeridas.

Com a nova redação, o atual artigo 6º, §12 da Lei nº 11.101/05 prevê que: “observado o disposto no art. 300 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial” (Brasil, 2020).

Além disso, a reforma inseriu o artigo 20-B, § 1º, que trata da tutela de urgência cautelar, autorizando o Poder Judiciário a conceder medida cautelar, consistente na suspensão, por 60 dias, das execuções movidas contra o devedor, com a finalidade de impedir a expropriação do patrimônio do devedor durante o período em que este se organiza e se prepara para a distribuição da recuperação judicial.

A referida medida é de cunho preparatório, de maneira que o artigo 20-B, §3º, da Lei de falências, prevê que, sobrevinda a recuperação judicial, o *stay period* será

descontado do prazo pelo qual as execuções ficaram suspensas durante a mediação preparatória.

Assim, com a reforma, o devedor poderá solicitar, desde o início do processo, medidas que garantam a continuidade de suas atividades, como a suspensão de ações e execuções individuais.

Anteriormente, tais medidas eram restritas apenas às situações excepcionais, como o perigo de perecimento do direito. Entretanto, com a reforma, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares é mais ampla, desde que evidenciada a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Com isso, busca-se dar maior efetividade à recuperação judicial, permitindo que a empresa em dificuldades econômico-financeiras possa adotar medidas emergenciais para evitar a paralisação de suas atividades e garantir a preservação de seu patrimônio.

Cabe destacar que tais medidas não são uma forma de privilegiar indevidamente o devedor, mas sim como uma ferramenta que visa assegurar a manutenção das atividades empresariais e, conseqüentemente, a preservação de empregos e o pagamento dos credores.

4 O princípio da Função social da empresa nas construções Jurisprudenciais

O artigo 170 da Constituição Federal estabelece que o exercício da atividade econômica deve ser realizado com a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da propriedade privada (inciso II) e a função social da propriedade (inciso III).

Sob essa perspectiva, a empresa cumpre a sua função social ao gerar emprego e renda, contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, respeitando o direito dos seus consumidores e adotando práticas sustentáveis à proteção do meio ambiente.

A função social deve pautada nos princípios constitucionais, devendo a sociedade empresária comprometer-se com a busca pela justiça social, pela igualdade e pela valorização da dignidade da pessoa humana.

Com base nessas premissas, a nova lei de falência (Lei 14.112/2020), que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2021, trouxe mudanças significativas no panorama jurídico relacionado ao processo de recuperação judicial e falência de empresas.

As mudanças apresentadas têm como objetivo principal a busca pela preservação da função social da empresa, conceito fundamental do direito empresarial que apresenta a ideia de que as empresas devem promover o desenvolvimento econômico, gerando emprego e renda, e contribuir para o bem-estar social, respeitando os direitos dos trabalhadores e dos seus consumidores.

O conceito de função social da empresa, dentro da nova lei, está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e aos valores constitucionais.

Esse princípio surgiu com a finalidade precípua de resguardar as atividades econômicas que possuem relevância para a sociedade, mantendo a sua perpetuação na economia.

Nesse aspecto, há uma interação entre a sociedade empresária e a sociedade e, por essa razão, o legislador entendeu por estabelecer o princípio da função social da empresa como ideal a ser perseguido.

Partindo desse pressuposto, é nítido o objetivo de proteção da atividade econômica, com a conservação e o desenvolvimento da atividade empresarial como fonte produtora de serviços e geradora de empregos e renda, repercutindo no desenvolvimento social.

Assim, há o reconhecimento, pelo legislador, da importância da empresa como instituição econômica para a sociedade e para a movimentação financeira, tendo a lei destacado a proteção da atividade empresarial para que assim, mantenha a atividade operante e sustentável.

No julgamento conflito de competência CC 118.183 /MG, em 2011, a ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, entendeu que as decisões proferidas no âmbito da recuperação judicial sempre devem ter, como norte, a necessidade de preservação da par *conditio creditorum*, nas falências, ou do princípio da continuidade da empresa, nas recuperações judiciais:

Não se pode perder de vista o objetivo maior, de preservação da empresa, que orientou a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da regra do artigo 60, parágrafo único, da Lei 11.101/05. O que buscou o legislador, com tal regra, foi implementar a ideia de que a flexibilização de algumas garantias de determinados credores, conquanto possa implicar aparente perda individual, numa análise imediata e de curto prazo, pode significar ganhos sociais mais efetivos, numa análise econômica mais ampla, à medida que a manutenção do empreendimento pode implicar significativa manutenção de empregos, geração de novos postos de trabalho, movimentação da economia, manutenção da saúde financeira de fornecedores, entre inúmeros outros ganhos (Brasil, 2011).

Nesse contexto, é notória a propensão da doutrina e da jurisprudência na utilização do princípio da preservação da empresa na interpretação de normas e princípios, objetivando fortalecer o instituto.

Ao julgar o REsp 1.023.172, em 2012, o relator do caso, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, destacou a importância de os princípios constitucionais serem observados:

Com efeito, a Constituição da República consagra a proteção à preservação da empresa por duas razões basilares: (i) é forma de conservação da propriedade privada; (ii) é meio de preservação da sua função social, ou seja, do papel socioeconômico que ela desempenha junto à sociedade em termos de fonte de riquezas e como ente promovedor de empregos. Assim, o princípio da preservação da empresa cumpre a norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário (Brasil, 2012).

Assim, ao destacar a função social da empresa como princípio norteador na condução do processo de recuperação judicial, o legislador externa o interesse em possibilitar a recuperação econômica da sociedade, como forma de garantir o desenvolvimento econômico e social.

Por essa razão, é vedada a declaração de falência da empresa, quando se mostrar viável a sua recuperação, pois diante da sua importância no cenário socioeconômico a sua manutenção deve ser preservada ao máximo em proveito dos interesses sociais.

Nesse sentido, o Ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Resp. Nº 1.298.670, assim entendeu:

[...] no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que, além de não fomentar, na verdade inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto (Brasil, 2011).

A partir do exposto, extrai-se que, com as novas atualizações, em consonância com os recentes entendimentos da jurisprudência, o legislador buscou conferir à sociedade empresarial a proteção ao exercício da atividade econômica, dentro do contexto socioeconômico que a empresa atua.

5 Os desafios na condução do processo de insolvência e os benefícios da mediação

No processo falimentar, as dificuldades surgem em diferentes etapas e envolvem diversos aspectos.

Desde o período que antecede o pedido de recuperação judicial, a empresa precisa dispor de recursos financeiros significativos, com realização de auditorias e negociações prévias com credores.

Geralmente a empresa em insolvência enfrenta problemas de organização e falta de registros contábeis adequados e, nesse aspecto, é necessário o auxílio de profissionais especializados para que haja efetividade na condução do processo falimentar.

No âmbito judicial, o processamento da recuperação judicial é, por vezes, lento e gera inúmeros desafios a todos os envolvidos.

A condução do processo enfrenta etapas complexas, uma vez que, dentro do mesmo procedimento, apresentam-se múltiplos interesses individuais e coletivos. Trata-se, portanto, de um processo longo e dispendioso e o seu insucesso gera consequências danosas aos credores e à sociedade empresária.

É grande o número de credores, de diferentes classes, sendo comum que estes contestem os créditos lançados no Quadro Geral de Credores. Essas impugnações exigem análise adicional, gerando novas ações.

Durante a fase de recuperação judicial, a empresa também enfrenta dificuldades para celebrar novos contratos e manter as relações comerciais já estabelecidas, atrapalhando a busca por ativos financeiros.

Os custos com o processo são significativos, pois além das despesas com a administração judicial, a empresa precisa custear serviços essenciais ao sucesso da recuperação judicial.

A negociação com os credores, sem dúvida é uma das maiores dificuldades enfrentadas, pois no mesmo cenário processual, apresentam-se diferentes interesses e prioridades, tornando difícil um quadro conciliatório.

Nesse contexto, a mediação surge como uma ferramenta significativa para facilitar o diálogo entre as partes envolvidas, buscando soluções mais assertivas.

Com a entrada em vigor da Lei n. 14.112/2020, que prevê a mediação como um dos meios de solução do conflito, qualquer das partes, inclusive o devedor, poderá requerer a sua realização.

O objetivo da mediação é viabilizar a elaboração de um plano de recuperação judicial que seja viável e aceito por todos. Trata-se de uma alternativa eficaz e menos contenciosa.

A recuperação judicial visa preservar a empresa e suas atividades, proporcionando uma chance de superar a crise financeira e encontrar uma solução viável para o problema enfrentado.

Entretanto, antes de iniciar a fase processual, é importante considerar a mediação como um meio alternativo e vantajoso de solucionar os conflitos existentes. A mediação pode ser uma ferramenta valiosa para as empresas enfrentarem seus problemas financeiros.

O fato de a mediação ser um procedimento mais ágil do que o processo judicial permite que as partes envolvidas cheguem a um acordo mais rapidamente, tornando maiores as chances de êxito em sua recuperação financeira. Além disso, torna possível que as empresas evitem os altos custos decorrentes de um processo judicial, como custas e demais despesas decorrentes do processo.

A lei n. 14.112/2020 prevê que serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial e que essas deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recurso.

Portanto, a mediação pode ser utilizada em diversas etapas do processo, desde a discussão inicial acerca das possibilidades que a empresa tem de se recuperar financeiramente, no período de elaboração e aprovação do plano de recuperação judicial e até mesmo na fase recursal, para os casos em que o processo de recuperação já está em fase avançada.

Observa-se, portanto, que a tentativa de preservação das relações comerciais se estende a qualquer fase da recuperação judicial, criando um ambiente propício para que as partes envolvidas dialoguem e busquem soluções que sejam benéficas a todos os lados, encurtando o tempo de tramitação do processo.

Ao aderir à mediação, durante a fase de recuperação judicial, busca-se preservar o relacionamento comercial, evitando desgastes e possíveis prejuízos irreparáveis a longo prazo, evitando-se ainda uma possível falência.

A mediação, no âmbito da recuperação judicial, ainda não está efetivamente incorporada como uma opção viável. Para que isso ocorra, faz-se necessário que essa cultura seja difundida no meio empresarial, apontando a mediação como solução mais satisfatória e mutuamente benéfica à resolução dos conflitos, evitando o desgaste e os custos decorrentes de um processo judicial.

6 A importância da especialização das Varas Falimentares

Atualmente, no Estado da Bahia, quase a totalidade dos juízos de falência e recuperação judicial não é especializada. Mesmo nas grandes Comarcas, são poucas as Varas especializadas e, ainda assim, possuem alguma competência cumulativa.

Conforme dispõe a Lei 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação Judicial), a falência e a recuperação judicial deverão ser distribuídas perante o juízo do principal estabelecimento da empresa devedora.

Assim, o critério de distribuição não é amplo, de forma que a grande maioria dos processos de falência e recuperação judicial é necessariamente conduzida e julgada por juízes que não são especializados na matéria e que atuam em unidades que acumulam processos de diversas especialidades.

O processo de insolvência por ser extremamente complexo e específico exige do julgador conhecimento aprofundado em áreas multidisciplinares, além de ampla dedicação, considerando que uma recuperação judicial possui grande impacto social e econômico.

O cumprimento dos expedientes processuais também é impactado pela falta de especialização. A ausência de servidores capacitados tem reflexo direto no andamento processual.

A incerteza quanto à condução adequada dos atos processuais relacionados à recuperação judicial, por vezes, leva ao cumprimento de forma incompleta, prejudicando a eficácia das decisões.

A falta de varas especializadas também pode causar insegurança para as empresas e credores, pois não há certeza quanto ao tratamento adequado das questões relacionadas à recuperação judicial e à falência.

O Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais de Justiça que promovessem a especialização de varas e a criação de câmaras ou turmas especializadas em falência, recuperação empresarial e outras matérias de Direito Empresarial (Recomendação nº 56 de 22/10/2019).

Por certo que não faz sentido a criação de centenas de Varas especializadas em Comarcas de pequeno e médio porte, pois muitas vezes nessas localidades incidem poucos ou nenhum caso de recuperação judicial.

A fim de equacionar eventuais disparidades, na referida recomendação, o CNJ prevê a criação de Varas especializadas, cujas competências seriam atribuídas por região.

A referida recomendação foi seguida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso que, recentemente, aprovou a regionalização das Varas de Recuperação Judicial.

Dessa forma, a Recomendação nº 56 do CNJ, aponta solução memorável para instituição de Varas especializadas, com custos de criação relativamente baixos, e que abrangem até as comarcas com Vara Cível única.

7 Conclusão

Pelo exposto, é possível concluir que as transformações sofridas ao longo do tempo pelas relações comerciais conferiram destaque à figura da empresa, tornando-a crucial para o crescimento econômico e social do país.

O princípio da função social da empresa ganhou novo conceito, contribuindo para a construção de uma nova legislação voltada à sua proteção e, por consequência, ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Referências

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Brasília, Df: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/11101.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Brasília: DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/14112.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp 1.298.670/MS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 21/05/2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: STJ, 26 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, (4ª Turma). REsp 1.023.172/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 19/04/2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: STJ, 15 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, (4ª Turma). REsp 1207117/MG. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 10/11/2015, **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: STJ, 25 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 118.183 /MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 09/11/2011. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: STJ, 17 nov. 2011.

BUSHATSKY, Daniel. Princípio da preservação da empresa. [verbetes] –In: COELHO, F. U.; ALMEIDA, M. E. M. (Coords.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: PUC, jul. 2018. Tomo Direito Comercial. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/220/edicao-1/principio-da-preservacao-da-empresa>. Acesso em: 27 nov. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

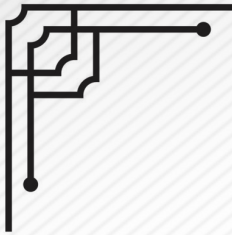
CORDEIRO, Gabriella Lacerda Montenegro. O princípio da preservação da empresa como um avanço na concepção do devedor insolvente. **Conteúdo Jurídico**. [s.l.], 24 ago. 2023. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/62670/o-principio-da-preservao-da-empresa-como-um-avano-na-concepo-do-devedor-insolvente>. Acesso em: 28 nov. 2023.

LESSA, Ana Carolina. A Tutela de Urgência na Recuperação Judicial. **Coelho & Dal-le Advogados**. Recife, 10 abr. 2023. Disponível em: <https://www.coelhodalle.com.br/a-tutela-de-urgencia-na-recuperacao-judicial/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

LOPES, Ana Elisa Queiroz. Administração e Direito Empresarial. **JusBrasil**. [s.l.], 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/administracao-e-direito-empresarial/1684220862>. Acesso em: 29 nov. 2023.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

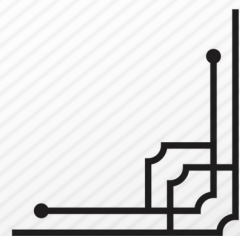
VALE, Horácio Eduardo Gomes. Princípio da função social da empresa. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 22, n. 5034, 13 abr. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56478>. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56478/principio-da-funcao-social-da-empresa/2>. Acesso em: 29 nov. 2023.



A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NA PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS



SAMANTHA MENDES LONGO



A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NA PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS

SAMANTHA MENDES LONGO¹

Sumário: 1 Convivência e pertencimento do ser humano e os conflitos sociais; 2 Autocomposição de conflitos; 3 Movimentos dos três Poderes que valorizam a autocomposição; 4 Atividade empresarial: função e responsabilidade sociais; 5 Responsabilidade da empresa na pacificação de conflitos.

1 Convivência e pertencimento do ser humano e os conflitos sociais

Os seres humanos necessitam de convivência. Sem relações e conexões de qualidade, dificilmente a pessoa se desenvolve em sua plenitude. Além de conviver, interagir e estabelecer conexões, o indivíduo precisa se sentir parte integrante de uma comunidade, de um grupo ou de uma sociedade.

Essa ideia de comunidade, de valorização do coletivo, de pertencimento e de solidariedade é compartilhada e tratada por diferentes especialistas, de biólogos, historiadores, filósofos, psicólogos, sociólogos, escritores, estudiosos de culturas indígenas e africanas a cientistas de computação e juristas. Sob diferentes aspectos e enfoques, todos estudam essa característica humana de pertencimento.

Se, por um lado, é inato ao ser humano viver em grupo e se relacionar, também sabemos que cada pessoa é geneticamente única, e que essa individualidade dá, a cada um, gostos, necessidades e interesses diferentes.

Nada mais natural, então, que esses interesses entrem em rota de colisão, gerando tensão, discussões, disputas e até violência.

O conflito é, portanto, inerente ao convívio social. E se abordado de forma apropriada e com técnicas adequadas, ele pode se tornar um importante meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação de seres humanos, proporcionando o crescimento e a evolução das pessoas e, em última análise, da sociedade.

É justamente a partir de tensões e discussões entre ideias divergentes que surgem alternativas mais ajustadas ao aprimoramento social. Assim, pensar em conflito é também pensar em transformação; ajuste; acordo; consenso; inovação; e evolução.

O conflito destrutivo não agrega valor a ninguém, sendo, portanto, ideal conseguir o que se quer de forma colaborativa. Ao invés de tentar sair do conflito vitorioso, esmagando seu oponente, deve-se focar as energias em como colaborar com a outra parte envolvida no conflito para extrair dali o melhor resultado, o melhor negócio para ambos.

Refletindo sobre diversas situações do cotidiano e analisando as redes de relacionamentos, sejam eles familiares, profissionais, acadêmicas, sociais, dentre outras, verifica-se que as pessoas estão negociando o tempo todo e resolvem grande parte dos

¹ Advogada. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pela UNICURITIBA. Negotiation and Leadership Program na Harvard University. LLM. em Direito Empresarial pelo IBMEC/RJ. Membro do FONAREF - Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falência e membro do Comitê Gestor de Conciliação, ambos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professora da EMERJ. Coordenadora da Coluna Migalhas Consensuais.

seus conflitos de forma consensual, harmonizando opiniões divergentes e buscando o consenso nas mais distintas situações.

Relacionar-se, criar conexões, pertencer a um grupo, gerar conflitos de interesses e buscar resolvê-los de forma consensada são práticas, portanto, naturais e usuais dos seres humanos.

2 Autocomposição de conflitos

Como se sabe, o Direito, como meio para organizar e controlar a vida em sociedade, visa à promoção da superação dos conflitos sociais, sendo a jurisdição um meio para alcançar a pacificação social.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que sempre foi uma prática do legislador incentivar as partes a comporem seus conflitos. Isso é visto nas Ordenações Filipinas de 1595, quando ainda éramos colônia de Portugal, na Constituição Política do Império, de 1824, e no Código Comercial de 1850.

O estímulo à autocomposição, no entanto, não foi replicado no Brasil República e, portanto, por muitos anos o processo judicial foi visto como a única solução possível para resolver os conflitos. Os operadores do direito viam na ação judicial o meio de se obter justiça e as pessoas, quando procuravam os advogados para ajudarem na solução dos seus problemas, não recebiam orientação no sentido da busca pela solução consensual.

Técnicas de negociação, de mediação, de conciliação e de aproximação das partes em conflito não eram apresentadas aos nossos estudantes e gerações de advogados, promotores, defensores e magistrados foram se formando sem um olhar voltado ao consenso e ao diálogo. Criou-se uma cultura do litígio, da arena, da judicialização.

Foi a partir da redemocratização brasileira na década de 80, que os mecanismos consensuais reapareceram no ordenamento jurídico, com destaque inicialmente para a Lei nº 7.244/84, que criou o Juizado Especial de Pequenas Causas e para nossa Constituição Federal de 1988 que está fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A Constituição, ao garantir a todos os indivíduos o acesso à justiça, direito humano fundamental, expresso no artigo 5º, inciso XXXV, buscou quebrar todo e qualquer vínculo com as normas ditatoriais antes impostas e, ao reinstalar a democracia, quis deixar claro que as portas do Poder Judiciário estariam sempre abertas para todo e qualquer indivíduo, com ou sem capacidade econômica, para defender seus direitos contra particulares e, especialmente, contra o Poder Público.

Mas não é somente através do processo judicial que se tem acesso à justiça. O estímulo à solução de uma controvérsia via Poder Judiciário apenas é, em verdade, um retrocesso, uma limitação ao acesso à justiça.

Além da jurisdição, outras portas estão abertas para as partes solucionarem seus conflitos. Apresentou-se então a ideia do Tribunal Multiportas cunhada no final da década de setenta pelo professor da Universidade de Harvard, Frank Sander, que abrange um sistema mais amplo, com vários tipos de procedimentos, aos quais as partes são direcionadas de acordo com a particularidade de seu conflito.

Além do processo judicial tradicional, há meios alternativos, tais como a arbitragem, a conciliação, a mediação e os dispute boards, que tornam o acesso à justiça mais aberto à participação popular.

Estas formas alternativas à jurisdição contribuem para desafogar o Poder Judiciário, concedem poder de fala aos cidadãos, garantindo-lhes maior autonomia na resolução de lides, fomentam o diálogo, a melhoria na prestação jurisdicional e a efetividade na composição de direitos, permitindo maior inclusão social.

Deve-se pensar além do acesso à justiça, viabilizando ao indivíduo o acesso a uma ordem jurídica justa, como ensina Kazuo Watanabe (2020, p.122).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, como protagonista nato das políticas judiciárias nacionais, através da Resolução CNJ nº 125/2010, instituiu a política pública de solução adequada dos conflitos, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Trata-se de um verdadeiro marco para o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, que já no art. 1º, parágrafo único, determina aos órgãos judiciários, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

A referida resolução determinou aos Tribunais de Justiça a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) e normatizou os cursos de formação do conciliador e do mediador.

Os núcleos deveriam, dentre outros, (i) implementar, no âmbito de suas competências, a Política Judiciária Nacional; (ii) planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas; (iii) instalar os centros judiciários; (iv) promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores; e (v) criar cadastro de mediadores e conciliadores, regulamentando sua remuneração.

Já os centros são unidades judiciárias de primeira instância, responsáveis pela realização e gestão das sessões de conciliação e mediação pré-processuais e judiciais, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Desde esse pontapé dado em 2010, o CNJ vem atuando de forma incansável em prol do permanente incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução dos litígios, com a prolação de inúmeros atos normativos, projetos, providências e práticas.

Incentivar, estimular e oferecer condições para que as partes encontrem a solução para seus conflitos sem a necessidade de ajuizamento de uma demanda judicial é medida fundamental para a construção de uma sociedade cada vez mais justa, solidária, fraterna e pacificada.

3 Movimentos dos três Poderes que valorizam a autocomposição

Diversos são os movimentos dos três Poderes em prol da valorização da autocomposição.

No que toca à atuação do Poder Legislativo, este tem desempenhado um papel relevante na valorização da autocomposição e no estímulo ao uso de métodos alternativos à jurisdição, especialmente na última década. Eis algumas leis e projetos de leis que têm esse viés conciliatório e de desjudicialização:

- (i) Lei nºs 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009 (Juizados Especiais);
- (ii) Lei nº 9.307/96 (Arbitragem);
- (iii) Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil);
- (iv) Lei nº 13.140/2015 (Mediação);
- (v) Lei nº 14.112/2020 (Recuperação Empresarial e Falência);
- (vi) Lei nº 14.133/2021 (Licitações e Contratos Administrativos);
- (vii) Lei nº 14.181/2021 (Superendividamento do Consumidor); e
- (viii) PL nº 533/2019 e discussões no âmbito da MP nº 1.040/2021.

Em todos os referidos diplomas legais, há dispositivos que fomentam o diálogo, a autocomposição e a busca por caminhos alternativos à jurisdição.

Além disso, está em debate no Poder Legislativo se a parte que procura o Poder Judiciário deve provar que tentou previamente conciliar com a outra para efetivamente ter interesse processual para ajuizar a demanda. Em outras palavras, estão os congressistas avaliando se passa a ser condição da ação a busca prévia do consenso, do acordo e de uma solução conjunta.

O Poder Executivo também tem feito seu papel, cabendo destacar três iniciativas. A primeira delas diz respeito ao ensino jurídico, com a alteração das Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito para incluir Formas Consensuais de Solução de Conflitos como conteúdo essencial na graduação.

Essa medida traz a esperança de que as próximas gerações de operadores do Direito já iniciarão suas vidas profissionais com um maior conhecimento acerca de todas as formas para se solucionar uma disputa, valorizando-se a autocomposição e a composição extrajudicial.

A mudança da cultura da judicialização para a cultura da solução consensual dos conflitos trará mudanças substanciais para nossa sociedade. De um lado, haverá redução da excessiva judicialização, diminuição de recursos, sentenças e atos judiciais que se mostram desnecessários, permitindo que os casos que realmente devem ser decididos pelo Poder Judiciário o sejam com mais celeridade e aprofundamento técnico.

De outro lado, as pessoas envolvidas no conflito se tornam mais protagonistas e se sentem mais responsáveis por seus atos e pelas soluções encontradas. Conscientiza-se sobre o respeito ao próximo, incentivando-se o diálogo e desenvolvendo a chamada escuta ativa, tão importante para preservar ou restabelecer o equilíbrio dos vínculos pessoais e jurídicos.

Nas palavras de José Maria Garcez. “os mecanismos tradicionais como a força, o poder e a autoridade perderam, assim, o espaço, no mundo contemporâneo, cedendo lugar aos métodos negociais, em que cada vez mais se tem consciência da necessidade de se obter consentimento da outra parte como método construtivo e de resultados duradouros para a produção de contratos e a resolução de controvérsias” (Trindade; Trindade; Molinari, 2010, p. 65).

Outra relevante iniciativa foi a criação, pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon, da plataforma online www.consumidor.gov.br, um serviço público e gratuito que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução alternativa de conflitos de consumo pela internet. Uma ferramenta transparente e rápida, com alto índice de solução de conflitos, que contribui fortemente para o necessário projeto de desjudicialização e para o empoderamento das partes, estimulando que sejam protagonistas na solução da controvérsia.

Por fim, o Projeto de Lei 5658/2022 de autoria conjunta do governo do Estado do Rio de Janeiro, da Procuradoria Geral e da Defensoria Pública ambas do Estado

do Rio de Janeiro que dispõe sobre a autocomposição no âmbito estadual e sobre a Câmara Administrativa de Solução de Controvérsias (CASC), que pretende desafogar o sistema judiciário, atuando na resolução de conflitos que envolvam pessoas físicas e jurídicas e a administração pública estadual.

No que toca ao Poder Judiciário, especialmente diante do volume colossal de processos judiciais, os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça têm reiteradamente manifestado que a desjudicialização e a autocomposição dos conflitos pelas partes são caminhos essenciais para uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

Em declarações públicas, palestras, congressos, seminários, webinars, e em obras jurídicas, os ministros têm estimulado as partes a assumirem o protagonismo na solução dos seus conflitos, destacando que os métodos consensuais de solução dos conflitos constituem importantes instrumentos para a realização do próprio princípio constitucional do acesso à Justiça, permitindo não apenas o acesso formal mas sim um acesso qualificado, que permita à parte encontrar uma solução mais célere, justa, adequada e efetiva ao seu conflito.

Além de várias manifestações neste sentido, também há diversas decisões judiciais dos Tribunais superiores, especialmente após 2016, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que revelam que a solução consensual dos conflitos vem ganhando muito espaço.

Os julgados do STJ mostram que a mudança da cultura da sentença é inadiável; que métodos alternativos à jurisdição sempre existiram e devem ser utilizados; e que as partes do conflito são as que melhor tem capacidade para livremente convenicionar e dispor sobre os seus bens, direitos e destinos

Nesse sentido, importante alteração foi realizada em 2016 no Regimento Interno do STJ para criar um centro de mediação para solução extrajudicial de conflitos levados à corte por meio de recursos e em 2020 o Supremo Tribunal Federal criou o Centro de Mediação e Conciliação (CMC), responsável pela busca e implementação de soluções consensuais nos processos em andamento naquela Corte.

Um importante julgamento, ocorrido em 2018, no STF, acerca da constitucionalidade do art. 652-D e outros da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, foi abraçado pela reforma trabalhista de 2000 (Leis 9.957 e 9.958 de 2000), tornando obrigatória a submissão de qualquer demanda trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia, antes do ingresso da reclamação trabalhista em Juízo. Apesar de ter entendido que a obrigatória submissão prévia da pretensão autoral à Comissão de Conciliação Prévia afrontaria a Constituição Federal, o STF deixou muito claro que a referida comissão constitui meio legítimo e importante instrumento para o acesso à ordem jurídica justa, devendo ser estimulada.

Ou seja, apesar dos ministros terem entendido pela impossibilidade de se obrigar o empregado a apresentar sua pretensão à referida comissão de conciliação antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, a leitura dos votos revela que os julgadores foram contundentes quanto à importância dos métodos autocompositivos.

Outro movimento digno de nota foi a realização de duas Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios realizadas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), com a aprovação de importantes enunciados sobre a matéria que servem de orientação interpretativa.

A primeira Jornada, realizada em 2016, aprovou 87 enunciados e a segunda, ocorrida em 2021, aprovou 143 enunciados, muitos deles estimulando a autocomposição nos mais diferentes tipos de conflitos e situações.

4 Atividade empresarial: função e responsabilidades sociais.

A empresa, como se sabe, é criada pela lei, que lhe confere personalidade jurídica própria e patrimônio distinto dos seus sócios. É um verdadeiro sujeito de direitos e de obrigações.

É a pessoa jurídica que manifesta sua vontade, vinculando-se ao contrato, assumindo direitos e contraindo obrigações em virtude do negócio jurídico, apesar de se celebrar o ato por meio de uma pessoa natural, que por ela assina o documento.

Seu papel essencial está nas relações que estabelece, na sua interação com seus funcionários, colaboradores, parceiros comerciais, consumidores e fornecedores, com o Poder Público, com o meio ambiente em que está inserida, com instituições, outras empresas, organizações, dentre outros agentes.

As empresas são, em verdade, seres humanos integrados por uma missão, podendo-se afirmar que por trás de todo CNPJ (a pessoa jurídica), existem CPFs (pessoas físicas) que exercem a atividade empresarial e lhe dão vida, corpo e alma.

Como um dos ícones da atividade capitalista, a empresa, além de ser fundamental para a economia, tem também um importante papel social. Ao lado do desenvolvimento econômico e da busca do lucro que toda empresa busca, caminham a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos dos indivíduos e do meio ambiente, que são impactados pela atividade empresarial.

A empresa tem, portanto, liberdade para exercer atividade econômica desde que promova a dignidade da pessoa humana e a justiça social. Em outras palavras, tem, ao lado da função econômica, uma função social a desempenhar.

A função social da empresa pode ser extraída da nossa Constituição Federal, bem como de diversas leis federais, citadas e examinadas na obra, como, por exemplo: Lei nº 6.404/76 (Lei da S.A.), a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação de Empresas) Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste) e Lei nº 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial).

Diversos dispositivos legais revelam que à empresa não basta exercer sua atividade econômica, visando o lucro. Ela deve respeitar e cumprir suas obrigações fiscais, trabalhistas, consumeristas, ambientais, concorrenciais, dentre outros deveres impostos pela legislação.

Ao gerar empregos, recolher tributos e respeita as regras legais que protegem o trabalhador, o consumidor, o meio ambiente e a concorrência sadia, a empresa cumpre uma função social que respeita a comunidade na qual está inserida. Ela busca realizar a justiça social através da sua atividade.

Ao lado da função social, a empresa também tem uma responsabilidade social ou cidadania empresarial. Isso acontece quando a sociedade empresária voluntariamente, ou seja, mesmo sem a existência de um comando legal, desenvolve sua atividade com um olhar voltado às questões sociais e ambientais, e com o impacto que sua atividade gera na sociedade.

Atuar com responsabilidade empresarial seria, então, uma etapa maior de conscientização do empresário, que busca colaborar com o alcance da justiça social e com a erradicação das desigualdades sociais, atraindo e fidelizando seus clientes, atrelando sua boa imagem a ações colaborativas do bem-estar social, mesmo sem estar obrigado a tal.

A empresa cidadã é mais ética, mais humana, mais consciente de sua função enquanto agente econômico e, também, agente social. Ela enxerga seus funcionários, não como um custo a ser gerenciado, e sim como seres humanos que têm ambições,

temores, ideias, opiniões e querem sentir que têm valor, investindo em muito mais do de uma boa remuneração e um adequado local de trabalho.

Além disso, ela se preocupa com a diversidade da equipe e relacionamento com a comunidade, adota boas práticas ESG e de governança corporativa, está atenta à satisfação dos seus consumidores e às relações com seus fornecedores e parceiros comerciais.

A empresa com responsabilidade social tem o foco no ser humano e no ambiente no qual a atividade empresarial é exercida.

Essa linha de pensamento vai ao encontro da proposta do capitalismo humanista defendida por Wagner Balera e Ricardo Sayeg, segundo a qual não há mais como prevalecer o sistema capitalista sem uma necessária harmonização com os direitos humanos. O capitalismo humanista seria fundamental para edificar uma sociedade mais fraterna, igual e justa (Sayeg; Balera, 2019, p.97).

5 Responsabilidade da empresa na pacificação de conflitos

Do mesmo modo que o ser humano intuitivamente busca a autocomposição em inúmeras situações cotidianas, no espaço corporativo essa busca pelo consenso também acontece. Apaziguar opiniões divergentes, ouvindo as posições de cada um e buscando uma solução que atenda os envolvidos e que possa ser concretizada dentro da empresa, é uma prática típica da gerência.

Foi-se o tempo em que se associavam os ambientes corporativos à sociedade disciplinar de Michel Foucault, na qual o indivíduo é moldado a partir da vigilância, da coerção e da punição. Hoje, vive-se na sociedade de desempenho, como sustenta Byung-Chul Han (2015, p.23).

E as empresas, especialmente após a pandemia do Covid-19, começaram a perceber que esse sujeito de desempenho precisa de cuidado e atenção. Diversas organizações, de maior e menor porte, compreenderam ser preciso investir e cuidar da saúde mental dos seus colaboradores para terem um ambiente saudável de trabalho.

A ideia de que a empresa tem responsabilidade na pacificação dos conflitos, internos e externos, resultantes da sua atividade, vai ao encontro deste pensamento de que a empresa deve promover um ambiente saudável e produtivo.

As tensões e conflitos que, evidentemente, surgem no exercício da atividade empresarial podem e devem ser resolvidas dentro de casa. As empresas devem se aparelhar, criando espaços dedicados à busca do consenso, com o treinamento de pessoas para auxiliar neste processo e, acima de tudo, com a internalização de uma filosofia do consenso e do respeito.

Nesse sentido, é o Enunciado nº 162, aprovado na II Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal, realizada em agosto de 2021, segundo o qual “contribui para a função social a empresa que conta em sua estrutura organizacional com uma área dedicada a prevenir e solucionar conflitos” (CEJ, 2021).

O enunciado, que foi por mim submetido ao CJE, sintetiza este artigo e a tese defendida na obra *Direito Empresarial e Cidadania: a responsabilidade da empresa na pacificação dos conflitos* (Longo, 2023). A área ou centro de prevenção e solução de conflitos teria como objetivo ser um espaço dentro da empresa no qual as pessoas se sentiriam seguras para apresentar seus conflitos e buscar resolvê-los, com a ajuda dos membros do centro.

A criação deste centro ou área é uma medida a ser implementada pela empresa que exerce a cidadania empresarial, que valoriza e empodera o ser humano, que bus-

ca melhorar o ambiente de trabalho, que contribui para a pacificação social e que só trará benefícios e vantagens a todos: aos empregados e funcionários, aos líderes, aos colaboradores e parceiros comerciais, à própria atividade empresarial, à coletividade em que a empresa está inserida.

Os ganhos são sociais e financeiros, pois a iniciativa, quando adotada, poderá resultar em menos gastos com demandas judiciais, sejam elas de natureza trabalhista, de consumidores insatisfeitos ou de fornecedores e parceiros.

Estes centros teriam um papel semelhante ao desempenhado hoje pelos centros judiciários (os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC) e pelas câmaras privadas de solução de conflitos. A diferença primordial entre os centros existentes e o centro cuja proposição é feita neste trabalho reside na sua “localização”. Enquanto aqueles tratam o conflito fora de casa, no centro ou área integrante da estrutura organizacional da empresa, o conflito será tratado dentro de casa, com todas as vantagens daí decorrentes.

Enfim, a empresa é formada por pessoas, que lhe dão forma e vida, e que devem ser cuidadas e respeitadas. É preciso valorizar, sempre e cada vez mais, a auto-composição, algo que o ser humano faz intuitivamente em inúmeros conflitos diários.

Os seres humanos são, em sua esmagadora maioria, genuinamente bons e decentes e tenho a convicção de que a melhor solução para um conflito está na busca do consenso, que deve ser encontrado de forma colaborativa e não adversarial.

Rutger Bregman diz que “a ingenuidade de hoje pode ser o senso comum amanhã” (2021, p.374) e, no mesmo sentido, o filósofo libanês Khalil Gibran afirma que o óbvio é aquilo que ninguém enxerga até que alguém o expresse com simplicidade.

Zygmunt Bauman (2021), por sua vez, afirma que “fazer as perguntas certas constitui, afinal, toda a diferença entre sina e destino, entre andar à deriva e viajar.” Para ele, “questionar as premissas supostamente inquestionáveis do nosso modo de vida é provavelmente o serviço mais urgente que devemos prestar aos nossos companheiros humanos e a nós mesmos” (Bauman, 2021, p. 11).

Com base no pensamento de que estamos em constante e ininterrupta evolução e de que o que hoje soa ingênuo, utópico ou distante da realidade, pode ser óbvio, evidente e cristalino no futuro próximo, é que devemos pensar, refletir e implementar uma mudança cultural e jurídica na forma de se resolver conflitos.

As empresas são agentes responsáveis por fomentar e promover a pacificação dos conflitos sociais. Não só têm essa responsabilidade, como, espera-se que, em breve, essa responsabilidade venha a ser uma obrigação, prevista em lei.

Com a mesma crença de Steven Pinker, segundo o qual “os territórios com paz e prosperidade estão crescendo e podem, algum dia, abranger o globo” (Pinker, 2020, p. 527), devemos trabalhar incansavelmente pela busca da paz e do consenso, com foco no humanismo, na prosperidade, na fraternidade e no respeito aos direitos da pessoa humana.

Incentivar os métodos de auto-composição de conflitos, como já disse, é um trabalho “de formiga e exige paciência e dedicação. Afinal ninguém muda hábitos sociais enraizados de uma hora para outra” (Longo, 2020, p.54). Mas é só com essa consciência, essa esperança, e com trabalho duro que as mudanças para melhor acontecem.

Como escreveu o filósofo Bertrand Russel, “o homem precisa, para sua felicidade, não só ter prazer com isso ou aquilo, mas também esperança, iniciativa e mudança” (Russel apud Bregman, 2018, p.24).

Garantir que o indivíduo tenha acesso às ferramentas que se inserem no conceito de acesso à ordem jurídica justa deve ser preocupação e tarefa de todos. Como

dizia Nelson Mandela, ser humano admirável, devemos promover o acordo onde existe conflito, a coragem onde há medo e a esperança onde vemos desespero.

Uma sociedade fraterna, plural, sem preconceitos e com harmonia social é formada por indivíduos que se preocupam com o outro; que têm um olhar voltado para o outro ser humano com quem convive e para o coletivo, no qual busca pertencer.

A empresa, que é formada e constituída por pessoas e exerce uma atividade para pessoas, também deve ter essa preocupação e esse olhar. E deve igualmente estar focada nos seres humanos, na harmonia, no ambiente saudável e produtivo e na pacificação social.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BREGMAN, Rutger. **Humanidade – Uma história otimista do homem**. São Paulo: Planeta, 2021.

BREGMAN, Rutger. **Utopia para Realistas: como construir um mundo melhor**. Rio de Janeiro: Ed. Sextante, 2018.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ. **Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios**, 2. [Enunciados Aprovados]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2021. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/11/enunciados-ii-jornada.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2024.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2015.

LONGO, Samantha Mendes; SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de. **A Recuperação Empresarial e os Métodos Adequados de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Paixão Editores, 2020.

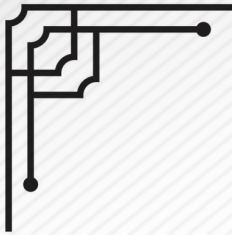
LONGO, Samantha Mendes. **Direito Empresarial e Cidadania: a responsabilidade da empresa na pacificação dos conflitos**. Porto Alegre: Paixão Editores, 2023.

PINKER, Steven. **O Novo Iluminismo, em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. São Paulo: Schwarcz, 2020.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CapH Capitalismo Humanista: a dimensão econômica dos Direitos Humanos**. São Paulo. Editora Max Limonad, 2019.

TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária: para a carreira da magistratura**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

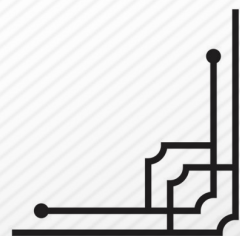
WATANABE, Kazuo. Atualização do conceito de acesso à justiça. In: LAGRASTA, Valeria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (Org.). **Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020.



TRATAMENTO DIFERENCIADO DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL



TACIANI ACERBI CAMPAGNARO COLNAGO CABRAL



TRATAMENTO DIFERENCIADO DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

TACIANI ACERBI CAMPAGNARO COLNAGO CABRAL¹

Sumário: 1 Introdução; 2 O princípio do par conditio creditorum; 3 Tratamento paritário e função social da empresa; 4 A instituição de vantagens como medida de reestruturação da empresa; 5 Limites à instituição de vantagens no plano de recuperação; 6 Conclusões.

1 Introdução

Não há como deixar de constatar que o tratamento igualitário entre os credores é um fundamento de justiça no cenário da insolvência.

Com efeito, se no regime jurídico da execução contra devedor solvente, de um lado, não há condicionante normativa que estabeleça uma exigência de tratamento igualitário entre os credores, tal não se verifica, de outro lado, em relação aos regimes de cobrança de crédito contra devedores insolventes.

No âmbito do Direito Empresarial, conquanto não se possa identificar na recuperação judicial um regime de execução concursal propriamente dito, especificamente porque este instituto jurídico pressupõe a realização do ativo para adimplemento do passivo vencido, não há como deixar de reconhecer relação de paridade entre os concursos de credores e a recuperação judicial, enquanto instituto jurídico direcionado à superação da crise da empresa.

É fundamental para a regularidade do procedimento de reestruturação da empresa, dirigido à superação da crise vivenciada, que sejam observados valores que assegurem aos credores igualdade de condições na novação que culmina com o processo recuperacional.

Destarte, a regra do tratamento igualitário entre credores, conquanto seja própria dos regimes de concurso de créditos, é extensível ao formato da recuperação empresarial estatuído pela Lei n.º 11.101, de 2005.

Não há, outrossim, como deixar de constatar que o tratamento igualitário entre os credores, na forma do *par conditio creditorum*, é premissa à justiça do procedimento de recuperação judicial.

Apesar desta incontornável conclusão, a jurisprudência vem admitindo, cada vez com maior regularidade, conquanto ainda comporte algumas divergências, a instituição de um tratamento diferenciado para determinados grupos de credores.

A mencionada jurisprudência, ademais, acabou encampada por mudança da legislação de regência das recuperações judiciais, que passou, então, de uma só feita,

¹ Advogada *partner* da Acerbi Campagnaro Colnago Cabral Administração Judicial (www.colnagocabral.com.br), de Belo Horizonte-MG, com atuação específica em recuperações judiciais e falências. Mestre em Direito Empresarial. Administradora Judicial habilitada em recuperação judicial e falência pela TMA Brasil. Especialista em Direito Empresarial e Direito do Trabalho. Associada ao TMA Brasil, ao IWIRC e ao IBAJUD. Autora de diversos artigos e livros sobre insolvência empresarial.

a prescrever um tratamento igualitário dos credores de mesma condição, como regra, além de admitir, em circunstâncias específicas, a instituição de um regime diferenciado para grupo ou grupos de credores.

É justamente este o foco de abordagem do presente estudo.

Nesta quadra, identificar a natureza da dita exceção e os limites normativos à sua instituição nos processos de recuperação judicial são alguns dos problemas de pesquisa do texto que se propõe, que serão apreciados sob o enfoque da regra do *par conditio creditorum* e da função social da empresa.

2 O princípio do *par conditio creditorum*

O estabelecimento regular de um efetivo concurso de credores pressupõe, inegavelmente, a fixação de um regime paritário que assegure a todos os titulares de crédito a prerrogativa de, em igualdade de condições, concorrer na realização do ativo insuficiente.

Com efeito, a característica essencial da configuração da insolvência é o reconhecimento de que se estabeleça um descompasso patrimonial entre o acervo do ativo do devedor e o total de suas obrigações vencidas, a qual repercute justamente na insuficiência entre ativo para suportar o passivo vencido.

É nesse cenário que os ordenamentos estabelecem, assim, uma premissa de paridade e de igualdade entre os credores que estejam nas mesmas condições, o que se convencionou denominar *par conditio creditorum*, cujas origens remontam à *Lex Poetelia Papiria*.

A citada legislação, de 326 a.C., além de encerrar a possibilidade da instituição da escravidão própria ou de familiar no Império Romano, estatuiu a figura da *misio in bona*, pela qual se designava credor de devedor insolvente – denominado *bonorum emptor* – a quem se encarregava a função de realizar o ativo, mediante alienação dos bens, com repartição dos resultados, em igualdade de condições, entre os credores.

Assim, a instituição da exigência de tratamento igualitário entre os credores se presta justamente a superar a ampla liberalidade reservada ao devedor solvente, exigindo, então, a bem de atendimento a valores de justiça e de isonomia, próprios de qualquer ordenamento jurídico democrático, que os credores disponham de condições igualitárias no concurso de credores.

Quanto ao tema, Thiago Costa se manifesta:

O princípio do *par conditio creditorum*, por sua própria natureza, se identifica, ao mesmo tempo, com dois valores caríssimos ao direito: o valor da igualdade, entre nós princípio constitucional que expressa que todos, sem exceção, devem ser tratados da mesma forma e ter as mesmas oportunidades (Costa, 2018, p. 22).

Com efeito, seriam absolutamente inconciliáveis prescrições normativas que admitissem, de uma só feita, um concurso obrigatório de credores, em virtude da insuficiência patrimonial do devedor, mas comportassem a instituição de *distinguishing* entre credores.

Neste contexto que se insere o *par conditio creditorum*:

[...] tratando-se de devedor solvente – ou seja, que possui capacidade de solver todos os seus débitos –, não há regra específica que discipline a forma de

tratamento entre os seus diferentes credores. Nesse cenário, o devedor pode, por exemplo, escolher pagar um ou alguns de seus credores, e não pagar os demais; além disso, na hipótese de vir a sofrer múltiplas execuções, por diversos credores, nada indica ou obriga que todos os credores sejam pagos em igual passo, tampouco que um ou alguns credores devam ser pagos antes ou após os demais (Costa, 2018, p. 18).

A prescrição do tratamento igualitário entre os credores, no caso dos concursos decorrentes da insolvência, acaba por superar, assim, a antiquada noção do “first come, first served”, vigente na Idade Média (Keay; Borraine; Burdette, 2001, p. 178).

A essência, portanto, da regra do tratamento igualitário dos credores, enquanto valor ínsito à coletivização das execuções contra devedor insolvente, remonta ao estabelecimento de procedimento ordenado do conjunto dos credores, fazendo prevalecer outro importante dogma: o da repartição dos prejuízos em condições iguais entre os titulares de crédito.

Destarte, a coletivização da execução contra devedor insolvente, consequência direta do *par conditio creditorum*, evita justamente iniciativas individuais que poderiam favorecer ilegitimamente os credores que iniciassem a cobrança de seus créditos com antecipação.

Não bastasse isso, a adoção da regra no Direito Comparado é ampla nos regimes jurídicos contemporâneos, não apenas naqueles de origem romano-germânica, em que normalmente vinculada à mesma expressão latina aplicável no Brasil (*par conditio creditorum*), bem como nos países da common law, onde normalmente é decorrência da *pari passu rule* do direito inglês e do *fair and equitable principle* do direito norte-americano.

É evidente que a regra do *par conditio creditorum* foi concebida e amplamente aplicável para os concursos de crédito, vale dizer: quando configurada a insolvência do devedor, o que pode, ao menos em tese, estabelecer divergência a respeito da sua incidência do procedimento de recuperação judicial, na medida em que este se presta, na verdade, a viabilizar a novação de dívidas para reestruturar a atividade empresarial e, assim, viabilizar a superação da crise, evitando a configuração de sua condição de insolvente.

Com efeito, a despeito de grande parte da doutrina e mesmo da jurisprudência tratar o tema da incidência da regra da igualdade entre os credores com enorme uniformidade, ainda que o faça com ressalva quanto à adaptação da regra ao procedimento de reestruturação da empresa, é importante registrar que se identificam divergências acerca da temática.

Desse modo, fica evidente, seja pela ausência de determinação legal, seja pela forma como se organizou e atribuiu os poderes decisórios envolvidos no procedimento de recuperação judicial, seja ainda pelos acórdãos que vêm sendo proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que o princípio da *par conditio creditorum* só tem incidência obrigatória no contexto falimentar (Garcia, 2016, p. 147).

A despeito da divergência registrada, afigura-se mais adequado, na verdade, apenas realocar a leitura emprestada ao *par conditio creditorum* na recuperação judicial, até mesmo frente às ontológicas distinções entre si e os procedimentos falimentares.

Com efeito, o vetor primário, o mais relevante valor constitucional incidente na recuperação judicial – referente à função social da empresa – é absolutamente inaplicável nos procedimentos falimentares, de forma que se afigura em tudo injustificável e incompatível querer emprestar, no âmbito do procedimento de reestruturação da empresa em crise, a mesma concepção de *par conditio creditorum* que vige na falência, enquanto execução coletiva destinada à realização do ativo e satisfação, na medida do possível, dos credores.

Para tanto, é pertinente retomar a concepção vigente da regra do tratamento igualitário entre credores:

[...] é possível delinear dentro da ideia de proteção da igualdade entre credores dois aspectos distintos, mas interligados: o aspecto horizontal de proteção da igualdade, e o aspecto vertical de proteção da igualdade. O primeiro, mais intuitivo, visa à proteção da igualdade entre todos os credores que se encontrem numa mesma situação, ao passo que o segundo tem por objetivo assegurar a respeito aos privilégios legais existentes entre credores – privilégios estes que, em última análise, são estabelecidos para sanar desigualdades preexistentes, e que têm, portanto, também o objetivo de proteção da igualdade entre credores em seu aspecto material (Costa, 2018, p. 19).

Consoante se infere do excerto, o que Thiago Costa denomina de aspectos horizontal e vertical do *par conditio creditorum* refletem, na verdade, os aspectos inerentes ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade – na feliz expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello – difundidos pela prescrição que resguarda tratamento jurídico idêntico àqueles que se encontrem na mesma situação material, assegurando-se, todavia, regime jurídico diferenciado aos que ostentem condição pessoal diferenciada, desde que o *discriminem* seja resguardado enquanto valor constitucional.

Nessa toada, é de se concluir que, tanto ao assegurar o tratamento igualitário de credores em idêntica condição, quanto ao prescrever regime jurídico diferenciado àqueles detentores de condição jurídica distinta, a Lei n.º 11.101, de 2005, especificamente no procedimento falimentar, está a observar o *par conditio creditorum*.

A mesma conclusão é extensível, destarte, ao tratamento reservado pela Lei n.º 11.101, de 2005, quando estabelece, por exemplo, a graduação dos créditos para fins de avaliação da proposta de recuperação judicial².

Aqui a premissa é inequivocamente a mesma.

Também é o *par conditio creditorum* que estabelece condições especiais a serem observadas pelo plano de recuperação judicial em virtude das particularidades de cada grupo de credores e dos valores jurídicos inerentes às suas respectivas condições³.

Estas circunstâncias, aqui colhidas apenas a título exemplificativo, viabilizam afirmar que a regra do tratamento igualitário entre credores é amplamente incidente nos procedimentos de recuperação judicial, inclusive nas particulares situações de oferecimento de tratamento diferenciado a grupos de credores.

2 Lei n.º 11.101, de 2005. Art. 41: A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; IV – titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte (Brasil, 2005).

3 Lei n.º 11.101, de 2005. Art. 54: O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial. § 1º. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial (Brasil, 2005).

Sob esse enfoque de apreciação, destarte, a nova redação do art. 67 da Lei n.º 11.101, de 2005, afasta a divergência indicada, na medida em que prescreve expressamente o tratamento diferenciado entre credores quirografários que assumam a condição de colaboradores, ainda de maneira mais incisiva após a promulgação da Lei n.º 14.112, de 2020.

Ademais, a dita assertiva deve ser sopesada, ainda, sob influência do princípio da preservação da empresa, reflexo do dogma constitucional do valor social da empresa.

Com efeito, diversamente do que se verifica nas hipóteses da execução coletiva inerente à falência, que pressupõe a realização do ativo e o encerramento das atividades empresariais, nas recuperações judiciais a perspectiva normativa é de restabelecimento da empresa, com superação da crise, o que exige uma leitura muito particular do *par conditio creditorum*.

Não há como se possa, em qualquer dos aspectos inerentes ao procedimento de recuperação judicial, fazer leitura do instituto e seus princípios sem aquilatar a extensão inerente ao valor social da empresa e da sua preservação.

3 Tratamento paritário e função social da empresa

Exame compromissado da vigente ordem constitucional brasileira, que no particular reflete a posição da imensa maioria dos regimes democráticos ocidentais, identifica um crescente processo de permeabilidade de institutos próprios do direito privado (como a propriedade e a empresa, enquanto reflexo da livre iniciativa) por uma noção de coletividade.

Tal processo detém, evidentemente, uma feição histórica de enorme relevância na compreensão da temática em questão.

Na Idade Média, em que vigente primados como nobreza e consanguinidade, a propriedade de um modo geral estava vinculada à própria condição social de superioridade:

[a propriedade privada] compreendia na verdade 2 poderes para nós muito distintos: o direito de jurisdição (julgar as disputas dentro do território respectivo) e o que chamaríamos hoje de um direito de propriedade (na verdade algumas parcelas de poder de exploração da terra)", acrescentando, em seguida, acerca dos direitos sobre a terra: "correspondia ao feudo propriamente dito, que dava ao senhor (dominus) o direito de caça, o direito de pesca e as banalidades, isto é, obrigações impostas aos peões de a) cozer o pão no forno senhorial, b) moer o trigo no moinho do senhor, c) pagar prestações sobre tais serviços públicos mantidos pelo senhor (Lopes, 2002, pp. 76-77).

A nova ordem jurídica instituída a partir da Revolução Francesa fez reafirmar uma visão eminentemente privada da propriedade de um modo geral, assegurando-se a ampla prerrogativa de gozo e disposição das coisas da maneira absoluta e irrestrita, emprestando-lhe uma concepção de reflexo patrimonial da personalidade, que culminou por conferir ao domínio prevalência em detrimento de inúmeros outros direitos, ante a forte influência da concepção econômica liberal.

Com a crescente industrialização da Europa, após a Revolução Industrial, com a consequente urbanização e êxodo rural da sociedade ocidental, a condição

social passou por inegável declínio, que repercutiu no surgimento de concepção de bem-estar social como condição de legitimidade ao desenvolvimento econômico.

A medida repercutiu, assim na paulatina permeabilidade de institutos próprios do direito privado por noções de coletividade, de interesse social, fazendo ceder o caráter absoluto até então prevalecente, para uma noção de que seu exercício – dos direitos privados – haver de observar às funções inerentes ao interesse social de seu resguardo.

Em outras palavras, só se justifica o exercício de cada um dos direitos privados quando este esteja marcado justamente pelos interesses coletivos de resguardo do citado direito.

Sobre o tema, insuperáveis as lições de Eros Grau que, ao apreciar a questão sob o enfoque da propriedade privada, expõe perspectiva amplamente aplicável à função social da empresa:

Posso assim, sopesando as ponderações que venho desenvolvendo, concluir que fundamentos distintos justificam a propriedade dotada de função individual e propriedade dotada de função social. Encontra justificação, a primeira, na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família; daí por que concorre para essa justificação a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito à herança. Já a propriedade dotada de função social, é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função (...) enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual (Grau, 2008, p. 236).

A função social da empresa é, inequivocamente, reflexo do processo de coletivização dos direitos privados, retratando, tanto como pedra fundamental da ordem econômica constitucional, quanto na condição de valor prevalecente nas recuperações judiciais, a constatação de que, conquanto reflita de modo essencial o direito patrimonial dos seus titulares, encarta, concomitantemente, um conjunto de outros valores de proteção constitucional, estes de viés coletivo, como a geração de emprego e renda, o custeio da máquina pública *etc.*, inerentes ao funcionamento do empreendimento.

É justamente por este motivo que a recuperação judicial deve ser, por expressa prescrição legal, informada pela função social da empresa, especificamente no viés da sua preservação, com superação da crise, como foi registrado pelo Superior Tribunal de Justiça quando ressaltou: “a recuperação judicial visa a continuidade de empresa em crise econômico-financeira. Tem por fonte a função social da empresa, desempenhada pela atividade produtiva, buscando-se manter empregos, sem abalos à ordem econômica” (REsp 1408973/SP, Min. João Otávio de Noronha, DJe 13/06/2014).

Conquanto a regra do tratamento igualitário não possa ser inserida na evolução histórica que vem promovendo uma paulatina coletivização dos interesses privados, até mesmo porque lhe é antecedente, certo é que também o *par conditio creditorum* repercute em limitação funcional do direito de crédito de particulares em prol da coletividade, na medida em que estabelece uma equânime repartição dos recursos do devedor insolvente.

Tal constatação, ademais, se ratifica quando promovida a releitura proposta do *par conditio creditorum* sob o enfoque dos procedimentos de recuperação judicial, tendo em vista que, neste específico pormenor, a infiltração de interesses coletivos em direitos eminentemente privados se retrata, ainda, na composição de interesses

da assembleia geral de credores tendente a preservar a empresa em resguardo de sua função social.

É justamente neste quadro de coisas que o tratamento diferenciado de credores, quando tendente a resguardar a função social da empresa, acaba por refletir faceta do *par conditio creditorum*, na medida em que assegura tratamento diferenciado aos grupos de credores que, por sua condição fática diferenciada, tem papel especial na preservação da empresa.

4 A instituição de vantagens como instrumento de reestruturação da empresa

A partir das colocações firmadas em relação à função social da empresa e sua relação direta com o *par conditio creditorum*, cumpre examinar qual o papel desempenhado pela instituição de vantagens para grupos de credores no procedimento de recuperação judicial.

Uma primeira consideração que há de ser feita, neste subitem, remonta ao emprego da expressão *instrumento*, em referência à reestruturação da empresa em crise.

A razão é singela e será melhor detalhada no curso do texto, todavia, desde logo, é de se registrar que o emprego da expressão *instrumento* é deliberada, especificamente com o escopo de evitar qualquer confusão com a referência a *meios de recuperação judicial*, adotada pela Lei n.º 11.101, de 2005, quando descreve as medidas empregadas pelo devedor, com anuência da assembleia geral de credores, com o propósito de reestruturar suas atividades empresariais.

Não se sustenta aqui que a instituição de tratamento diferenciado a credor constitua-se em nova modalidade dos meios de recuperação judicial estatuídos no art. 50 da Lei n.º 11.101, de 2005⁴, de maneira que seria imprópria a adoção, ainda que circunstancial, da expressão *meios de recuperação judicial*.

Feita esta anotação e estabelecidas as premissas já tratadas em relação ao *par conditio creditorum* e à função social da empresa, cumpre examinar o papel exercido pelo tratamento diferenciado de credores na recuperação judicial.

Uma leitura histórica da evolução da jurisprudência acerca da matéria, permite identificar ampla divergência entre os tribunais estaduais, a qual perdurou por considerável período e, sobretudo, tinham por fundamentos, de um lado, a regra da preservação da empresa, para aqueles que admitiam o tratamento diferenciado, ao passo que, de outro lado, a posição contrária era fundada em leitura do *par conditio creditorum*.

4 Lei n.º 11.101, de 2005. Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor; XVII – conversão de dívida em capital social; XVIII – venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada.

A questão passou a comportar certa sedimentação, ainda que sem confrontação dogmática dos institutos em oposição, quando expressamente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça confirmou que “a criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários” (Brasil, 2019, REsp 1.634.844-SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva).

No referido julgado, o Superior Tribunal de Justiça arrematou que, “na hipótese, ficou estabelecida uma distinção entre os credores quirografários, reconhecendo-se benefícios aos fornecedores de insumos essenciais ao funcionamento da empresa, prerrogativa baseada em critério objetivo e justificada no plano aprovado pela assembleia geral de credores” (Brasil, 2019, REsp 1.634.844-SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva).

Apenas com o escopo de ilustrar a relevância da divergência quanto à legitimidade da fixação de tratamento diferenciado entre credores, pertinente ressaltar que a mesma conclusão encampada pelo Superior Tribunal de Justiça já havia sido admitida em precedentes locais na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Agravado de instrumento n.º 4012751-78.2018.8.24.0000, Des. Rogério Mariano Nascimento), do Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravado de instrumento n.º 2041618-32.2016.8.26.0000, Des. Carlos Alberto Garbi) e do Tribunal de Justiça do Paraná (Agravado de instrumento n.º 0060857-30.2019.8.16.0000, Des. Fernando Wolff Filho).

A despeito de precedentes admitindo expressamente a instituição de tratamento diferenciado entre credores de mesma classe, outros tantos rejeitavam expressamente a dita possibilidade, considerando que a medida ensejava violação à exigência legal de tratamento paritário e igualitário entre os credores.

Quanto ao tema, dentre outros julgados, colhem-se julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravado de instrumento n.º 70084798339, Des.^a Lusmary Fátima Turelly) e do Mato Grosso do Sul (Agravado de instrumento n.º 1404715-03.2017.8.12.0000, Des. Sideni Soncini Pimentel).

As premissas estabelecidas no exame proposto da extensão do par conditio creditorum revelam que, na verdade, era de fato insustentável a vedação à instituição de privilégios a grupos de credores na recuperação judicial.

Coube à doutrina a posição majoritariamente adotada na jurisprudência acerca do tema:

[...] julgados proferidos recentemente dão conta de que Tribunais têm admitido, sob circunstâncias específicas, que seja estabelecido no plano de tratamento especial para credores dispostos a contribuir para a manutenção das atividades do devedor no curso do processo de recuperação, os quais, por isso, têm sido referidos como credores parceiros (...). Esse novo posicionamento adotado pela jurisprudência parece ser uma reação ao fato de que o mecanismo previsto no art. 67 da LFR não teria atingido plenamente o objetivo para o qual fora concebido, a saber: servir como incentivo a credores para manterem regularmente relações comerciais com o devedor após o requerimento de recuperação judicial (Galea; Lima, 2015, p. 153).

Com efeito, consoante já registrado, a exigência do tratamento igualitário, não apenas em relação aos credores de recuperação judicial, mas aos regimes jurídicos

de modo amplo, pressupõe não apenas similitude de abordagens entre aqueles que detêm a mesma situação material mas, também, a instituição de *distinguishing* para aqueles que ostentem condição diferenciada.

Em outras palavras, a admissão de tratamento diferenciado a credores na recuperação judicial não se presta a infirmar o princípio do par *conditio creditorum*, mas na verdade à sua confirmação.

Estabelecida a referida premissa, é de se identificar que a previsão de um tratamento diferenciado, no âmbito das recuperações judiciais para os credores que mantenham o fornecimento de produtos e serviços durante o período de reestruturação, já era prevista e principalmente incentivada pelo legislador desde a promulgação da Lei n.º 11.101, de 2005.

Ademais, a admissão de tratamento diferenciado entre credores prevista na legislação nacional reflete, conquanto marcada por particularidades próprias, às *creditors with secured claims das Bankruptcy* do direito norte-americano (Ferriell; Janger, 2019, p. 324).

No âmbito da legislação nacional, a redação originária do art. 67, parágrafo único, da Lei n.º 11.101, de 2005, estabelecia expressamente que “os créditos quirográficos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens e serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação” (Brasil, 2005).

A despeito da expressa prescrição normativa, não há como deixar de perceber que a distinção de tratamento acabou não refletindo na realidade prática, revelando-se pouco comum na vivência prática da insolvência empresarial.

Foi este contexto que ensejou, dentre as medidas de aprimoramento da legislação nacional sobre o tema, um tratamento mais expresso da matéria com a edição da Lei n.º 14.112, de 2020, que emprestou a seguinte redação ao art. 67, parágrafo único, da Lei n.º 11.101, de 2005:

o plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura (Brasil, 2005).

Marcelo Sacramone, de seu turno, é expresso ao identificar a mudança legislativa que conduziu à nova redação do art. 67, parágrafo único, da Lei n.º 11.101, de 2005, como um novo posicionamento normativo a partir da evolução da jurisprudência:

Para tanto, a nova redação do art. 67, parágrafo único, consagra a posição jurisprudencial que já admitia a previsão no plano de recuperação judicial das subclasses de credores (Sacramone, 2021, p. 367).

Como não poderia deixar de ser, considerando a premissa de que as deliberações da assembleia geral de credores constituem novação das obrigações do devedor, a prescrição normativa é de que a possibilidade de instituição de tratamento diferenciado a credores é reservada àquele órgão.

Explica-se.

O universo dos credores, concentrado na assembleia geral de credores, tem autoridade para, em deliberação colegiada, deferir tratamento diferenciado a determinados grupos de credores.

A dita prerrogativa deve, como não poderia deixar de ser, estar sempre informada pelo princípio da preservação da empresa, decorrente lógico da função social do empreendimento, de maneira que o tratamento diferenciado estará sempre atrelado a assegurar a continuidade das atividades do devedor.

De outra banda, por corolário próprio do *par conditio creditorum*, as distinções decorrentes do tratamento diferenciado pressupõem, necessariamente, a configuração de condição fática do grupo de credores que justifique e, principalmente, legitime o tratamento diferenciado.

Embora o princípio da equidade exija que os credores sejam tratados da mesma forma dentro de uma classe, a criação de subclasses de credores procura atender às características especiais de determinados créditos e sua importância para a recuperação judicial do devedor (Sacramone, 2021, p. 367).

Destarte, diversamente do que possa se afigurar em leitura mais apressada, a instituição de tratamento diferenciado entre credores na recuperação judicial, mediante estabelecimento de subclasses complementares àquelas definidas expressamente no art. 83 da Lei n.º 11.101, de 2005, se presta a ratificar o dogma do *par conditio creditorum*, especificamente quando a providência se presta a atender ao princípio da preservação da empresa e sua função social, enquanto valor constitucional fundamental à ordem econômica.

Nesse cenário, considerando tais diretrizes, é intuitiva a percepção de que a instituição de tratamento diferenciado a credores deve observar limites e parâmetros próprios do *par conditio creditorum*, dos quais se ocupa o próximo tópico.

5 Limites à instituição de vantagens no plano de recuperação

A leitura proposta da regra do tratamento igualitário entre os credores pressupõe o reconhecimento de que este se retrata em 2 enfoques, retratados não apenas na exigência de que os credores na mesma condição tenham o mesmo tratamento jurídico, mas também na necessidade de que o regime jurídico dos credores em situação diferenciada seja, proporcional e razoavelmente, distinto.

Não bastasse isso, o fundamento ao tratamento diferenciado deve, sempre, remontar a razão legítima, concreta e objetiva, além de inerente ao princípio da preservação da empresa e sua função social, retratando assim uma coletivização do direito privado.

Tais premissas são, à toda prova, extraídas da conjugação dos dogmas da preservação da empresa e do *par conditio creditorum*.

Estas conclusões, a propósito, antes mesmo da promulgação da Lei n.º 14.112, de 2020, que emprestou a seguinte redação ao art. 67, parágrafo único, da Lei n.º 11.101, de 2005, já haviam sido encampadas por Felipe Galea e Igor Lima, quando tratando da questão sob o enfoque da instituição de subclasses:

[...] cuidados que, se observados, poderiam ratificar a legitimidade de tratamento especial a credores parceiros:

- (i) Incluir no plano de recuperação judicial disposições específicas e detalhadas a respeito dos requisitos e benefícios de potencial tratamento desigual;
- (ii) Oferecer a todos os credores, em igualdade de condições, a oportunidade de aderirem às disposições aplicáveis aos credores parceiros;
- (iii) Garantir que os benefícios atribuídos aos credores parceiros atendam a um critério de razoabilidade em relação ao tratamento a ser concedido aos demais credores da mesma classe; e
- (iv) Fazer com que o tratamento diferenciado a credores parceiros corresponda a uma justa e equilibrada contrapartida à postura colaborativa assumida por eles, devendo haver, portanto, relação de proporcionalidade entre o benefício recebido e a cooperação por eles prestada (Galea; Lima, 2015, p. 157).

A despeito de havê-lo feito em outros termos, acabaram os mesmos parâmetros sido expressos na Lei n.º 14.112, de 2020, que reservou ao art. 67, parágrafo único, da Lei n.º 11.101, de 2005, a seguinte redação:

Parágrafo único. O plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura (Brasil, 2005).

É, destarte, evidente a opção legislativa de privilegiar a segurança jurídica, definindo previamente hipótese em que configurada a necessidade de promover uma coletivização dos direitos privados, em circunstâncias que justificam a instituição de tratamento diferenciado a credores.

Na expressa prescrição da Lei n.º 11.101, de 2005, com a redação decorrente da Lei n.º 14.112, de 2020, a instituição de tratamento diferenciado pressupõe a conjugação das seguintes circunstâncias: credor de bens ou serviços + continuidade do fornecimento no período da recuperação judicial + imprescindibilidade do fornecimento para as atividades empresariais.

Essas são, então, condições a que se institua tratamento diferenciado a credores.

Os mencionados requisitos não comportam maiores digressões, conquanto seja pertinente registrar alguns aspectos, recaindo o primeiro deles, à toda evidência, na percepção de que o benefício é reservador ao credor fornecedor de bens e serviços, o que, apesar de delimitar os beneficiários do tratamento distinto, excluindo claramente algumas das classes estatuídas no art. 83 da Lei n.º 11.101, de 2005, permite identificar aspecto puramente subjetivo da vantagem.

Tal assertiva consiste em dizer que, na verdade, a exigência recai quanto à condição do credor, e não do crédito, de modo que é admissível o tratamento diferenciado, e este possa ser aplicável mesmo em relação a créditos que não decorrem diretamente do fornecimento de bens e serviços.

Sob outro enfoque, a exigência normativa é de que o fornecimento de produtos e serviços seja mantido, no curso da recuperação judicial, “normalmente”, o que equivale dizer nas condições habitualmente operadas.

É certo que as relações negociais se marcam por enorme volatilidade, atrelada notoriamente às condições de mercado. Preços e condições de pagamento e de forne-

cimento são, a todo tempo, renegociadas, ainda mais em se tratando de produto ou serviço que, de algum modo, é precificado e prestado com vinculação a mercados e moedas estrangeiros.

Sem dúvida nenhuma, a discussão acerca do advérbio “*normalmente*” haverá de ser enorme no cotidiano forense, cabendo, todavia, ao Judiciário observar sempre que a realidade do mercado nem sempre é propriamente estável.

Finalmente, o tratamento diferenciado está condicionado, ainda, a que o fornecimento a ser mantido – nas mencionadas condições de normalidade – no curso da recuperação judicial se refira a bens e serviços imprescindíveis à atividade empresarial.

Esta última condição haverá de ser aquilatada à luz da natureza das atividades empresariais da empresa em recuperação judicial, de modo a se considerar imprescindível todo e qualquer serviços que se insira ou seja indispensável à própria continuidade da cadeia produtiva.

Mas não são apenas estas as condicionantes legais.

Para além das condições estabelecidas pelo legislador ao emprestar nova redação ao art. 67, parágrafo único, da Lei n.º 11.101, de 2005, cuidou-se ainda de parametrizar os limites do *distinguishing* a ser instituído.

A redação do art. 67, parágrafo único, da Lei n.º 11.101, de 2005, com a redação decorrente da Lei n.º 14.112, de 2020, estabelece que o tratamento diferenciado proposto deverá ser “*adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura*”.

A prescrição normativa exige, assim, que o tratamento diferenciado proposto no plano de recuperação judicial ao credor fornecedor de bens e serviços imprescindíveis à atividade empresarial, que mantenha o normal fornecimento no curso do processo, seja adequado, próprio, à manutenção da relação comercial após a superação da crise do empreendimento.

Nesta toada, a vantagem ofertada não poderá, à toda prova, assumir parâmetros de irrazoabilidade, configurando-se em efetivo privilégio em detrimento dos demais credores.

A consequência é que o reconhecimento da condição favorável de determinados credores – o que faz com que alguns lhes emprestem a denominação de *credores parceiros* – justifica que, atendidas as exigências legais, lhe seja emprestado tratamento diferenciado visando justamente a preservação da empresa e, ainda, manutenção dos vínculos contratuais para após o período da recuperação judicial. Podem ser expressamente identificadas medidas como deságio diminuído, além de prazo e condições mais benéficas de pagamento, como absolutamente compatíveis com a dita finalidade.

Marcelo Sacramone detalha a operacionalização da medida:

No plano de recuperação judicial, assim pode ser estabelecido que os credores de uma determinada classe, desde que continuem a fornecer determinados bens ou serviços em igual quantidade ou preço do que faziam antes, ou desde que realizem determinados financiamentos ao devedor, etc, podem ser considerados credores parceiros e, como tal, receberão uma maior satisfação do crédito sujeito à recuperação judicial do que os demais credores da mesma classe (Sacramone, 2021, p. 367).

Atendidas as diretrizes e parâmetros legais, não há como negar que a instituição de tratamento diferenciado assume o papel de fundamental instrumento na reestruturação das atividades empresariais, assegurando maior chance de preservação da empresa e de sua função social na medida em que viabiliza um tratamento preferen-

cial, mas legítimo, a credores cujos serviços e produtos são essenciais à manutenção das atividades produtivas.

Apesar da mencionada premissa e da importância do instrumento de recuperação da empresa, a doutrina adverte que a instituição de tratamento diferenciado entre credores pode, todavia, se prestar de expediente para alteração do quórum de deliberação mediante instituição de subclasses (Sacramone, 2021, p. 368), o que inevitavelmente viola a Lei n.º 11.101, de 2005, especificamente no enfoque da premissa do tratamento igualitário entre os credores.

Ao reconhecer o risco da tida prática, Marcelo Sacramone sugere que “a exigência de quórum de votação na subclasse e na classe autonomamente assegura que os credores não serão prejudicados por uma maioria construída apenas pelos credores tratados mais favoravelmente” (Sacramone, 2021, p. 368).

É, outrossim, fundamental que se assegure o tratamento diferenciado de credores, enquanto instrumento à reestruturação da empresa que atende à premissa do tratamento igualitário, cuidando, contudo, para que sua instauração não se preste a tratamentos privilegiados incompatíveis com a função social da empresa ou mesmo para burla ao requisito objetivo de aprovação do plano de recuperação judicial.

6 Conclusões

O presente estudo detalhou a formação histórica de uma noção da coletivização dos direitos privados, instituindo-se feições sociais dos interesses privados.

A dita construção histórica repercutiu no reconhecimento da função social da empresa, inclusive no enfoque de sua preservação, na medida em que reconhece seu relevante papel social, central na ordem econômica constitucional brasileira, diretamente relacionado com a geração de emprego e renda, de fomento financeiro do Estado e de suas políticas públicas, além do desenvolvimento coletivo.

Não há como negar que o tratamento igualitário dos credores, conquanto concebido especificamente para o regime das execuções coletivas contra devedor insolvente, incide nos procedimentos de recuperação judicial, em vários de seus enfoques, especialmente quando gradua e delimita as classes de credores a serem atendidas na quitação dos créditos.

Logo, o princípio do *par conditio creditorum* se retrata não apenas na premissa do tratamento equânime a todos que se encontram na mesma condição material, mas também quando se institui tratamento diferenciado reservado a credores que se encontrem em situação especial e legítima, fundamental à própria preservação da empresa.

Nesta quadra de coisas, o *par conditio creditorum*, na faceta em que viabiliza o tratamento diferenciado de credores imprescindíveis à manutenção das atividades empresariais, se presta na verdade a homenagear o dogma constitucional da preservação da empresa, revestindo-se do papel de importante instrumento à sua reestruturação.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – reais**. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

BAIRD, Douglas G. **Elements of bankruptcy**. Sixth edition. Saint Paul: Foundation Press, 2001.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação judicial e falência**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Brasília, Df: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.634.844-SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: STJ, 12 mar. 2019.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação judicial**. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial das sociedades por ações**. São Paulo: Malheiros, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas**. 14.ed. São Paulo: RT, 2021.

COSTA, Thiago Dias. **Recuperação judicial e igualdade entre credores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FERRIELL, Jeffrey; JANGER, Edward J. **Understanding Bankruptcy**. Fourth edition. North Carolina: Carolina Academic Press, 2019.

GALEA, Felipe Evaristo dos Santos; LIMA, Igor Silva de. Credor parceiro e o princípio do par conditio creditorum. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). **10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 139-159.

GARCIA, Juliana Silva. **Da Inaplicabilidade do Princípio da Par Conditio Creditorum na Recuperação Judicial de Empresas**. Dissertação (Mestrado). Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito, 2016.

GOMES, Camila Aboud; FIGUEIREDO, Claudete Rosimara de Oliveira; BRASIL, Glaucia Albuquerque; SCALZILLI, João Carlos Lopes; CABRAL, Taciani Acerbi Campagnaro Cabral (coords). **Recuperação judicial, falência e administração judicial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAZIBLE, D. J. **Efectos concursales sobre las obligaciones y los contratos**. Buenos Aires: Astrea, 2018.

KEAY, Andrew; BORAINÉ, Andre; BURDETTE, David. Preferential debts in corporate insolvency: A comparative study. **International Insolvency Review**. 2001, p. 167-194.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História** – lições introdutórias. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord). **Falência, insolvência e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Direito Recuperacional** – aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUCCAS, Fernando Pompeu (coord). **Reforma da Lei de Falências**. São Paulo: RT, 2021.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NEGRÃO, Ricardo. **Falência e recuperação judicial de empresas**: aspectos objetivos da lei 11.101/2005. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PUGLIESE, Adriana Valéria. **Direito falimentar e preservação da empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

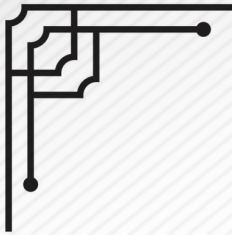
ROUILLON, Adolfo A. N. **Régimen de concursos y quiebras**. 17.ed. Buenos Aires: Astrea, 2015.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**. 3.ed. São Paulo: Almedina, 2008.

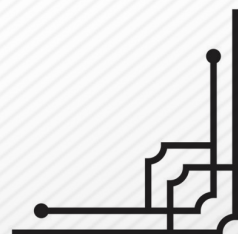
TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise**: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012.



**REFLEXÕES PRELIMINARES SOBRE
O §1º DO ART. 20-B DA LEI 11.101/05
NA PERSPECTIVA DO ENUNCIADO
Nº 03 DO FONAREF: TENSÕES ENTRE
DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL
EM PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA**



VICTOR BARBOSA DUTRA
ADRIANO SINTRA SANTOS PEREIRA
LEONARDO VIANA SILVA
LARISSA BLEZA CABRAL SOUZA



REFLEXÕES PRELIMINARES SOBRE O §1º DO ART. 20-B DA LEI 11.101/05 NA PERSPECTIVA DO ENUNCIADO Nº 03 DO FONAREF: TENSÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL EM PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA

VICTOR BARBOSA DUTRA¹
ADRIANO SINTRA SANTOS PEREIRA²
LEONARDO VIANA SILVA³
LARISSA BLEZA CABRAL SOUZA⁴

Sumário: 1 Introdução; 2 Análise das Mudanças Trazidas Pela Lei nº 14.112/20: Regulamentação do Contexto de Pré-insolvência e a Inserção da Seção II-A ao capítulo I da lei nº 11.101/05; 3 Da Necessidade de Combate ao Uso Indevido de Cautelares Antecedentes ou Incidentais; 4 Considerações Finais.

1 Introdução

Diante da complexidade do fenômeno de crise empresarial, o Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências (FONAREF) foi constituído com o objetivo de consolidar, uniformizar e incentivar as melhores práticas em insolvência. Tal evento representa uma tendência do esforço coletivo para sintetizar vieses doutrinários em prol de uma aplicação mais homogênea (tanto quanto possível) num país de dimensões continentais e nuances regionais.

Os quinze enunciados aprovados no FONAREF evidenciam, em solo brasileiro, a tendência mundial de promoção dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs), bem como os desafios práticos na consolidação das ferramentas da Justiça Multiportas. Como exemplo de tal tendência, colhe-se uma série de atos

1 Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Sócio Fundador do Barbosa Dutra Advocacia (B|D|A). Advogado, Professor e Administrador Judicial. Embaixador do Instituto Brasileiro de Insolvência (IBAJUD) para o estado da Bahia. Procurador Municipal (2019-2023). Conselheiro de Administração em empresas de médio e grande porte. Autor de livros e artigos sobre Direito, Inovação e Empreendedorismo. Fundador do Núcleo de Estudos em Direito, Inovação e Negócios (NEDIN).

2 Sócio do Barbosa Dutra Advocacia & Consultoria (B|D|A). Mestre em Educação/Estudo dos Conflitos pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB) e pós-graduando em Direito Imobiliário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

3 Advogado e Administrador Judicial. Sócio do Barbosa Dutra Advocacia (B|D|A). Graduado em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS) e em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Presidente da Associação Brasileira de Estudantes de Arbitragem (ABEARb), membro do *NextGen* da *Turnaround Management Association* (TMA), membro do Instituto de Arbitragem da Bahia (IArB) e Co-fundador do Núcleo de Estudos em Direito, Inovação e Negócios (NEDIN).

4 Trainee no Barbosa Dutra Advocacia & Consultoria (B|D|A). Graduanda em Direito pela Faculdade Santo Agostinho (FASAVIC). Pesquisadora do Grupo de Crise Empresarial e Recuperação de Empresas da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): Recomendações nº 58/2019, nº 63/2020 e nº 71/2020, que culminaram na inserção da seção II–A ao capítulo I da lei nº 11.101/05 feito pela Lei 14.112/20.

Para os fins do presente ensaio, parte-se do texto do Enunciado de nº 3, cristalizado nos seguintes termos: “O prazo de 60 dias de suspensão previsto no art. 20-B, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 é improrrogável e contado em dias corridos” (Brasil, 2023, p.12).

A partir da interpretação do texto legal inserido, o Enunciado n. 3 do FONAREF⁵ sugere que o prazo de 60 dias de suspensão previsto no art. 20–B, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 seja **improrrogável** e contado em **dias corridos** (Brasil, 2023).

Em que pese sua aparente simplicidade e obviedade, quatro eixos decorrentes da correlação entre o art. 20–B, §1º e o Enunciado nº 3 merecem reflexão: 1) a inserção do novo conceito de “empresas em dificuldade”; 2) a suposta improrrogabilidade do prazo; 3) a fonte de direito material ou processual a ser utilizada na medida cautelar eventualmente concedida; 4) a necessidade de observância dos critérios legais para preservação da credibilidade dos MASCs e dos instrumentos de insolvência.

2 Análise das mudanças trazidas pela Lei nº 14.112/20: regulamentação do contexto de pré-insolvência e a inserção da Seção II–A ao capítulo I da Lei nº 11.101/05

O art. 20–B passou a integrar, a partir da reforma da Lei nº 14.112/2020, um conjunto de mecanismos de tutela jurisdicional do ambiente negocial pré-insolvência da Lei 11.101/05 (ao lado dos artigos 20–A a 20–D). Isso porque, como cediço, originariamente, a Lei 11.101/05 foi estruturada para empresas insolventes com capacidade de recuperação (extra ou judicialmente) ou insolventes, sem capacidade de soerguimento (a incidir nos dispositivos falimentares).

O dispositivo em análise traz inovações interessantes, tais como: permitir mediações e conciliações antecedentes e incidentais (art. 20-B, *caput*), algo que jamais foi vedado pela Lei de Mediação (13.140/15), mas que se revela salutar para a promoção efetiva e segurança jurídica nos ambientes de insolvência; a possibilidade de abarcar credores não sujeitos à recuperação judicial (inciso I) bem como concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (inciso II) com seus órgãos reguladores ou Poderes Concedentes; abarcar a negociação de créditos extraconcursais, quando vigente o estado de calamidade (inciso III) e estimular a adoção, pelas empresas em dificuldade, de mediação e conciliação em caráter antecedente ao ajuizamento de recuperação judicial (IV).

Para os fins propostos neste artigo, qual seja, o de se analisar o Enunciado nº 3 do FONAREF, convém ater-se ao inciso IV, que já inova ao utilizar a expressão “empresas em dificuldade”, expressão antes inexistente de maneira tão ampla na Lei 11.101/05:

Art. 20–B. Serão admitidas **conciliações e mediações** antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente:

[...]

IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a **empresa em dificuldade** e seus credores, em **caráter antecedente ao**

5 Enunciado nº 3 - O prazo de 60 dias de suspensão previsto no art. 20-B, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 é improrrogável e contado em dias corridos (Brasil, 2023, p.12).

ajuizamento (Brasil, 2005, grifos nossos).

Conforme as regras básicas de hermenêutica, na lei não há palavras inúteis⁶ (Maximiliano, 1965, p.262), de modo que o conceito de *empresas em dificuldade* carece de densidade normativa e de enfrentamento por parte da doutrina e da jurisprudência, pois difere do conceito de empresa insolvente usualmente utilizado (e cuja aferição tende a ser mais objetiva, por exemplo, do ponto de vista contábil ou jurídico⁷).

O legislador da Lei 14.112/20, intencionalmente, criou uma nova categoria no microsistema de insolvência que poderia ser visualizada da seguinte maneira:

Empresas Saudáveis	Empresas em Dificuldade	Empresas Insolventes Recuperáveis	Empresas Insolventes Irrecuperáveis
Não se aplica a mediação da Lei 11.101/05. Possibilidade de aplicação da Lei 13.140/15	Novo conceito legal que carece de densidade normativa e doutrinária.	Aplicam-se as regras de recuperação extrajudicial ou judicial.	Aplicam-se as regras falimentares

Tal expressão – empresas em dificuldade – encontra-se prevista no inciso IV do art. 20–B, de modo que não está automaticamente ancorada nos “requisitos legais para requerer a recuperação judicial”, visto que estes são necessários apenas para se obter a suspensão de execuções pelo prazo de 60 (sessenta) dias, nos termos do §1º do art. 20–B. Logo, ser uma empresa “em dificuldade” não significa preencher todos os requisitos para a recuperação judicial, visto que estes são mais gravosos, pois caracterizam as empresas com dificuldades que as deixam mais próximas da insolvência.

Ora, sabe-se que o conceito de *empresa e empresário* são elementos centrais do Direito Empresarial, enfrentado por grandes juristas como Ascarelli (1962, p.146), Asquini (1943, p.7-9)⁸, Giampaolo dalle Vedove, Francesco Ferrara Junior e Francesco Galgano (*apud* Coelho; Almeida, 2018) e Remo Fransceschelli (1944).

Adicionando aos conceitos jurídicos de *empresa e empresário*, tradicionalmente trabalha-se com o conceito jurídico-contábil de *insolvência*, qual seja, um estado

6 *Verba cum effectu sunt accipienda..*

7 Aliás, convém destacar que a insolvência jurídica - tal como objetificada em lei, como no Brasil, não depende exclusivamente de análise de elementos de insolvência econômica ou financeira. Cf. entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “1. Os dois sistemas de execução por concurso universal existentes no direito pátrio - insolvência civil e falência - entre outras diferenças, distanciam-se um do outro no tocante à concepção do que seja estado de insolvência, necessário em ambos. O sistema falimentar, ao contrário da insolvência civil (art. 748 do CPC), não tem alicerce na insolvência econômica. 2. O pressuposto para a instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico. No caso do direito brasileiro, caracteriza a insolvência jurídica, nos termos do art. 94 da Lei n. 11.101/2005, a impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (inciso II) e a prática de atos de falência (inciso III)”. (REsp 1433652/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/10/2014).

8 Para quem, além da condição de sujeito de direito, deve ser destacada a atividade necessariamente econômica e organizada, a finalidade de produção para o comércio de bens e serviços e a profissionalidade de tal organização.

de coisas (que pode ser analisado por espectros econômicos, financeiros, contábeis ou jurídicos) em que um determinado devedor tem obrigações e prestações a cumprir superiores à sua capacidade de honrá-las nos prazos pactuados.

Destarte, tem-se uma inovação de Direito Material Empresarial em paralelo a uma série de inovações de ordem processual, promovidas pela Lei 14.112/20.

Delimitada a existência do novo conceito – que merece ser debatido e aprofundado – tem-se que determinada empresa em dificuldade pode instaurar um procedimento de mediação ou conciliação e, a partir de então, vislumbram-se algumas encruzilhadas processuais.

Se determinada sociedade empresária em crise invoca a proteção da medida cautelar do §1º do art. 20-B, que está ancorada nos requisitos para ajuizamento de recuperação judicial (v.g norma material tipicamente de Direito de Insolvência), escolheu o rito mais célere (fast track), visto que ao juízo compete apenas o controle de legalidade dos requisitos objetivamente especificados nos Art. 48 e 51 e os demais incidentes da Lei 11.101/05. Nesse caso, a concessão da proteção liminar por 60 (sessenta dias) configura-se como *stay period* e, se ajuizado o processo recuperacional, deve ser descontado do prazo usual de 180 (cento e oitenta) dias de proteção (art. 6º da Lei 11.101/05), por expressa disposição legal.

Nesse enfoque, percebe-se a clara correlação do *mini-stay* de 60 dias e a impossibilidade de prorrogação desse prazo, proposta pelo Enunciado nº 3, a qual adquire sentido prático-sistêmico, já que à disposição da sociedade devedora haveria o instrumento subsequente, a saber: a recuperação judicial com mais 120 (cento e vinte) dias de proteção, para totalizar os 180 dias de suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor (art. 6º da Lei 11.101/05).

Ainda assim, não nos parece que a suposta “improrrogabilidade” sugestionada pelo Enunciado seja tão pacífica, visto que o legislador – quando assim desejou – deixou clara a situação de improrrogabilidade de prazos, tais como no art. 6, §4º antes da reforma, art. 53 *caput* e art. 163, §7º, todos da Lei 11.101/05.

Compreende-se a intenção do Enunciado nº 3 de evitar o uso abusivo das Mediações e Conciliações e, por conseguinte, esgotar ou esvaziar indevidamente o instituto da Recuperação Judicial, mas é de se notar que a “improrrogabilidade” não se encontra prevista em lei e, em nosso sentir, dependerá de um debate mais amplo e maduro à luz do microsistema de insolvência.

Além disso, sobre a mencionada *encruzilhada processual*, cabe indagar: se determinada sociedade empresária – ainda que preencha os requisitos para uma recuperação judicial, mas por motivos diversos não deseja inicialmente ajuizá-la (seja por análise de custos judiciários, ou com assessores financeiros, advogados ou administrador judicial; seja por motivos contratuais diversos; seja por crises reputacionais) – poderia esta instaurar uma mediação ou conciliação e pleitear a medida cautelar fundamentada no CPC/15 para proteção dos ativos comuns (*common assets*)⁹ (Warner, 1988)?

Em outras palavras, indaga-se se estariam afastadas as possibilidades de Poder Geral de Cautela, fundamentadas no art. 300 do CPC/15, o qual dispõe que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o perigo de dano ou o **risco ao resultado útil** do processo” (Brasil, 2015).

Pensamos que não.

9 “The common pool problem can arise in the debt collection area because the non bankruptcy collection devices encourage a race for assets” (Warner, 1988, p.489-499).

Para a aplicação da cautelar “*fast track*”, o §1º do art. 20–B faz expressa menção ao art. 305 do CPC e seguintes, que dispõem apenas sobre o caráter “antecedente” da tutela cautelar requerida.

A invocação do §1º do art. 20–B e o preenchimento dos requisitos para futura recuperação seriam este “*fast-track*”, que facilitaria a análise, o controle de legalidade e, por conseguinte, a concessão da cautelar por 60 dias. Isso, contudo, não poderia tolher o poder geral de cautela da magistratura diante de casos concretos, se estes preencherem os requisitos de probabilidade de direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A título exemplificativo, vejamos a seguinte situação: se no 58º dia de uma mediação ou conciliação regularmente instaurada, em que as partes tenham demonstrado nítido comportamento cooperativo¹⁰, cujas diretrizes gerais para um desfecho positivo tenham sido adiantadas por e-mail, mas que, por vicissitudes e burocracias internas das corporações, esteja-se na etapa final de elaboração do instrumento de acordo ou finalizando discussões meramente acessórias. Em tal circunstância, seria a empresa em dificuldade obrigada ajuizar recuperação judicial, com todas as suas implicações, procedimentais e custos inerentes, por uma suposta “improrrogabilidade” que não está prevista em Lei, se presentes os pressupostos do art. 300 do CPC/15? Ou seria possível invocar uma medida cautelar específica, limitada no tempo pelo magistrado (a) e não fundamentada na Lei art. 20–B, §1º da Lei 11.101/05, mas sim nos elementos do art. 300 do CPC/15?

Em raciocínio inverso, estaria vedado o exercício do Poder Geral de Cautela em mediações e conciliações, pelo mero fato de versarem sobre questões de insolvência?

Obviamente que não, visto que – por expressa disposição constitucional – não se pode afastar do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88).

Ora, nem a Lei 14.112/20, nem o enunciado doutrinário podem afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a sociedades empresárias em crise.

Obviamente que o ônus argumentativo do requerente seria mais denso, devendo ser dispensado o *fast track* previsto na Lei 11.101/05, que estabelece situação presumida de risco. Se a empresa em crise constata que não possui argumentos relevantes para fundamentar-se no art. 300 ou se, feito o pedido, este é indeferido ou se o momento da mediação/conciliação sugere estado sem maturação ou com desfecho imprevisível, deve sim buscar a recuperação judicial, sendo o mecanismo disponível para soerguer empresas.

Nem os Métodos Adequados, nem a própria Recuperação Judicial podem ser utilizados artificialmente para prorrogar sobrevida de agentes que deveriam estar fora do mercado.

Obviamente, revela-se importantíssimo que as balizas peculiares da Insolvência, que possam nortear a aplicação do art. 300 do CPC/15, comecem a ser enfrentados pela doutrina e pelos Tribunais, a fim de não se colocar em descrédito instrumentos importantes e eficazes quando corretamente utilizados (tais como os MASCs e os instrumentos da Lei 11.101/05).

Abaixo evidenciaremos alguns casos em que foram concedidas medidas cautelares embasadas no art. 20–B §1º com aparente violação de requisito expresso da lei.

¹⁰ CPC/15: Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (Brasil,2015).

3 Da necessidade de combate ao uso indevido de cautelares antecedentes ou incidentais

Durante os primeiros anos da implementação das modificações introduzidas pela Lei 14.112/20, foi possível observar as primeiras experiências práticas da utilização do art. 20-B.

Como já registrado, o art. 20-B da lei 14.112/20 não apenas incentivou a adoção da mediação como, também, permitiu a obtenção de uma tutela de urgência cautelar, suspendendo execuções propostas contra o devedor pelo prazo de 60 dias e, assim, possibilitando uma etapa de negociação prévia ao ajuizamento (ou não) do pedido de recuperação judicial.

Para o deferimento do pedido de tutela de urgência, o art. 20-B estabeleceu claramente que a sociedade empresária em crise deveria comprovar: a) o preenchimento dos requisitos legais para requerer recuperação judicial; b) a instauração de procedimento de negociação ou mediação perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) ou de câmara especializada; c) e o preenchimento dos requisitos gerais para a concessão de tutela cautelar, previstos no artigo 305 e seguintes do CPC.

Vamos à análise desses requisitos e como tem se posicionado os tribunais.

O primeiro é o preenchimento de requisitos legais para requerer a Recuperação Judicial. A despeito do parágrafo único do artigo 20-B dispor que o benefício deve ser concedido para as “empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial” (Brasil, 2020), observou-se, na prática, que há entendimentos mais permissivos que autorizaram a suspensão de execuções mediante a comprovação genérica de dificuldade financeira¹¹. Por outro lado, também se constatou entendimentos mais restritivos, que exigiam a comprovação formal dos requisitos previstos nos artigos 48 e 51 da Lei 11.101/05¹², evidenciando divergências que reforçam a necessidade de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial sobre o conceito de “empresas em dificuldades”.

Outro requisito é a instauração de procedimento de mediação junto ao CEJUSC ou Câmara especializada. Também é possível verificar que, embora o art. 20-B, §1º exija que o interessado comprove, no momento do ajuizamento da tutela cautelar, a prévia instauração de procedimento de negociação ou mediação perante o respectivo CEJUSC ou câmara especializada, tal respeito à norma nem sempre ocorreu. Embora a lei utilize o termo literal e inequívoco “já instaurado”, houve decisões que deferiram o pedido de suspensão e designaram a mediação, como recentemente ocorreu no caso da Light S.A.¹³.

Nesse caso específico, surgem diversas discussões interessantes: poderia a Light S.A. valer-se da tutela cautelar antecedente, visto se tratar de concessionária de serviço público? Convém lembrar que o art. 20-B, inciso II, permite a mediação com agências reguladoras ou com entes públicos, o que não foi o caso dos autos. O ajuizamento de recuperação judicial por intermédio da controladora, que não é a “conces-

11 Processo nº 1022215-67.2021.8.26.0114, Requerente: Okinawa Incorporações e Construções Ltda., 9ª Vara Cível do Foro de Campinas, Distribuição em 01.06.2021, Juiz Francisco José Blanco Magdalena. Processo nº 1011311-25.2021.8.26.0037, Requerente: Provac Terceirização de Mão de Obra Ltda. e Outros, 2ª Vara Cível do Foro de Araraquara, Distribuição 14.10.2021, Juiz Heitor Luiz Ferreira do Amparo

12 Processo nº 1078947-13.2021.8.26.0100, Requerente: Trilobit Soluções Tecnológicas Ltda., 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Distribuição em 27.07.2021, Juiz João de Oliveira Rodrigues Filho.

13 PROCESSO Nº 0843430-58.2023.8.19.0001. Requerente: Light S.A. Distribuído em 11.04.2023 para a 3ª Vara Empresarial da comarca do Rio de Janeiro.

sionária” propriamente dita, é lícito ou burla à Lei 11.101/05?

Esses são alguns pontos que merecerão aprofundamentos em outros fóruns doutrinários. Isso porque são discussões que fogem ao escopo do presente artigo, mas que implicam a resposta sobre legitimidade para as cautelares antecedentes, visto que, a rigor, só poderia se beneficiar do art. 20-B, §1º da Lei 11.101/05 as empresas em crise que efetivamente tenham legitimidade para pleitear o processo principal, a saber, a recuperação judicial. Fora destes requisitos, devem ser buscadas tutelas cautelares ordinárias, fundamentadas no art. 300 do CPC/15, para quaisquer mediações e conciliações que fujam ao espectro do sistema de insolvência.

Lado outro, e retornando à discussão inicial deste ponto, cumpre destacar a não comprovação da instauração *prévia* de procedimento de mediação no caso da Light S.A, tendo o despacho inicial nomeado e intimado determinada mediadora para apresentar proposta de honorários e instauração do procedimento, que poderia sequer vir a ocorrer.

Quanto à Tutela de Urgência/ Suspensão de 60 dias, cumpre destacar, também, o fato de que, em algumas oportunidades, o prazo de 60 dias de suspensão já foi prorrogado por igual período¹⁴. Isso nos faz retomar a discussão sobre a possibilidade de as prorrogações sucessivas comprometerem o objetivo do legislador ao permitir o uso indiscriminado de uma medida judicial que deveria ter caráter excepcional versus a possibilidade de exercício do poder geral de cautela para controlar eventuais abusos à luz de casos concretos.

4 Considerações Finais

Diante do exposto, percebe-se a importância do cotejo entre a Lei e o Enunciado para suscitar discussões propícias ao sistema de insolvência, tais como a necessidade de esclarecimento da expressa “empresas em dificuldade” (Brasil, 2020, art. 20-B, inciso IV), que não depende necessariamente do preenchimento dos requisitos para a recuperação judicial (art. 20-B, §1º). É importante destacar que a caracterização de uma empresa em dificuldade é elemento novo no Direito Empresarial e carece de densidade normativa e doutrinária; a correlação do “*mini-stay*” de 60 dias e a suposta improrrogabilidade do prazo para concessão da tutela de urgência. Embora o FONAREF sugira que o prazo de suspensão de 60 dias é improrrogável, é preciso considerar caso a caso e ter a sensibilidade para embasar cada decisão, o que ao nosso ver, indica que essa questão ainda não é pacífica.

Outro ponto a ser observado é quanto à fonte de direito material ou processual a ser utilizada na medida cautelar. Nesse sentido, constata-se que o §1º do art. 20-B faz expressa menção ao art. 305 do CPC e seguintes, que dispõem apenas sobre o caráter “antecedente” da tutela cautelar requerida. É importante destacar que, embora a aplicação da cautelar “*fast track*” possa facilitar a análise, o controle de legalidade e a concessão da cautelar por 60 dias, não se pode tolher o poder geral de cautela da magistratura diante de casos concretos, nos quais estejam presentes os requisitos do art. 300 do CPC/15.

Quanto à necessidade de observância dos critérios legais para preservação da credibilidade dos MASCS e dos instrumentos de insolvência, valem algumas obser-

14 Processo nº 1022215-67.2021.8.26.0114, Requerente: Okinawa Incorporações e Construções Ltda., 9ª Vara Cível do Foro de Campinas, Distribuição em 01.06.2021, Juiz Francisco José Blanco Magdalena. Processo nº 1053832-87.2021.8.26.0100, Requerente: JRA Empreendimentos e Engenharia Ltda., 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Distribuição em 26.05.2021, Juiz Marcelo Barbosa Sacramone.

vações. Embora não existam posicionamentos uniformes sobre o preenchimento de determinados requisitos legais (tal como o novo conceito de “empresa em dificuldade”) há pressupostos¹⁵ literais e expressos em lei, a exemplo do procedimento de mediação/conciliação “já instaurado” que têm sido afastado na concessão das cautelares antecedentes. Desse modo, é importante respeitar os requisitos literais previstos na lei e, no que tange ao conceito de empresa em dificuldade, buscar ao menos uma aproximação racional com a Lei 11.101/05.

Assim, revela-se salutar a proposta do Enunciado nº 03 do FONAREF que deflagra discussões relevantes para preservar a credibilidade dos MASCs e dos instrumentos de insolvência.

Referências

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**: introduzione e teoria dell’impresa. Milano: Giuffrè, 1962.

ASQUINI, Alberto. Profili dell’impresa. **Rivista di diritto commerciale**, v. XLI, p. 7-9. Trad. Fábio Konder Comparato. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5537768/mod_resource/content/1/RDM_104_Asquni.pdf Acesso em: 3 jun. 2023.

BRAGANÇA, Gabriel José de Orleans; GUERRERO, Luis Fernando. O novo instituto da negociação prévia. In: VASCONCELOS, Ronaldo; PIVA, Fernanda Neves; BRAGANÇA, Gabriel José; HANESAKA, Thaís; SANT’ANA, Thomaz. (Coords.). **Reforma da Lei de Recuperação e Falência – Lei 14.112/2020**. São Paulo: IASP, 2021.

BRASIL. [Código de Processo Civil]. **Lei n.13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Caderno de Enunciados FONAREF**, 1. Brasília, DF: Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências; Superior Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/1o-caderno-de-enunciados-fonaref-portal.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 209, p. 1-3, 5 nov. 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original/0000008c6b8e621f08d3f356c8d7e74d.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 63, de 31 de março de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3261#:~:text=Recomenda aos Juízos com competência,coronavírus causador da Covid-19>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

15 Os autores não desconhecem a diferenciação jurídico-teórica entre requisitos e pressupostos, tal como suscitada por alguns estudiosos (Vilhena, 1973), mas para fins do presente artigo, os termos foram utilizados como sinônimos.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 71, de 5 de agosto de 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Recomendacao-712020-05082020.pdf>. Acesso em: 10 de mai de 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Brasília, DF: Presidência da República, 26 mar. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/14112.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/11101.htm. Acesso em: 17 mai. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elídio (Coords.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito Comercial**. São Paulo: PUC, [20-]. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/empresario_5b47eea559a79.pdf Acesso em: 3 jun. 2023.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas, Sistemas de Pré-Insolvência Empresarial Mediação e Conciliação Antecedentes na Lei n. 14.112/2020. In: SALOMÃO, Luiz Felipe; TARTUCE, Flávio; CARNIO, Daniel. (Coords.). **Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2021.

FONSECA, Geraldo. **Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência Comentada e Comparada**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRANSCESCHELLI, Remo. **Corso di diritto commerciale**. Milano: Giuffrè, 1944.
MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 8a. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

NAVARRO, Gabriel Wedy. Mediação e conciliação na Lei nº 11.101/2005: análise crítica. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). **Análise crítica da Lei nº 11.101/2005: recuperação judicial e falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 89-118.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O “pressuposto”, o “requisito” e a condição da na Teoria Geral do Direito e no Direito Público. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 594, Belo Horizonte, 1973. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/948/886/0> Acesso em: 6 jun. 2023.

WAISBERG, Ivo; TAVARES, Marcelo Ramos; BRUNO, Marcos Paulo de Almeida. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

WARNER, Ray. **The Urban Lawyer**, v. 20, n. 2, 1988, p. 489–99. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/27894567>. Acesso em: 31 maio 2023.







TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA