REJuriSTJ

REVISTA DE
ESTUDOS JURÍDICOS
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANO 1 - N. 01
2º semestre 2020

REJuriSTJ

Revista de Estudos Jurídicos
do Superior Tribunal de Justiça

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Agosto
2020

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO MINISTRO DIRETOR DA REVISTA

Ministro Mauro Campbell Marques	Diretor
Fernanda Teotonia Vale Carvalho	Chefe de Gabinete
Gerson Prado da Silva	Servidores
Hekelson Bitencourt Viana da Costa	
Maria Angélica Neves Sant'Ana	
Marilisa Gomes do Amaral	
Ruthe Wanessa Cardoso de Souza	Técnico em Secretariado
Francisco Rondinely Ferreira da Cruz	Mensageiro

SAFS - Quadra 6 - Lote 1 - Trecho III - Ed. dos Plenários - 2º Andar - Sala C-243
Brasília - DF - 70.095-900
www.stj.jus.br
revista@stj.jus.br
Telefone: (61) 3319-8055

Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça / Superior Tribunal de Justiça, Gabinete da Revista. – Ano 1, n. 1 (ago. 2020)-. -- Brasília : STJ, 1989-

Semestral

https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica

ISSN 2675-4851 Versão Impressa

ISSN 2675-5920 Versão Eletrônica

1. Direito, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. II. Título: REJURI.

CDU 340(81)(05)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO

Ministro João Otávio de Noronha	Presidente
Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura	Vice-Presidente Corregedora-Geral da Justiça Federal
Ministro Felix Fischer	
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto	
Ministra Fátima Nancy Andrighi	
Ministra Laurita Hilário Vaz	
Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins	Corregedor Nacional de Justiça
Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin	Diretor-Geral da ENFAM
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho	
Ministro Jorge Mussi	
Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes	
Ministro Luis Felipe Salomão	
Ministro Mauro Luiz Campbell Marques	Diretor da Revista
Ministro Benedito Gonçalves	
Ministro Raul Araújo Filho	
Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino	
Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues	
Ministro Antonio Carlos Ferreira	
Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva	
Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior	
Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi	
Ministro Marco Aurélio Bellizze Oliveira	
Ministra Assusete Dumont Reis Magalhães	Ouvidora
Ministro Sérgio Luíz Kukina	
Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro	
Ministra Regina Helena Costa	
Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz	
Ministro Nefi Cordeiro	
Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria	
Ministro Reynaldo Soares da Fonseca	
Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas	
Ministro Antonio Saldanha Palheiro	
Ministro Joel Ilan Paciornik	

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMISSÃO EXECUTIVA

André de Azevedo Machado
Fernanda Teotonia Vale Carvalho
Francisco Rondinely Ferreira da Cruz
Gerson Prado da Silva
Hekelson Bitencourt Viana da Costa
Igor Theóphilo de Lima
Maria Angélica Neves Sant'Ana
Marilisa Gomes Do Amaral
Ruthe Wanessa Cardoso de Souza

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSELHO EDITORIAL

Sr. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho Doutor	Universidade Federal do Amazonas, Brasil
Sr. Fredie Didier Doutor	Universidade Federal da Bahia, Brasil
Sr. Fernando Facury Scaff Doutor	Universidade de São Paulo, Brasil
Sr. Gilberto Bercovici Doutor	Universidade de São Paulo, Brasil
Sr. Ingo Wolfgang Sarlet Doutor	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil
Sra. Larissa Maria de Moraes Leal Doutora	Universidade Federal de Pernambuco, Brasil
Sra. Laura Schertel Ferreira Mendes Doutora	Universidade Federal de Brasília, Brasil
Sr. Luiz Guilherme Marinoni Doutor	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
Sra. Misabel de Abreu Machado Derzi Doutora	Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil
Sr. Nilton Cesar Flores Doutor	Universidade Estácio de Sá, Brasil
Sra. Paula Forgioni Doutora	Universidade de São Paulo,Brasil.
Sr. Rodrigo Reis Mazzei Pós-Doutor	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

COLABORADORES

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar
Ana Carolina Cavalcanti de Albuquerque
André Cavalcanti Erhardt
Atalá Correia
Carlos Vinícius Alves Ribeiro
Cláudia Mansani Queda de Toledo
Claudia Maria Las Casas Brito Lamas
Clèmerson Merlin Clève
Daniel Castro Gomes da Costa
Fabiano Hartmann Peixoto
Fábio André Guaragni
Fabrício Ramos Ferreira
Fernanda Heloisa
Fernando Antônio Calmon Reis
Fernando Natal Batista
Frederico Augusto Leopoldino koehler
José Fernando Simão
Juliana Villas Boas
Kássio Nunes Marques
Leonardo Gomes de Aquino
Márcio Flávio Mafra Leal
Marcus Flávio Horta Caldeira
Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto
Osmar Mendes Paixão Côrtes
Patricia Candido Alves Ferreira
Rafael Freitas Machado
Regina Célia Martinez
Roberto Carvalho Veloso
Rodrigo Pereira de Mello
Sérgio Ruy David Polimeno Valente

SUMÁRIO

Prefácio 13

O Papel Decisivo do Superior Tribunal de Justiça para o Progresso da Arbitragem no Brasil 15

Ellen Gracie Northfleet
Convidada especial para artigo inaugural

O uso da tecnologia *blockchain* para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a Lei de Liberdade Econômica 25

Fredie Souza Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira
Autores convidados

Migrações massivas no Norte do Brasil: um estudo do acordo de colaboração celebrado entre o judiciário de Roraima e o alto comissariado das Nações Unidas para refugiados 53

Alcenir Gomes de Souza
Erick Linhares

Desproporção entre contribuição econômica e poder de voto nas companhias 71

Andréia Cristina Bezerra Casquet

Os efeitos vinculantes do processo administrativo para a jurisdição: levando o processo administrativo a sério 101

Bernardo Strobel Guimarães
Caio Augusto Nazario de Souza

Economia aplicada ao direito tributário: o desenho conceitual de políticas tributárias ótimas 127

Brenno Birckholz da Silva

Saúde suplementar no STJ: regulação e judicialização se atraem? 153

Eduardo Calasans Rodrigues

A extrafiscalidade como instrumento de proteção ao meio ambiente 183

Fábio Lopes Alfaia

Aspectos constitucionais e processuais da segurança jurídico-tributária 211

Guilherme Ribas da Silva Santos
Marcos Aurélio Pereira Valadão

A inconstitucionalidade da "Vaquejada" segundo o STF e o posterior efeito *Backlash* no Congresso Nacional 239

Isabelle Almeida Vieira
Pedro Ricardo Lucietto Piccinini

Direito de retenção por benfeitorias e a posse de má-fé 267

Ivo Waisberg

Regras de conformidade e regulação: breves apontamentos sobre a governança corporativa na saúde privada do Brasil 287

José Luiz Barbosa Pimenta Junior

O uso de agrotóxico no Brasil, à luz do relatório da ONU de 2017 309

Larissa Milkiewicz

Agravo de instrumento: taxatividade mitigada, escolha pelo órgão julgador e a busca por uma interpretação sistemática 335

Luciano Henrik Silveira Vieira

Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o sistema de precedentes vinculantes 363

Luísa Alvim Monteiro de Paula

O prazo dos embargos de terceiro do artigo 792, §4º, do Código de Processo Civil 385

Luiz Gustavo Friggi Rodrigues

Novas tecnologias, problemas de informação e governança corporativa na União Europeia e Brasil 409

Lukas Ruthes Gonçalves
Pedro de Perdigão Lana

Transporte aéreo internacional: a repercussão da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal e a necessária aplicação do CDC em defesa dos interesses dos passageiros 437

Maria Luiza Baillo Targa

O direito à consulta dos povos indígenas enquanto instrumento efetivador da dignidade da pessoa humana 475

Nicole Rabelo Souto Maior
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho

Natureza empresarial do compromisso de compra e venda de unidades autônomas para constituição de condomínio-hotel e o caráter vinculante da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade 503

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Cibertrabalho: a era digital e as relações de trabalho. Desafios para uma coexistência constitucional harmônica 537

Thiago Leão Nepomuceno

Dogmática jurídica das políticas públicas: aspectos jus-epistemológicos e político-ideológicos na execução do planejamento estatal 565

Thiago Pires Oliveira

PREFÁCIO

A Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça – REJuriSTJ – foi concebida pela Instrução Normativa STJ/GP Nº 16, de 30 de agosto de 2019, e essa é a sua primeira edição. Esse periódico, cuja gestão, por disposição regimental, está a cargo do Gabinete do Ministro Diretor da Revista, nasce com a pretensão de ser uma ferramenta alternativa, a cargo do Superior Tribunal de Justiça, utilizável no fomento de debates de questões contemporâneas de alta indagação. O seu objetivo principal é tratar de proposições teóricas e acadêmicas que mesmo relacionadas à jurisprudência, não encontram no processo judicial o palco adequado para o seu pleno desenvolvimento.

Nesta Primeira Edição, Sua Excelência a Senhora Ministra Ellen Gracie Northfleet foi convidada a escrever o artigo inaugural. A relevância da judicatura exercida pela magistrada, bem como as conquistas alcançadas por todo o Judiciário, quando a presidência do STF era ocupada por notável Ministra, dispensam maiores considerações. Os votos históricos proferidos no Excelso Pretório, ditados com firmeza e conhecimento, deixaram evidente que a participação da mulher na magistratura, além de necessária ao progresso da sociedade é uma das formas de fazer a Justiça mais igualitária e mais isonômica, construindo uma sociedade melhor e liberta da misoginia e do machismo.

No artigo inaugural, cuja a temática é o acesso à justiça, a douta magistrada discorreu sobre o papel decisivo do Superior Tribunal de Justiça para o progresso do instituto da Arbitragem, como meio de solução alternativa de conflitos no Brasil.

Neste momento de nascimento, um registro precisa ser feito: o destaque da importância de todo o corpo técnico, que torna possível o nascimento desse projeto. São eles: o Conselho Editorial, formado por doze membros de altíssimo conhecimento jurídico e relevante experiência na gestão de revistas científicas, e a Comissão Executiva, equipe formada por servidores do Superior Tribunal de Justiça responsável, consoante regras do edital de chamamento público, pela admissibilidade formal dos artigos, submissão dos aprovados à avaliação às cegas e, por fim, pela editoração da obra.

Manifesto extrema gratidão a todos os membros do Conselho Editorial e da Comissão Executiva. A participação de todos foi de fundamental importância para traçarmos as bases sobre as quais a revista foi estruturada e que são aptas a lhe garantir vida longa.

Realço, ainda, a gentileza, a competência e a presteza da atuação dos Colaboradores. Se os artigos aprovados e publicados estão adequados às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas, por certo, grande parte dos méritos podem ser a eles atribuídos.

Por fim, meu especial agradecimento a todos os articulistas que confiaram em nosso trabalho e atenderam ao chamamento público. É fato ser esse um periódico ainda incipiente, mas grande é o empenho do Conselho Editorial, da Comissão Executiva e da própria gestão desse Superior Tribunal em empreender todos os esforços necessários para fazer dele uma das melhores revistas científicas a cargo do Poder Judiciário do Brasil.

Brasília, 19 de agosto de 2020.

Ministro Mauro Campbell Marques

O PAPEL DECISIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA O PROGRESSO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Ellen Gracie Northfleet

Convidada especial para artigo inaugural

O PAPEL DECISIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA O PROGRESSO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Ellen Gracie Northfleet

Ministra do Supremo Tribunal Federal de 2000 a 2011, primeira mulher a ocupar referido cargo. Exercício da presidência no biênio 2006-2008.

Quando me estendeu o honroso convite para contribuir com o primeiro número da Revista, seu Diretor, Ministro Mauro Campbell Marques, sugeriu que fosse abordado algum tema que dissesse respeito ao acesso à Justiça. Nada mais adequado do que relembrar o dedicado trabalho que o STJ tem empreendido para dar apoio ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil e para garantir efetividade às sentenças arbitrais proferidas em jurisdições estrangeiras e cuja execução se haja de fazer no Brasil. Afinal acesso à Justiça não se restringe à justiça togada e nada significa se não houver efetividade na solução dada à controvérsia, seja ela dirimida pela via jurisdicional ou arbitral.

Indubitavelmente, a partir do momento em que assumiu a jurisdição para resolver as questões que dizem respeito à arbitragem, seja na via do Recurso Especial – REsp. ou, especialmente, na da Sentença Estrangeira Contestada – SEC, o Superior Tribunal de Justiça tem produzido uma jurisprudência que é, a um só tempo, consistente e encorajadora da utilização desta forma de solução de litígios.

A concentração numa única Corte de Justiça, seja pela subida dos casos em grau de recurso, seja pelo monopólio do tratamento das questões referentes ao reconhecimento e à execução de decisões proferidas no estrangeiro teve efeito extremamente benéfico, conduzindo à significativa eficácia da jurisdição brasileira nesta matéria.

O fato é reconhecido unanimemente por doutrinadores estrangeiros, como Albert Jan van den Berg[1], e brasileiros. Por todos, cito o Prof. Carlos Alberto Carmona: *"A referida emenda à Constituição [EC nº45/2004], que entre outras reformas impostas à organização do Poder Judiciário transferiu a competência de homologar sentenças estrangeiras (estatais e arbitrais) do STF para o Tribunal da Cidadania, estimulou, no âmbito da Corte, o aprofundamento do estudo da arbitragem. O STJ passou a dar mostras de modernidade e avanço no trato de questões sensíveis, como aconteceu com a homologação de sentença arbitral estrangeira proferida sem que as partes tivessem firmado instrumento que contivesse convenção de arbitragem (a Corte entendeu, com acerto, que houve tácita concordância com a instituição da arbitragem) (SEC 856, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito) e com o reconhecimento de que empresas de economia mista podem submeter litígios a juízo arbitral (REsp. 612.439/RS, 2ª T., Rel. João Otávio de Noronha)".*[2]

A jurisprudência da Corte oferece incontáveis exemplos desta atitude encorajadora da prática da arbitragem. Veja-se a receptividade demonstrada pelo julgado que afirma: *"A requerida, ao incorporar duas outras empresas contratantes, assumiu todos os direitos e obrigações das cedentes, inclusive a cláusula arbitral em questão. A Lei de Arbitragem brasileira tem incidência imediata aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição".*[3]

---

[1] VAN DEN BERG, Albert Jan, *"The New York Convention and its application by brazilian courts"*, in Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Ed. RT, vl. 36/2013, p. 15. No mesmo sentido ROSS, Alison, *"In praise of brazilian enforcement"*, in Global Arbitration Review 7/3 (disponível em www.globalarbitrationreview.com).

[2] CARMONA, Carlos Alberto, *"Superior Tribunal de Justiça, Segurança Jurídica e Arbitragem"*, in Revista de Arbitragem e Mediação, ano 9, nº 34, julho-setembro de 2012.

[3] STJ, SEC nº 894, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 09/10/2008.

Desde logo, o STJ deixou claro que *"o excepcional controle judicial promovido por meio de ação anulatória, prevista no artigo 33 da Lei nº 9.307/1996, não pode ser utilizado como subterfúgio para se engendrar o natural inconformismo da parte sucumbente com o desfecho conferido à causa pelo Juízo arbitral, como se de recurso tratasse, com o simples propósito de revisar o mérito arbitral".*[4] Ressaltou também a Corte, sem discrepâncias que *"o controle judicial da homologação da sentença arbitral estrangeira está limitado aos aspectos previstos nos arts. 38 e 39 da Lei nº 9.307/1996, não podendo ser apreciado o mérito da relação de direito material afeto ao objeto da sentença homologanda".*[5] E, na mesma linha, tem reiterado que *"Resguardada a ordem pública e a soberania nacional, o juízo de delibação próprio da ação de homologação de sentença estrangeira não comporta exame do mérito do que nela ficou decidido."* [6]

O Tribunal se tem até mesmo antecipado em construções pretorianas que posteriormente vem sendo adotadas pelos textos legislativos.

Assim foi quando o Tribunal definiu com clareza as atribuições da justiça estatal no deferimento de tutelas cautelares antes e depois da formação do Tribunal Arbitral. Temos assistido com satisfação à estreita colaboração entre Juízos de Direito e Tribunais Arbitrais. A exatidão da mensagem exarada pelo STJ, repercutindo favoravelmente sobre a magistratura de primeiro grau, permitiu garantirem-se as partes contra eventual perecimento de direito, na pendência de formação do Tribunal Arbitral. A clareza com que se estabeleceram os limites da atuação do Poder Judiciário desencorajou também a prática de quaisquer estratégias de retardamento da abertura dos trabalhos arbitrais.

Paradigmática a decisão que concluiu: *"1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência*

---

[4] STJ TutPrv no REsp 1.660.963/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, in DJe de 29/03/19.

[5] STJ, SEC nº 14.930, Corte Especial, Rel. Min. Og Fernandes, in DJe de 27/06/19.

[6] STJ, SEC nº 4.439, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, in DJe de 19/12/2011.

da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar".[7]

A livre avaliação da prova, uma vez assegurado o princípio do contraditório, tem sido reafirmada pelo STJ, em sem número de julgados, dentre os quais destaco o seguinte exemplo: *"O exame quanto à suficiência das provas ou a necessidade de realização de determinada prova é providência que compete exclusivamente ao juiz da causa, no caso, o Tribunal Arbitral, afigurando-se corolário do princípio do livre convencimento motivado. Por consectário, o indeferimento de determinada prova, desde que idoneamente fundamentado pelo juízo arbitral, não importa em ofensa ao contraditório."*[8] Ou, ainda, *"o indeferimento de realização de prova pericial pelo juízo arbitral não configura ofensa ao princípio do contraditório, mas consagração do princípio do livre convencimento motivado, sendo incabível, portanto, a pretensão de ver declarada a nulidade da sentença arbitral com base em tal argumento, sob pena de configurar invasão do Judiciário no mérito da decisão arbitral".*[9]

---

7 STJ, REsp. 1.297.974/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 19/06/2012.

8 TutPrv no REsp. 1.660.963/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, in DJe de 29/03/19.

9 STJ, REsp. 1.500.667/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, in DJe de 19/08/16.

Com absoluta coerência, o Tribunal assentou que o ônus de provar a ocorrência de algum dos fundamentos aptos a impedir a homologação da sentença arbitral estrangeira recai sobre a parte que a ela se opõe. Assim: *"1. A lei aplicável para disciplinar a representação das partes no procedimento arbitral, bem como a forma como podem manifestar seu ingresso no referido procedimento, é a lei a que as partes se submeteram ou, na falta dela, à do país onde a sentença arbitral foi proferida, cumprindo à parte demandada o ônus de demonstrar a violação a esses preceitos normativos. É o que dispõem a Lei 9.307/96 (art. 38, II) e a Convenção de Nova Iorque (art. V, 1, a)".*[10]

O exame de validade da cláusula arbitral encontra-se, segundo a firme jurisprudência do STJ, na esfera de deliberação do Tribunal Arbitral, como quando expressou que *"não é possível acolher a tese de nulidade da convenção de arbitragem por estar inserida em contrato de adesão, pois não cabe ao STJ o exame da validade de tal cláusula quando a própria sentença arbitral a pressupôs válida".* [11] Ou ainda: *"Em procedimento arbitral, são os próprios árbitros que decidem , com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória – Princípio da kompetenz-kompetenz".*[12] Na mesma linha, mais recentemente, o Tribunal afirmou: *"o princípio Kompetenz-Kompetenz, positivado no art. 8º, § único da Lei nº 9.307/96, determina que a controvérsia acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deve ser resolvida, com primazia, pelo juízo arbitral, não sendo possível antecipar essa discussão perante a jurisdição estatal".*[13]

Antecipando-se a outras jurisdições, o STJ solveu com proficiência hipótese de convivência entre juízo arbitral e juízo estatal de recuperação judicial de empresa. A decisão estabeleceu que *"as jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível*

---

10 STJ, SEC nº 3.709, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, in DJe de 29/06/12.

11 STJ, SEC nº 11.106, Corte Especial, Rel. Min. Herman Benjamin, in DJe de 21/06/2017.

12 STJ, CC 157.099/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 30/10/2018.

13 STJ, REsp. 1.598.220, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, in DJe de 01/07/2019.

sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta".[14]

Igualmente, *avant la lettre*, o STJ assegurou a validade de compromisso arbitral em contrato administrativo, mesmo na ausência de disposição editalícia que o previsse: *"Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame".*[15]

A extensão dos efeitos da cláusula arbitral a partes não signatárias, nos casos de desconsideração de personalidade jurídica, matéria ainda bastante controvertida na doutrina, encontrou a seguinte solução em julgado proferido no REsp. nº 1.698.730/SP: *"Esse consentimento à arbitragem, ao qual se busca proteger, pode apresentar-se, não apenas de modo expresso, mas também na forma tácita, afigurando possível, para este propósito, a demonstração, por diversos meios de prova, da participação e adesão da parte ao processo arbitral, especificamente, na relação contratual que o originou. O consentimento tácito ao estabelecimento da arbitragem há de ser reconhecido, ainda, nas hipóteses em que um terceiro, utilizando-se de seu poder de controle para a realização do contrato, no qual há a estipulação de compromisso arbitral, e, em abuso da personalidade jurídica interposta, determina tal ajuste, sem dele figurar formalmente, com o manifesto propósito de prejudicar o outro contratante, evidenciado, por exemplo, por atos de dissipação patrimonial em favor daquele. 3.2 Em tal circunstância, se prevalecer o entendimento de que o compromisso arbitral somente produz efeitos em relação às partes que formalmente o subscreveram, o processo arbitral servirá de escudo para evitar*

---

[14] STJ, CC 157.099/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 30/10/2018.

[15] STJ, REsp. 904.813, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 28/02/12.

a responsabilização do terceiro que laborou em fraude, verdadeiro responsável pelas obrigações ajustadas e inadimplidas, notadamente se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica – remédio jurídico idôneo para contornar esse tipo de proceder fraudulento – não puder ser submetido ao juízo arbitral. 3.3 É preciso atentar que, com exceção de questões relacionadas a direitos indisponíveis, qualquer matéria – naturalmente, afeta à relação contratual estabelecida entre as partes –, pode ser submetida à análise do Tribunal arbitral, que a decidirá em substituição às partes, com o atributo de definitividade. O pedido de desconsideração da personalidade jurídica não refoge a essa regra, a pretexto de atingir terceiros não signatários do compromisso arbitral. 3.4 No contexto de abuso da personalidade jurídica, fraude e má fé da parte formalmente contratante, afigura-se possível ao Juízo arbitral – desde que provocado para tanto, após cuidadosa análise da pertinência das correlatas alegações, observado o contraditório, com exauriente instrução probatória (tal como se daria perante a jurisdição estatal) –, deliberar pela existência de consentimento implícito ao compromisso arbitral por parte desse terceiro, que, aí sim, sofreria os efeitos subjetivos de futura sentença arbitral. Afinal o consentimento formal exigido na arbitragem, que tem por propósito justamente preservar a autonomia dos contratantes (essência do instituto), não pode ser utilizado para camuflar a real vontade da parte, por ela própria dissimulada deliberadamente".[16]

Também as hipóteses em que a cláusula compromissória aparece em apenas um dentre vários contratos coligados encontraram superior solução no STJ, quando afirmou que *"o contrato reputado como principal determina as regras que deverão ser seguidas pelos demais instrumentos que a este se ajustam, não se mostrando razoável que uma cláusula compromissória inserta naquele não tivesse seus efeitos estendidos aos demais".*[17]

Foi a liderança progressista assumida pelo STJ no tratamento do instituto da arbitragem que determinou a formação de uma Comissão do Senado para redação de propostas de revisão à Lei 9.307/1996, sob a

---

16 STJ, REsp. 1.698.730/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, in DJe de 21/05/18.

17 STJ, REsp. 1.639.035/SP, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, in DJe de 15/10/2018.

liderança de um dos membros da Corte, o Min. Luis Felipe Salomão. Dos trabalhos da Comissão resultaram propostas que culminaram em ampliação do âmbito de aplicação da arbitragem[18], na adoção da solução pretoriana relativamente às tutelas de urgência[19], na cooperação entre instâncias arbitral e estatal, com a regulamentação da carta arbitral, entre outras. A resultante Lei 13.129, em vigor desde 27/07/2015 previu expressamente a aplicação da arbitragem aos conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, resguardada a publicidade e com proibição a decisões por equidade. A atenção despertada sobre os temas que receberam tratamento legislativo, resultou, afinal em nova onda de formalização representada pela edição de outros diplomas, tanto no âmbito federal, quanto estadual e municipal[20].

A Corte continuará a se debruçar sobre as necessidades interpretativas de todas estas novas regras. Ao fazê-lo, dará continuidade ao trabalho de orientação segura para as instâncias inferiores, garantindo a segurança jurídica tão necessária ao desenvolvimento do país.

---

[18] A arbitrabilidade subjetiva das sociedades de economia mista já havia sido assegurada, entre outros, no REsp. 904.813/PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrigui, in DJe de 28/02/12.

[19] Questão já resolvida pela jurisprudência a partir do REsp. 1.297.974/RJ, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 19/06/12.

[20] Cita-se a Lei nº 13.867/2019, que possibilita a opção pela mediação ou pela arbitragem para definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública; o Decreto nº 10.025/2019 que dispõe sobre a utilização da arbitragem nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário; o Decreto do Estado de São Paulo nº 64.356/2019 que dispõe sobre o uso da arbitragem na resolução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis em que o Estado de São Paulo seja parte.

O USO DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* PARA ARQUIVAMENTO DE DOCUMENTOS ELETRÔNICOS E NEGÓCIOS PROBATÓRIOS SEGUNDO A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Fredie Souza Didier Júnior
Rafael Alexandria de Oliveira
Autores Convidados

O USO DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* PARA ARQUIVAMENTO DE DOCUMENTOS ELETRÔNICOS E NEGÓCIOS PROBATÓRIOS SEGUNDO A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA[1]

THE USE OF BLOCKCHAIN TCHNOLOGIE TO DOCUMENT FILING AND PROBATIVE AGREEMENTS ACCORDING TO BRAZILIAN 'ECONOMIC FREEDOM' LAW

Fredie Souza Didier Júnior
Rafael Alexandria de Oliveira

RESUMO

Este artigo pretende demonstrar que a Lei n. 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) ampliou a possibilidade do uso de documentos eletrônicos, além de discutir questões relativas à segurança e confiabilidade desses documentos e identificar na legislação hipótese típica de negócio jurídico sobre prova. Por fim, apresenta a possibilidade do uso da tecnologia *blockchain* como forma de garantir a autenticidade, integridade e confidencialidade de documentos eletrônicos, sejam eles públicos ou particulares.

PALAVRAS-CHAVE: *BLOCKCHAIN*. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS. LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that Law n. 13.874/2019 (Economic Freedom Act) expanded the possibility of using electronic documents, and to discussing issues related to the security and reliability of these documents and identifying in the legislation typical hypothesis of agreement on evidence. Finally, it presents the possibility of

using blockchain technology as a way to guarantee the authenticity, integrity and confidentiality of electronic documents, whether public or private.

KEYWORDS: *BLOCKCHAIN. ELECTRONIC DOCUMENTS. ECONOMIC FREEDOM ACT.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Lei de Liberdade Econômica e a ampliação do uso do documento eletrônico: armazenamento em meio eletrônico de documentos públicos ou privados. 3. Documento eletrônico: a questão da segurança e da confiabilidade. 4. A presunção de autenticidade, integridade e confidencialidade do documento eletrônico certificado no padrão da ICP-Brasil. 5. A previsão de hipótese típica de negócio jurídico sobre prova. 6. *Blockchain* – 6.1. O que é *blockchain*; 6.2. Segurança e imutabilidade; 6.3. Transparência; 6.4. *Blockchain* como prova atípica; 6.5. *Blockchain* como forma de garantir a autoria, integridade e confidencialidade de documento eletrônico. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) ampliou a possibilidade de utilização do documento eletrônico de duas formas: *(i)* ao alterar a redação do art. 2º-A da Lei n. 12.682/2012, passou a autorizar o armazenamento, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, de documentos privados e também de documentos públicos; *(ii)* equiparou a digitalização[2] ao próprio documento em suporte de papel, desde que atendidos a técnica e os requisitos estabelecidos em regulamento (art. 3º, X, Lei n. 13.874/2019[3]).

Essas alterações estão em conformidade com o movimento de desburocratização da Administração Pública que vem sendo implementado por sucessivos atos normativos – como, por exemplo, a Lei n. 13.460/2017, a Lei n. 13.726/2018 e a Lei 12.682/2012. Esse movimento abrange também os métodos de documentação, inclusive os métodos de documentação aplicáveis às relações entre particulares.

A consequência disso, no âmbito dos métodos de documentação, é uma crescente utilização dos documentos eletrônicos em substituição a outras formas de armazenamento de dados e de imagens, especialmente em substituição aos documentos em suporte de papel.

O propósito deste artigo é tratar da *blockchain* como meio atípico de comprovação da autoria, integridade e confidencialidade de documentos particulares ou públicos, a partir da hipótese típica de negócio jurídico sobre prova previsto no art. 18 da Lei n. 13.874/2019 c/c art. 10, §2º, da Medida Provisória n. 2.200-2/2001.

2. A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E A AMPLIAÇÃO DO USO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO: ARMAZENAMENTO EM MEIO ELETRÔNICO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS OU PRIVADOS

A Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (e foi a antecessora da Lei de Liberdade Econômica), já havia acrescentado o art. 2º-A à Lei n. 12.682/2012. No *caput* desse art. 2º-A, a MP 881 autorizava "o armazenamento, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, *de documentos privados*, compostos por dados ou por imagens, observado o disposto nesta Lei, nas das demais legislações específicas e no regulamento" (acrescentamos o itálico).

O art. 10 da Lei de Liberdade Econômica alterou esse art. 2º-A acrescentado pela MP 881 à Lei n. 12.682/2012. Com a mudança, o *caput* passou a autorizar "o armazenamento, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, *de documentos públicos ou privados*, compostos por dados ou por imagens, observado o disposto nesta Lei, nas legislações específicas e no regulamento" (acrescentamos o itálico).

A alteração é sensível: acrescentou-se a possibilidade de, para todos os fins, os documentos públicos serem, também eles, armazenados em meio eletrônico, óptico ou equivalente.

A distinção entre documento público e privado parte da análise de quem seja o autor do documento (DIDIER JR. et al, 2020): "será público quando o seu autor *imediato* for agente investido de função pública, e quando a formação do documento se der no exercício desta função […]. Será, ao contrário, particular o documento quando sua autoria *imediata* se dê por ação de um particular ou mesmo de um funcionário público (desde que este não se encontre no exercício de suas funções)" (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 245-246).

A redação atual do *caput* do art. 2º-A da Lei n. 12.682/2012 harmoniza com o art. 3º, X, da Lei de Liberdade Econômica, que reconhece a toda pessoa, natural ou jurídica, o direito essencial de "arquivar *qualquer documento* por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, hipótese em que se equiparará a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público" (acrescentamos o itálico).

O armazenamento (ou arquivamento) em meio eletrônico de documento público ou privado é técnica que se aplica tanto aos documentos novos, criados já em formato de código digital, quanto aos documentos criados em suporte de papel cuja imagem venha a ser digitalizada e convertida para o formato de código digital (art. 1º, par. ún., Lei n. 12.682/2012).

A digitalização constitui, pois, uma forma de converter o documento em suporte de papel num documento eletrônico, a fim de que ele passe a ser armazenado (ou arquivado) em meio eletrônico.

Conforme visto, nos termos do art. 3º, X, da Lei de Liberdade Econômica, desde que atendidos técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, o documento eletrônico produto da digitalização se equipara ao "documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público"; isso vale "inclusive para atender ao poder fiscalizatório do Estado" (art. 2º-A, §2º, Lei n. 12.682/2012).

A eficácia desse art. 3º, X, está condicionada à regulamentação (art. 18, *caput*), mas alguns parâmetros já constam na Lei n. 12.682/2012, na Medida Provisória n. 2.200-2/2001 e também na própria Lei de Liberdade Econômica (art. 18, I e II).

O art. 18 da Lei de Liberdade Econômica prevê que: *(i)* se o documento digitalizado for particular, qualquer meio de comprovação da autoria, integridade e, se necessário, confidencialidade de documentos em forma eletrônica é válido, desde que escolhido de comum acordo pelas partes ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento; *(ii)* independentemente de aceitação, o processo de digitalização que empregar o uso da certificação no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) terá garantia de integralidade, autenticidade e confidencialidade para documentos públicos e privados.

Todos esses parâmetros precisam ser observados pelo regulamento.

Conforme o art. 2º-A, §1º, da Lei n. 12.682/2012, após a digitalização, constatada a integridade do documento digital nos termos estabelecidos no regulamento, o original poderá ser destruído, ressalvados os documentos de valor histórico, cuja preservação observará o disposto na legislação específica. Quanto aos documentos referentes a operações e transações realizadas no sistema financeiro nacional, a aferição de integridade do documento eletrônico e as hipóteses em que o documento original pode ser destruído devem ser regulamentadas em ato do Conselho Monetário Nacional (art. 2º-A, §6º, Lei n. 12.682/2012).

O dever de guarda dos documentos armazenados em meio eletrônico, tenham sido eles criados já como código digital ou sejam fruto de digitalização de documento em suporte de papel, termina com o exaurimento dos respectivos prazos de decadência ou de prescrição das situações jurídicas que deles emanam[4], momento em que se faculta sejam eles eliminados (art. 2º-A, §3º, Lei n. 12.682/2012).

3. DOCUMENTO ELETRÔNICO: A QUESTÃO DA SEGURANÇA E DA CONFIABILIDADE

A valorização do meio eletrônico para fins de documentação de fatos e declarações de vontade está em conformidade com o avanço tecnológico e com a forma pela qual as relações jurídicas vêm sendo constituídas atualmente. É crescente, por exemplo, o uso de aplicativos em dispositivos móveis para o registro de ideias e de manifestações de vontade (como os aplicativos de mensagem)[5], para a realização de transações financeiras (como os aplicativos de instituições financeiras) – em alguns casos, a senha pessoal é até substituída por recursos de biometria, como o reconhecimento facial – e para a celebração de *smart contracts* (como nos aplicativos de transporte, de aluguel de bicicletas ou patinetes, ou de *delivery* de comidas ou de compras feitas em ambiente *online* etc.).

Há, por isso mesmo, uma preocupação constante quanto ao grau de segurança e de certeza que se pode ter em relação à *autenticidade* dos documentos eletrônicos, que permite identificar a sua autoria, e à sua *integridade*, que permite garantir a inalterabilidade do seu conteúdo. Somente a certeza quanto a esses dados é que pode garantir a eficácia probatória desses documentos[6].

O problema é que, pelo seu próprio conceito (sequência de *bits* representativa de um fato), já se vê que a maior e melhor característica do documento eletrônico – que é a sua versatilidade, ou flexibilidade, na medida em que, em segundos, ele pode ser formado e utilizado, mediante envio pela Internet, em qualquer lugar do mundo – é também a porta para possíveis adulterações, o que infirma a sua integridade e, pois, a sua eficácia probatória.

Têm sido desenvolvidas técnicas que buscam dar maior segurança e confiabilidade aos documentos eletrônicos. Normalmente essas técnicas vinculam a garantia da autenticidade à integridade do conteúdo do documento, de modo que, alterado o seu conteúdo, desfaz-se a vinculação entre este novo conteúdo (alterado) e o autor do documento originário.

São várias as técnicas, que podem conferir maior ou menor segurança, a depender do tipo.

Tem-se, por exemplo (MARQUES, 2005): *(i)* a assinatura digitalizada (que não se confunde com a assinatura digital), que nada mais é que uma imagem da assinatura autógrafa, a qual pode ser lançada no documento para identificar a sua autoria; *(ii)* as firmas biométricas, que permitem reconhecer a autoria de uma declaração a partir das características físicas do seu emitente (o formato do rosto, a íris dos olhos, a impressão digital, o timbre de voz etc.), muito utilizadas por aplicativos instalados em *smartphones* com ferramentas de detecção de impressão digital ou de reconhecimento facial; *(iii)* as senhas pessoais, como o PIN (*Personal Identification Number* ou Número de Identificação Pessoal), a *Password* (palavra de aprovação) e a *Passphrase* (frase de passagem ou aprovação), comuns nos terminais bancários, nas transações eletrônicas etc.; *(iv)* a esteganografia, que transforma o documento em um código (espécie de criptografia) e lhe agrega um elemento marcante, semelhante a uma marca d'água; dentre outras.

A técnica mais segura de que hoje se tem conhecimento é a *criptografia*. Por essa técnica, a declaração (mensagem) é cifrada e transformada num código ininteligível àquele que não conhece o padrão para a decifração. O padrão utilizado para cifrar ou decifrar as mensagens é denominado de *chave*. Somente quem a conhece é que pode ter acesso ao conteúdo da mensagem[7].

Atualmente, a criptografia usa conceitos matemáticos extremamente complexos (os *algoritmos*) como chave para cifrar as mensagens. Essas chaves, no entanto, não codificam letras ou números, mas os próprios *bits* que compõem a sequência do documento eletrônico (MARQUES, 2005; LAGO JR., 2001).

Há duas formas de criptografia: a criptografia *simétrica* e a *assimétrica*.

Como ensina Antônio Lago Jr., "o uso da *criptografia simétrica*, também chamada de criptografia de chave privada, requer que o destinatário da mensagem conheça o algoritmo usado para cifrar o seu conteúdo, caso contrário, ficará impossibilitado de decifrar a mensagem, ou seja, o destinatário da mensagem deve ter acesso à chave utilizada pelo remetente" (LAGO JR., 2001, p. 35-36). Esse método é frágil em termos de segurança, na medida em que a chave utilizada para decifrar a mensagem é a mesma utilizada para cifrá-la. Assim, sendo ela conhecida pelo receptor, não se pode garantir que ele não venha utilizá-la para cifrar novas mensagens, fazendo-se passar pelo autor da mensagem originária. Isso infirmaria, como se pode ver, talvez não a autenticidade da mensagem recebida, mas de tantas outras que, a partir da chave conhecida, pudessem vir a ser formadas.

Já a *criptografia assimétrica* é uma das técnicas capazes de conferir maior segurança quanto à autenticidade e integridade do conteúdo do documento eletrônico. Como explica Augusto Marcacini:

> A criptografia assimétrica, ao contrário da convencional (que pede a mesma chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem), utiliza *duas* chaves, geradas pelo computador. Uma das chaves dizemos ser a *chave privada*, a ser mantida em sigilo pelo usuário, em seu exclusivo poder, e a outra, a *chave pública*, que, como sugere o nome, pode e deve ser livremente distribuída. Estas duas chaves são dois números que se relacionam de tal modo que uma desfaz o que a outra faz. Encriptando a mensagem com a chave pública, geramos uma mensagem cifrada *que não pode ser decifrada com a própria chave pública que a gerou*. Só com o uso da chave privada poderemos decifrar a mensagem que foi codificada com a chave

> pública. E o contrário também é verdadeiro: o que for encriptado com o uso da chave privada, só poderá ser decriptado com a chave pública. (MARCACINI, 1999)

A chave privada, utilizada por aquele que formou o documento eletrônico, gera uma assinatura digital, que permite a identificação do seu autor. Essa assinatura digital pode ser conferida a partir do uso da chave pública. Não se trata, contudo, de um sinal visível, como o é a assinatura manuscrita, mas de uma sequência numérica a que o programa de computador chega a partir de fórmulas matemáticas. A assinatura digital será diferente para cada documento gerado por uma determinada chave privada, mas sempre estará vinculado a ela, o que garante a prova da autenticidade do documento.

Além de essa chave privada poder atestar a autenticidade do documento, ela ficará vinculada ao seu conteúdo, de modo que qualquer alteração superveniente tornará, automaticamente, ineficaz a assinatura digital outrora lançada. Com isso, embora seja possível a alteração do conteúdo do documento guardado pela criptografia assimétrica, essa alteração não mais vinculará o seu autor originário (MARCACINI, 1999)[8]. Em outras palavras: a integridade do documento é garantida em relação ao seu autor; não sendo possível identificá-lo, tem-se aí um indício de que o documento foi alterado.

Como se viu, somente a chave pública distribuída por uma determinada pessoa pode ser utilizada para decifrar a mensagem codificada pelo titular da respectiva chave privada. Mas aí surge um novo problema: "qualquer um poderia gerar um par de chaves e atribuir-lhe o nome de qualquer pessoa, existente ou imaginária. A autenticidade do documento eletrônico é conferida sem dificuldade por qualquer usuário de computador, com o uso do programa de criptografia e de posse da chave pública do seu subscritor. Mas, e se a própria chave pública não for autêntica? Esta conferência o programa não tem como realizar. O que fazer, então, para contornar o problema?" (MARCACINI, 1999). Nesse caso, a assinatura digital apontaria, como autor do documento, uma determinada pessoa, distinta da que efetivamente formara o documento.

"Para evitar, então, essa fraude, instituiu-se a *certificação digital*, onde a identidade do proprietário das chaves é previamente verificada

por uma terceira entidade de confiança dos interlocutores, que terá a incumbência de certificar a ligação entre a chave pública e a pessoa que a emitiu, como também a sua validade" (MARQUES, 2005). Essa terceira entidade a que alude Antônio Terêncio Marques, responsável pela certificação digital da identidade do proprietário das chaves e pela divulgação ao público das chaves públicas válidas, é a chamada *autoridade certificadora*[9].

4. A PRESUNÇÃO DE AUTENTICIDADE, INTEGRIDADE E CONFIDENCIALIDADE DO DOCUMENTO ELETRÔNICO CERTIFICADO NO PADRÃO DA ICP-BRASIL

No intuito, dentre outras coisas, de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica dos documentos eletrônicos, a Medida Provisória n. 2.200-2/2001 instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil (art. 1º), composta por uma autoridade vinculada ao Comitê Gestor por ela criado e pela cadeia de autoridades certificadoras (art. 2º).

A regulamentação legal veio para viabilizar meios de tornar ainda mais segura a utilização dos documentos eletrônicos protegidos por criptografia assimétrica. A sua eficácia probatória, quando produzido com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, é a mesma dos documentos públicos e particulares, presumindo-se verdadeiros em relação aos signatários (art. 10, *caput* e § 1º, MP n. 2.200-2/2001).

Quando se trata de digitalização de documentos em papel, o art. 3º da Lei n. 12.682/2012 prescreve que o processo de digitalização deve ser realizado de forma a manter a integridade, a autenticidade e, se necessário, a confidencialidade do documento digital, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). Nesses mesmos termos, a Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) estabelece a presunção de que o processo de digitalização do documento de papel, público ou particular, que empregar o uso da certificação no padrão da ICP-Brasil terá garantia de integralidade, autenticidade e confidencialidade (art. 18, II).

5. A PREVISÃO DE HIPÓTESE TÍPICA DE NEGÓCIO JURÍDICO SOBRE PROVA

A certificação no padrão da ICP-Brasil pode ser substituída por outro método de certificação escolhido em comum acordo pelas partes ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. Em linha de princípio, isso é expresso apenas em relação aos documentos particulares, conforme se vê no art. 18, I, da Lei de Liberdade Econômica: "*para documentos particulares*, qualquer meio de comprovação da autoria, integridade e, se necessário, confidencialidade de documentos em forma eletrônica é válido, desde que escolhido de comum acordo pelas partes ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento" (acrescentamos o itálico).

O art. 2º-A, §8º, da Lei n. 12.682/2012, acrescentado pela Lei n. 13.874/2019, prescreve que "para a garantia de preservação da integridade, da autenticidade e da confidencialidade de *documentos públicos* será usada certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil)".

Uma leitura apressada desse art. 2º-A, §8º, da Lei n. 12.682/2012 e do art. 18, I, da Lei n. 13.874/2019 poderia dar a entender que a certificação dos documentos públicos somente é possível se utilizado o padrão da ICP-Brasil.

Sucede que o art. 10, §2º, da MP n. 2.200-2/2001, responsável por instituir a ICP-Brasil, prescreve que, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos tratados na Medida Provisória se consideram públicos ou particulares (art. 10, *caput*), a depender da sua autoria. Já o §2º estabelece que "o disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento".

Fica muito claro, portanto, que o sistema normativo não estabelece a certificação digital no padrão da ICP-Brasil como *método exclusivo* para garantir a preservação da integridade, da autenticidade e da confidencialidade dos documentos eletrônicos. Apenas há, como já visto no item anterior, uma *presunção* de que o uso da certificação no padrão

da ICP-Brasil implica esse tipo de garantia para documentos públicos e privados (art. 18, II, Lei n. 13.874/2019), bem como que, *a princípio*, quanto aos documentos públicos, essa garantia decorre da certificação digital no padrão da ICP-Brasil (art. 2º-A, §8º, da Lei n. 12.682/2012).

É possível, porém, que outros meios de comprovação de autoria, de integridade e de confidencialidade de documentos eletrônicos sejam utilizados para essa finalidade, desde que isso seja "admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento". O §2º do art. 10 da MP n. 2.200-2/2001 não diferencia entre documentos públicos e particulares; o *caput* do art. 10 prescreve, inclusive, e como visto, que os documentos eletrônicos tanto podem ser públicos como particulares.

Conjugando-se, pois, o art. 18, I, da Lei n. 13.874/2019 com o art. 10, §2º, da MP n. 2.200-2/2001, temos que o sistema normativo contém hipótese típica de negócio jurídico sobre prova, consistente no acordo quanto ao método de certificação da autoria, integridade e confidencialidade do documento eletrônico, seja ele público ou particular.

Nesse cenário, nada impede que se convencione, por exemplo, o uso da *blockchain* como método de certificação da autoria, integridade e confidencialidade do documento eletrônico.

6. *BLOCKCHAIN*

6.1. O que é *blockchain*

Blockchain é palavra em língua inglesa que significa *cadeia de blocos*.

Esse é o nome usado, ao mesmo tempo, para *(i)* designar uma *base de dados distribuída* e também para *(ii)* designar a *tecnologia que mantém as múltiplas cópias dessa base de dados operando em sincronia umas com as outras*, de modo que estejam sempre atualizadas (informação verbal)[10]. Vejamos.

Blockchain é uma base de dados distribuída.

Quando pretendemos obter informação sobre determinado imóvel, nós buscamos essa informação no Registro de Imóveis da cidade – o Registro de Imóveis centraliza as informações sobre imóveis existentes em determinada região. Quando pretendemos obter informação sobre antecedentes criminais de determinado sujeito, nós buscamos essa informação no Setor de Distribuição das Justiças Estadual e Federal – o Setor de Distribuição centraliza as informações sobre processos pendentes. Quando pretendemos obter informação sobre o nosso saldo na conta bancária, nós acessamos o sistema eletrônico do banco – o nosso banco centraliza as informações sobre a nossa conta bancária. Por fim, quando pretendemos obter informação sobre um determinado assunto que seja do nosso interesse, é comum procurarmos essa informação no *site* do *Google* – o *Google* é uma ferramenta que centraliza muitas informações sobre assuntos variados cujo acesso está disponível na *internet*.

Todos esses são exemplos de bases de dados concentradas, não distribuídas, que dependem sempre de um servidor ou de um intermediário para que possam ser acessadas. Se houver um incêndio na sede do Registro de Imóveis, perdem-se os registros ali arquivados; se for feriado, provavelmente não será possível obter a certidão de antecedentes criminais no Setor de Distribuição das Justiças Estadual e Federal; se houver um ataque de *hackers*, podemos ter problemas com as informações contidas no sistema bancário; se o grupo de pessoas que comanda o *Google* resolvesse desligar seus servidores, perderíamos o acesso a essa importante ferramenta de consulta à base de dados da *internet*.

A ideia subjacente à *blockchain* é a de que a informação deve ser registrada em *múltiplos servidores*, de modo que é desnecessário existir um intermediário – o Registro de Imóveis, o Setor de Distribuição, o banco, o *Google* – para que possamos acessar essa informação. Essa ideia se concretiza por meio do *compartilhamento* (distribuição) da informação – também chamada de *consenso distribuído*.

Uma informação registrada na *blockchain* não fica em apenas um lugar, nem depende de um intermediário para ser acessada. Ela é distribuída entre os inúmeros computadores que compõem a rede (denominados "nós"), de modo que fica registrada em todos eles.

Isso assegura a plena acessibilidade das informações registradas na *blockchain*, que podem ser consultadas 24 horas por dia, 365 dias por ano. Se um "nó" (computador da rede) estiver desligado ou tiver problemas porque sofreu um ataque *hacker*, haverá outro funcionando e a informação estará lá.

A ideia por trás da *blockchain* é a descentralização do controle, registro e gestão. No sistema tradicional, isso fica na mão de um intermediário (o banco, por exemplo); no sistema *blockchain*, fica na mão de todos.

Mas não basta distribuir a informação como forma de mantê-la acessível; é preciso mantê-la acessível e *atualizada*.

A *blockchain* é, como dito, não apenas uma base de dados distribuída como também uma tecnologia que permite que toda a informação distribuída se mantenha atualizada e em sincronia.

A *blockchain* é uma espécie de Diário[11], onde as informações são lançadas e vão sendo atualizadas a cada período de tempo. A cada momento – em média, a cada dez minutos –, uma nova página é acrescentada a esse Diário, contendo novas e atualizadas informações; a essa nova página se dá o nome de "bloco" (*block*). A rede vai sendo periodicamente atualizada e cada nova página (*block*) deve ser reconhecida como verdadeira pela base de usuários (chamados "nós"), que vai guardando registro dessa nova realidade.

Para que a informação seja registrada na rede, a *blockchain* exige que um determinado desafio matemático seja resolvido pelo usuário. Ou seja, o usuário só consegue registrar essa nova página do Diário (*block*) se resolver um problema matemático. A solução desse desafio requer muito esforço computacional, de modo que o caminho mais fácil é o computador ficar arriscando números aleatórios como resposta. A partir do momento em que acerta a resposta, ele adquire o direito de propagar para toda a rede uma base de informações.

Esse esforço computacional para vencer o desafio matemático e registrar um novo bloco de informações na rede é considerado um *serviço* e é recompensado com pagamento em *Bitcoin* – a essa atividade se deu

o nome de *mineração*[12]. Minerador é, pois, o usuário da *blockchain* que põe a sua capacidade de processamento (seus computadores, ou "nós") a serviço da rede, registrando novos blocos de informações. Se você não tem capacidade de processamento para lançar tais registros, pode contratar quem o tenha e suas informações serão registradas na *blockchain*.

A partir do momento em que uma nova página é adicionada ao "Diário" – continuemos com a nossa metáfora –, há uma sincronização de dados e validação de conteúdo, de forma que toda a base de dados distribuída passa a exibir os mesmos registros – é como se todos pudessem ter a chance de ser oficial do Registro de Imóveis e pudessem, vencendo o desafio matemático, registrar a venda de um determinado imóvel, lançando-a no "Diário" que é a *blockchain* e que está distribuído entre os inúmeros "nós" que compõem a rede.

A *blockchain* não é uma rede única.

É possível que haja várias redes baseadas na tecnologia *blockchain* – a rede usada para o registro de transações em *Bitcoins* é um exemplo de rede baseada em tecnologia *blockchain*. Nada impede que se construa uma rede *blockchain* para que os funcionários de uma determinada empresa multinacional compartilhem documentos de trabalho. Também é possível a construção de uma rede *blockchain* para que membros de determinado partido ou associação votem em candidatos a determinados cargos.

A plataforma *Ethereum*[13], por exemplo, permite que várias aplicações sejam construídas com base na tecnologia *blockchain*. Trata-se de grande aliado do uso da *blockchain* para o registro de informações que vão além de transações com *Bitcoins*. Essa rede se atualiza de modo ainda mais rápido que a *blockchain* do *Bitcoin* – a cada 12 segundos (MELO, 2018), e não a cada 10 minutos – e assegura o mesmo grau de confiabilidade.

6.2. Segurança e imutabilidade

A informação registrada na *blockchain* é considerada imutável e segura, porque, embora não seja imune à fraude, é muito custoso adulterá-la e, em certo ponto, a fraude passa a ser tecnicamente impossível para

os padrões computacionais de hoje. Isso se dá porque cada nova página (*block*) que se acrescenta ao Diário contém informações sobre as páginas anteriores, às quais se liga de forma encadeada. Assim, sempre que um novo bloco é validado consensualmente na rede, é como se todos os blocos que o antecedem fossem novamente validados.

É exatamente daí que vem o nome *blockchain*: cadeia de blocos.

Para que alguém consiga inserir uma informação falsa na rede *blockchain* é preciso que esse alguém detenha um poder de processamento computacional maior que 50% dos computadores ligados à rede. A questão aí é de probabilidade matemática: quanto menor o poder de processamento de dados, menor a chance de vencer o desafio matemático proposto e, portanto, menor a chance de ser o registrador da vez. O problema é que, segundo estimativa, para alcançar esse poder de processamento computacional maior que 50% dos computadores ligados à rede, seria necessário que o sujeito fraudador tivesse uma capacidade de processamento igual a cerca de 50 vezes a capacidade de processamento do *Google* (informação verbal)[14]. Ainda que existisse um servidor, ou conjunto de servidores, com uma capacidade de processamento tão expressiva, é difícil acreditar que ele seria colocado a serviço desse tipo de fraude.

Por outro lado, é também improvável que alguém consiga alterar informações já inseridas na *blockchain*. Para fazer isso, precisaria não apenas alterar o registro do bloco (página) em que a informação estivesse inserida, como também alterar o registro de todos os blocos subsequentes a ela, já que eles guardam e validam a informação dos blocos precedentes.

Se o bloco atual é, por exemplo, o 243 (p. ex., a página 243 do "Diário") e o sujeito quer alterar uma informação contida no bloco 157 (p. ex., na página 157 do "Diário"), ele vai precisar resolver o desafio matemático para alterar o bloco 157, o bloco 158, o bloco 159... e assim sucessivamente, até o bloco atual (informação verbal)[15]. É como alguém que pretende inserir um documento num processo em autos físicos e precisa renumerar todas as folhas subsequentes sem deixar rastros.

Sucede que, se já é difícil vencer o desafio matemático para registrar *um bloco*, ainda mais difícil é vencer sucessivos desafios

matemáticos, um na sequência do outro, a ponto de conseguir registrar todos os blocos fraudados.

Segundo análise de segurança feita por Satoshi Nakamoto, aquele que é considerado o inventor do *bitcoin*, é tecnicamente inviável, segundo os padrões tecnológicos atuais, que alguém consiga alterar *seis blocos* em sequência (informação verbal)[16] – o que significa que as informações registradas há mais de seis blocos (ou páginas) se tornam tecnicamente imutáveis; ou, sob a perspectiva de tempo, considerando que a cada dez minutos um novo bloco é registrado na rede, a informação registrada na rede há mais de uma hora já se torna tecnicamente imutável.

Um dos motivos invocados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) no Agravo de Instrumento n. 2222371-76.2019.8.26.0000 para negar pedido de urgência para resgate imediato de *bitcoin* foi justamente a imutabilidade dos dados registrados na *blockchain*. Segundo se decidiu, "a moeda em questão é baseada na tecnologia de registro denominada 'blockchain' o que significa que, caso haja a inserção de algum dado em algum ponto de tal rede de registro, esta informação será replicada por todos os dispositivos dela integrantes - essa é a forma pela qual se atribui segurança e confiabilidade às operações. E, por esta razão, o eventual deferimento de uma medida que autorize o saque da moeda virtual tem natureza irreversível já que, realizada a transferência dos ativos almejados e confirmada a transação na rede correspondente, seria inviável a de devolução dos valores que somente poderá ser efetuada com a colaboração do autor e, quiçá, de terceiros que sejam os destinatários de tais valores" (BRASIL, 2019, p.4).

6.3. Transparência

Além da acessibilidade, da segurança e da imutabilidade, a transparência é outra marca da *blockchain*.

As informações são registradas publicamente, como parte da própria essência dessa tecnologia, que se utiliza do consenso distribuído como mecanismo de registro e de validação de informações. Isso, contudo, não significa que haja perda de privacidade. As pessoas que se vinculam à

rede são ali representadas por números (endereços). É possível saber, por exemplo, que o usuário 23xy4ab transferiu uma soma X de moeda para o usuário 45td94zk, mas não é possível, a princípio, saber *quem são* essas pessoas.

Há diversas formas de configuração dessa transparência. Por padrão, as informações são públicas e as identidades, privadas. Mas é possível que as informações sejam privadas e as identidades, públicas; ou que sejam ambas privadas, ou ambas públicas.

A transparência como são tratados os dados registrados na rede *blockchain* – sem que haja, necessariamente, perda de privacidade – reforça a possibilidade de uso dessa tecnologia como meio de prova no processo jurisdicional.

6.4. *Blockchain* como prova atípica

A tecnologia *blockchain* está umbilicalmente atrelada ao *bitcoin*, uma vez que as transações com essa moeda são realizadas e registradas numa rede *blockchain*.

Aliás, a *blockchain* é justamente um dos motivos pelos quais o *bitcoin* se revela como algo tão inovador. Isso se dá em razão de as transações com essa moeda prescindirem completamente de um intermediário – como o Governo de um país ou um banco – e poderem ser realizadas diretamente entre pessoas (*peer-to-peer*). As operações de crédito e débito feitas com *bitcoin* são registradas nesse Livro-Razão (*ledger*) distribuído que é a *blockchain* e vão sendo atualizadas a cada período de tempo.

Mas a *blockchain* pode ser mais que uma base de dados para registro de transações com *bitcoins*. Embora esses termos estejam vinculados em sua gênese, isso não significa que a tecnologia *blockchain* só possa ser aplicada para as transações com *bitcoins* (ALEIXO, 2018)[17]. Já se vem falando na tecnologia *blockchain* como algo que pode ser de grande utilidade, por sua confiabilidade e segurança, como método de documentação de informações veiculadas na internet (ROQUE, 2018)[18] e como prova atípica de maneira geral – art. 369, CPC (MELO, 2018).

De fato, em razão da confiabilidade e da segurança desse tipo de tecnologia, a *blockchain* pode ser utilizada em substituição a métodos tradicionais de atestação de existência e conteúdo de certos dados, como *(i)* o reconhecimento de assinatura num determinado documento; *(ii)* a confecção de diploma eletrônico que confirma a graduação num certo curso; *(iii)* a receita médica prescrevendo determinado medicamento de uso controlado, que tem validade definida e só pode ser usada uma vez pelo paciente; *(iv)* a constatação de que determinada fotografia ou notícia jornalística foi veiculada, em certo momento, numa dada rede social; *(v)* o registro de determinada criação intelectual, com identificação de autoria, gerando prova de existência e precedência dessa criação (MELO, 2018); *(vi)* a utilização da rede para registro de manifestação de vontade, dispensando a assinatura de próprio punho num instrumento contratual (MELO, 2018); *(vii)* a divulgação de dados obtidos a partir de auditoria em órgãos públicos, como forma de garantir transparência na gestão pública; (*viii*) cadeia logística, como datas de envio e entrega de produtos, para fins de vigilância sanitária; *(ix)*

Outra aplicação possível da *blockchain* como forma de documentação de fatos e manifestações de vontade está ligada à ideia dos *smart contracts*, ou contratos inteligentes[19]. Nesse tipo de contrato, os termos do acordo são convertidos em código por meio de linguagem de programação de computador; uma vez em movimento, seus termos são executados tal como foram programados (DE FILIPPI; WRIGHT, 2018)[20]. Os *smart contracts* já são uma realidade atualmente; eles estão nas compras *online* e nos aplicativos de *streaming*, como Spotify e Netflix, com que lidamos diariamente; estão também nas licenças de uso de *softwares*, como o Microsoft 365 e os produtos da Adobe, em aplicativos de leitura, como o Kindle Unlimited, e nos aplicativos de transporte, como o Uber, o Cabify e o 99[21].

Além disso, a tecnologia *blockchain* pode ser usada para a documentação da cadeia de custódia referida na Lei n. 13.964/2019 (denominada de Pacote Anticrime), que acrescentou ao Código de Processo Penal os arts. 158-A a 158-F[22-23]. Esses dispositivos regulam

detalhadamente todo o fluxo do tratamento a ser dado aos vestígios de determinado fato[24]. Trata-se de meio de preservação e garantia da integridade de determinada fonte de prova, algo que se relaciona com o direito a um processo devido e com a garantia constitucional que proíbe o uso da prova ilícita, uma vez que visa a "assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória" (PRADO, 2014, p. 82-86).

Embora regulamentada no Código de Processo Penal, nada impede que a cadeia de custódia seja ela utilizada como método de coleta, manutenção e documentação da história cronológica dos vestígios também no processo civil (DIDIER JR.; BRAGA et al., 2020). E nada impede seja ela documentada por meio da tecnologia *blockchain*.

6.5. *Blockchain* como forma de garantir a autoria, integridade e confidencialidade de documento eletrônico

Por fim, as partes podem convencionar que a comprovação da autoria, integridade ou confidencialidade de determinado documento eletrônico seja feita por meio da tecnologia *blockchain*. Os termos de uso de determinado *site* ou aplicativo podem estabelecer, por exemplo, que o usuário consente que toda informação trocada eletronicamente seja documentada numa plataforma *blockchain*, e consente que essa forma de documentação impede, numa futura disputa, qualquer discussão acerca da autoria, integridade ou confidencialidade do documento – uma presunção semelhante àquela erigida pelo legislador quanto à certificação no padrão da ICP-Brasil, só que baseada numa norma convencional.

Conhecer e considerar essa possibilidade é algo importante porque, além de ela consistir numa alternativa à certificação pelo padrão da ICP-Brasil, a revolução propiciada pela tecnologia *blockchain* vem sendo comparada àquela proporcionada pela introdução do *software* de código aberto no âmbito de tecnologia da informação (MAGNUS, 2017), a ponto de muitas pessoas e organizações estarem dedicadas ao estudo e experimentação de novas formas de aplicação dessa tecnologia, que se reputa capaz de gerar redução de custos operacionais e aperfeiçoamento dos mecanismos de controle interno (DE FILIPPI; WRIGHT, 2018).

Diversas atividades típicas da vida corporativa podem ser facilitadas pelo uso da tecnologia *blockchain* como método de documentação – desde, por exemplo, a utilização de livros contábeis eletrônicos em lugar da escrituração contábil tradicional (MAGNUS, 2017) até a realização de votações para eleição de comitês executivos, com resultados mais confiáveis e transparentes (DE FILIPPI; WRIGHT, 2018).

Imagine, então, que os atos constitutivos de determinada sociedade contemplem negócio jurídico no qual os cotistas ou acionistas tenham convencionado a presunção de autoria e integridade dos livros contábeis documentados em plataforma com tecnologia *blockchain* ou ainda do processo eletivo realizado com o uso dessa tecnologia (art. 18, I, Lei n. 13.874/2019) – essa presunção convencional afastaria a chance de discussão da autenticidade e da integridade dos documentos eletrônicos numa eventual disputa, em benefício do tempo e do custo de tramitação do processo.

7. CONCLUSÃO

O ensaio não tem intenção de exaurir o tema, que é complexo e abrange diversas áreas do conhecimento. A ideia é realmente a de provocar a reflexão sobre as questões aqui propostas.

Como conclusão, entendemos que a Lei de Liberdade Econômica veio para incentivar ainda mais o uso dos documentos eletrônicos, na medida em que autoriza o armazenamento (ou arquivamento) de documentos públicos e privados em meio eletrônico, bem como equipara a digitalização dos documentos em suporte de papel aos documentos originais, uma vez atendidos certos requisitos estabelecidos em regulamento.

A Lei de Liberdade Econômica estabelece, ainda, a presunção de que o processo de digitalização do documento de papel, público ou particular, que empregar o uso da certificação no padrão da ICP-Brasil tem garantia de integralidade, autenticidade e confidencialidade (art. 18, II). De resto, isso se aplica não apenas ao processo de digitalização como também ao armazenamento (ou arquivamento) de documentos em meio eletrônico com uso do padrão da ICP-Brasil.

Por outro lado, o art. 18, I, da mesma Lei n. 13.874/2019 e o art. 10, §2º, da MP n. 2.200-2/2001 inseriram no sistema normativo

uma hipótese típica de negócio jurídico processual sobre prova, consistente no acordo quanto ao método de certificação da autoria, integridade e confidencialidade do documento eletrônico, seja ele público ou particular.

Nesse cenário, nada impede que se convencione, por exemplo, o uso da *blockchain* como método de certificação da autoria, integridade e confidencialidade do documento eletrônico, criando-se, convencionalmente, a presunção de que os documentos eletrônicos armazenados em plataforma que opera com tecnologia *blockchain* têm sua autoria, integridade e confidencialidade asseguradas.

NOTAS

1 Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa "Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual", vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053. O grupo é membro fundador da "ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo" (http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa).

2 Conforme art. 1º, par. ún., da Lei n. 12.682/2012, "entende-se por digitalização a conversão da fiel imagem de um documento para código digital".

3 Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] X - arquivar qualquer documento por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, hipótese em que se equiparará a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público.

4 Sobre o tema, o STJ já decidiu que "ocorrida a prescrição, não mais sobrevive o dever de guarda de documentos, sendo legítima a recusa fundada no transcurso do prazo prescricional. Pensar diferente seria impor à parte obrigação juridicamente impossível" (BRASIL, 2010).

5 Foi amplamente divulgada, em 2015, a notícia do primeiro acordo viabilizado por meio do aplicativo WhatsApp. O fato ocorreu num processo que tramitava perante a Justiça do Trabalho da 15ª Região, em Campinas/SP. A juíza e os advogados das partes iniciaram as tratativas por meio do aplicativo de mensagens e compareceram à audiência apenas para reduzi-lo a termo e assinar o documento físico. A despeito da preferência que se tenha dado ao documento de papel, é preciso ver que o diálogo entabulado por meio do WhatsApp, eletronicamente documentado, já consistia, por si só, numa exteriorização da vontade dos transatores; a juíza, no caso, optou por homologá-lo em audiência, mas poderia, sem qualquer prejuízo, tê-lo feito ali, no próprio grupo de WhatsApp, do qual também ela, juíza, participava, anexando posteriormente o documento eletrônico comprobatório da avença (e da sua homologação) aos autos do processo. A rigor, o documento

(eletrônico) surtiria o mesmo efeito que o documento de papel. A notícia reforça a ideia de que essas novas tecnologias estão e estarão cada vez mais acessíveis e a serviço do processo (processo n. 0010025-20.2015.5.15.0094; notícia disponível em < http://www.conjur.com.br/2015-jun-08/justica-trabalho-promove-acordo-entre-partes-via-whatsapp> Acesso em 27 dez. 2015).

[6] A propósito, o enunciado n. 297 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada".

[7] Júlio César, imperador romano, criou um eficiente sistema de envio de mensagens criptografadas para os seus centuriões no campo de batalha. Por meio dela, mandava substituir as letras do texto original sempre pela terceira letra que lhe sucedesse no alfabeto. Essa era, portanto, a chave para cifrar a mensagem. Quem a recebesse, precisaria valer-se desta mesma chave para decifrá-la, aplicando-a inversamente: as letras da mensagem recebida deveriam ser substituídas pela terceira letra que lhe antecedesse no alfabeto.

[8] O autor explica: "Se uma mínima modificação for feita ao abrir-se o arquivo, e for ele gravado em disco, o documento eletrônico ficará inutilizado, pois perderá o vínculo com a assinatura" (MARCACINI, 1999, p. 15).

[9] É uma espécie de "cibernotário", como sugere Augusto Tavares Rosa Marcacini (MARCACINI, 1999).

[10] Informação obtida em: ALEIXO, Gabriel. Aula 1: Blockchain e Direito. *Blockchain e seus aspectos jurídicos*. Curso online do ITS Rio, 1h06m35s, acesso em 23 de dezembro de 2018.

[11] A Blockchain compõe um sistema mais amplo, denominado Distributed Ledger Technology (DLT), ou Tecnologia do Livro-Razão Distribuído. Tecnicamente, a Blockchain é uma espécie de Livro-Razão, que é como um "Diário contábil", onde são lançados registros de operações financeiras de crédito e débito. Essa gênese está atrelada ao surgimento do Bitcoin, que foi o ecossistema onde floresceu a tecnologia Blockchain.

[12] "O propósito da mineração é frequentemente confundido com a criação de novas moedas. De fato, o processo de mineração gera novas moedas, porém esse artifício é usado como incentivo para que os participantes do sistema contribuam com o principal objetivo da mineração, que é validar as transações da rede sem a necessidade de uma autoridade central. Mesmo depois de uma nova transação ser propagada, o valor de saída somente pode ser gasto pelo destinatário após a transação ter sido verificada e incluída em um bloco através do processo chamado mineração. Quando a construção do bloco é finalizada, ele é adicionado à cadeia de blocos, e todas as transações nele contidas recebem uma 'confirmação'. Sempre que um novo bloco é minerado, todas as transações já presentes no registro da blockchain recebem uma nova confirmação, de forma que o número de confirmações representa a profundidade da transação na cadeia de blocos" (MARTINS, 2018, p. 34-35).

[13] https://www.ethereum.org.

[14] Informação colhida em ARAÚJO, Felipe. Aula 2: Ethereum. *Blockchain simplificada*. Curso online do ITS Rio, 16m45s, acesso em 22 de dezembro de 2018.

[15] Exemplo extraído de ALEIXO, Gabriel. Aula 1: Bitcoin: o começo de (quase) tudo. *Blockchain simplificada.* Curso online do ITS Rio, 1h06m48s, acesso em 22 de dezembro de 2018.

[16] Informação colhida em ARAÚJO, Felipe. Aula 2: Ethereum. *Blockchain simplificada*. Curso online do ITS Rio, 24m45s, acesso em 22 de dezembro de 2018.

[17] "O potencial da tecnologia blockchain reside em sua capacidade de oferecer serviços transparentes, livres de censura ou discriminação de uma maneira descentralizada para finalidades amplas; a partir do acesso mais equânime a um conjunto de instituições digitais (que permitem realizar votações, pagamentos, contratos, etc.)". (ALEIXO, 2018).

[18] André Roque chega a dizer que essa tecnologia pode superar o uso da ata notarial como método de documentação. (ROQUE, 2018).

[19] Nick Szabo falava dos smart contracts já na década de 1990, tratando-os como contratos cujos protocolos de controle (cláusulas capazes de atestar e validar o cumprimento das obrigações reciprocamente atribuídas) poderiam ser estabelecidos por meio de códigos de programação computacional (SZABO, 1997).

[20] Uma máquina de refrigerantes é uma espécie de ancestral dos smart contracts: inserido o meio de pagamento, o software gera um crédito que dá ao usuário o poder de compra de um dos produtos do display; basta que ele escolha o produto para que ele lhe seja entregue. Neste caso, os protocolos de controle (inserção de determinadas cédulas ou moedas; geração do crédito; escolha do produto; entrega do produto) estão determinados previamente, por meio de códigos de programação computacional (SZABO, 1997).

[21] Tais contratos podem ajudar a "diminuir significativamente algumas possibilidades de falha humana, além de tornar menos custosos os protocolos de controle existentes em torno dos contratos, criados justamente para avaliar se determinadas cláusulas foram ou não cumpridas. Em um ambiente digital marcado por grande automação, procedimentos de controle como uma auditoria, por exemplo, demandariam muito menos tempo e recursos financeiros do que opções tradicionais" (ALEIXO, 2018).

[22] Conforme art. 158-A, Código de Processo Penal, cadeia de custódia é "o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte".

[23] O conceito legal é muito próximo daquele enunciado por Robert A. Doran: "The chain of custody is a process used to maintain and document the chronological history of physical evidence. This process should result in a product: the formal documentation of the process" (DORAN, 2005).

[24] O art. 158-B do CPP trata (i) do reconhecimento do elemento como de potencial interesse para a investigação; (ii) do seu isolamento para evitar que se altere o estado das coisas, configurando-se fraude processual a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável (art. 158-C, §2º); (iii) da fixação, consistente na descrição detalhada do vestígio, inclusive com ilustração por fotografia ou outros meios de documentação; (iv) da coleta, que deve ser realizada preferencialmente por perito oficial

(art. 158-C), com preservação das suas características; (v) do acondicionamento, com registro dessas características específicas; (vi) do transporte; (vii) do recebimento, como ato formal de transferência da posse do vestígio; (viii) do processamento, consistente na manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deve ser formalizado em laudo produzido por perito; (ix) do armazenamento, consistente na guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, para realização de contraperícia; e (x) do descarte, procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, Gabriel. Aula 1: Blockchain e Direito. *Blockchain e seus aspectos jurídicos*. Curso online do ITS Rio. Acesso em: 23 dez 2018.

_____. Aula 1: Bitcoin: o começo de (quase) tudo. *Blockchain simplificada*. Curso online do ITS Rio. Acesso em: 22 dez 2018.

_____. *Como o Bitcoin e os Smart Contracts Estão Transformando os Modelos de Negócios*. Disponível em: <https://medium.com/@gabrielaleixo/como-o-bitcoin-e-os-smart-contracts-estão-transformando-os-modelos-de-negócios-731025529e11> Acesso em: 23 dez 2018.

ARAÚJO, Felipe. Aula 2: Ethereum. *Blockchain simplificada*. Curso online do ITS Rio. Acesso em: 22 dez 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2222371-76.2019.8.26.0000, rel. Des. José Augusto Genofre Martins, j. 07/11/2019, DJe 12/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp 1046497/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24/08/2010, DJe 09/11/2010.

DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the Law: the rule of code.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018, *ebook* Kindle.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020, v. 2.

DORAN, Robert A. *Exploring the links in the chain of custody*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/66568187/Exploring-the-Links-in-the-Chain-of-Custody> Acesso em: 27 dez 2019.

LAGO Jr., Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet*. São Paulo: LTr, 2001.

MAGNUS, Tiago. *Tudo que você precisa saber sobre o que é Blockchain e como funciona*. Disponível em: < https://transformacaodigital.com/tecnologia/o-que-e-blockchain/ >. Acesso em: 3 fev 2020.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>. Acesso em: 21 dez 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. *A prova documental na internet*. Curitiba: Juruá, 2005.

MARTINS, Thiago Fonseca. *Prova de existência de arquivos digitais utilizando a tecnologia blockchain do protocolo Bitcoin.* Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Engenharia da Computação. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2018.

MELO, Letícia Marcele do Nascimento. *Distributed Ledger Technology (DLT) como prova*: a atipicidade do blockchain, sua força probante e aplicações ao direito probatório. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2018.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROQUE, André Vasconcelos. *A tecnologia blockchain como fonte de prova no processo civil*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/a-tecnologia-blockchain-como-fonte-de-prova-no-processo-civil-15102018> Acesso em: 23 out 2018.

SZABO, Nick. *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*. Disponível em: <https://nakamotoinstitute.org/formalizing-securing-relationships/> Acesso em: 23 dez 2018.

Fredie Souza Didier Jr.

Mestre em Direito pela UFBA.
Doutor em Direito pela PUC/SP.
Livre-docente pela USP.
Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa.
Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado.
Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo.
Advogado e consultor jurídico.

Rafael Alexandria de Oliveira

Mestre em Direito Público (UFBA).
Especialista em Direito Processual Civil (Fac. Jorge Amado/Juspodivm).
Professor do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade Baiana de Direito.
Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).
Procurador do Município do Salvador/BA.
Advogado.

MIGRAÇÕES MASSIVAS NO NORTE DO BRASIL: UM ESTUDO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO CELEBRADO ENTRE O JUDICIÁRIO DE RORAIMA E O ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS

Alcenir Gomes de Souza

Erick Linhares

MIGRAÇÕES MASSIVAS NO NORTE DO BRASIL: UM ESTUDO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO CELEBRADO ENTRE O JUDICIÁRIO DE RORAIMA E O ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS*

MASSIVE MIGRATIONS IN NORTH BRAZIL: A STUDY OF THE COLLABORATION AGREEMENT CELEBRATED BETWEEN THE RORAIMA JUDICIARY AND THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES

Alcenir Gomes de Souza
Erick Linhares

RESUMO

O artigo examina o Acordo de Cooperação firmado entre o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, como uma das ações mais exitosas levadas a termo pelo poder público em parceria com a sociedade civil organizada, a fim de garantir a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, em face dos efeitos de uma das mais violentas crises econômicas e sociais que atingiram a Venezuela e que desencadeou um enorme fluxo migratório em direção ao Estado brasileiro. O acordo em apreciação fornece atendimento judicial acessível e extremamente célere nos abrigos de imigrantes venezuelanos. Propõe-se, assim, discutir como os refugiados podem acessar à Justiça e qual o papel que o Judiciário pode ter na sua integração à sociedade brasileira, sempre garantindo-se o respeito aos seus aspectos culturais

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

e identitários. Ademais, apresenta-se os resultados alcançados em quase dezoito meses da existência do protocolo administrativo aqui discutido, bem como apresenta conclusões favoráveis ao modelo adotado.

PALAVRAS-CHAVES: IMIGRAÇÃO MASSIVA. ACORDO DE COOPERAÇÃO. JUDICIÁRIO. ACNUR. DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

The article examines the Cooperation Agreement signed between the Court of Justice of the State of Roraima and the United Nations High Commissioner for Refugees, as one of the most successful actions carried out by the government in partnership with organized civil society, in order to guarantee the constitutional protection of the dignity of the human person, in the face of the effects of one of the most violent economic and social crises that hit Venezuela and which triggered an enormous migratory flow towards the Brazilian State. The agreement under consideration provides affordable and extremely fast legal assistance in Venezuelan immigrant shelters. It is proposed, therefore, to discuss how refugees can access to Justice and what role the Judiciary can play in their integration into Brazilian society, always guaranteeing respect for their cultural and identity aspects. In addition, it presents the results achieved in almost eighteen months of the existence of the administrative protocol discussed here, as well as presents favorable conclusions to the model adopted.

KEYWORDS: *MASSIVE IMMIGRATION. COOPERATION AGREEMENT. JUDICIARY. UNHCR. HUMAN RIGHTS.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Os refugiados em Roraima e o papel do Judiciário. 3 Conclusão. 4 Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O papel tradicional do judiciário, perante os indivíduos em situação de imigração forçada, tem sido, quase que exclusivamente o exame de sua condição legal, para a concessão ou não do refúgio. Não há registro de atuação das Cortes brasileiras *a posteriori*, isto é, na integração do imigrante à sociedade local, deixando-se escapar valiosa oportunidade que, seguramente é importantíssima e abrange um espectro multidimensional

de uma nova forma de se pensar o Poder Público. É a respeito dessa participação do Judiciário, nesse processo, que centralizamos o objeto deste texto.

O trabalho analisará o acordo firmado entre o Judiciário de Roraima e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR e descreverá as ações que foram implementadas pela justiça de roraimense para atender aos refugiados, bem como analisará os resultados obtidos no período de 2018 a 2019.

2. OS REFUGIADOS EM RORAIMA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

A grave crise econômica e social que acomete a Venezuela conduziu a um êxodo de aproximadamente quatro milhões de pessoas. Mais de oitocentos mil venezuelanos cruzaram a fronteira do Brasil, no extremo norte do país, em busca de alimentos ou outras formas de amparo social. Desse grupo, cerca de sessenta mil estão em Roraima, muitos vivendo em abrigos públicos (a cidade dispõe de treze abrigos) e praças. Atualmente, estima-se que quatorze por cento da população desse Estado seja de imigrantes e o número continua crescendo[1].

Essa imigração em massa teve impactos, como era de se esperar, nos serviços públicos ofertados à população de Roraima, com superlotação e desabastecimento nos hospitais, falta de vagas nas escolas da rede pública estadual e municipal, crise na segurança pública, apenas para listar alguns aspectos da situação. Importante destacar, no entanto que, não foi o fenômeno imigracional o único responsável pelo colapso dos serviços públicos, na verdade, assim como em outras Unidades da Federação, esse processo já mostrava seus efeitos nocivos no seio da comunidade roraimense já há algum tempo. Todavia, inegável que um incremento populacional dessa magnitude tende a "quebrar" qualquer sistema de serviços ofertados aos indivíduos.

Além disso, muitos venezuelanos se encontram às margens da sociedade formal, onde competem com os brasileiros mais pobres para

[1] OPERAÇÃO ACOLHIDA. Relatórios. Disponível em <https://www.gov.br/acolhida/relatorios/>. Acesso em 04 de mar. 2020.

obter o mínimo existencial, inclusive nos serviços públicos, já notoriamente sobrecarregados.

O Brasil se destaca no cenário internacional como um dos países com o sistema legislativo de garantia aos refugiados mais modernos. Pode-se dizer que nossa experiência com o tema inicia em 1972 quando, por intermédio do Decreto n.º 70.946, introduziu-se em nosso ordenamento o "Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados".

Esse protocolo guardava alinhamento temático com os termos da Convenção das Nações Unidas de 1951, que ficou conhecida como o acordo de Genebra, e que procurou definir as primeiras linhas do conceito de refugiados, levando em consideração os efeitos da Segunda Grande Guerra Mundial.

A Convenção de Genebra, a partir daquele recorte histórico específico, criou um limite geográfico para que o indivíduo fosse considerado refugiado ou merecedor da proteção que seus preceitos criaram, isto é, ficou definido, grosso modo, que refugiado era a pessoa oriunda do continente europeu.

Claro que a referida limitação geográfica trazia prejuízos impagáveis à humanidade. Assim, muitos esforços foram feitos para ampliar o alcance das legislações, todavia, em nosso continente a questão só ganhou força a partir de 1984, após a realização da Convenção de Cartagena das Índias. Durante essa reunião, na qual o Brasil foi um dos participantes, ataques aos indivíduos em condição de refúgio passaram a ser identificados como violação aos direitos humanos.

Alinhado ao "espírito" da Convenção de Cartagena e impulsionado pelo Legislador Constituinte Originário de nossa Carta Constitucional de 1988, o Brasil editou, em 1997, o Estatuto do Refugiado (Lei n.º 9.474/97) que definiu como refugiado, *verbis*:

> Art. 1.º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
>
> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

> II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
>
> III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A postura adotada por nosso país é moderna e representa o pensamento altaneiro da proteção às garantias humanas mínimas que não devem se restringir em razão da origem geográfica, social, a crença, gênero ou qualquer outro limite burocrático definido por intérpretes ou órgãos internacionais.

Nesse contexto, a constatação desse acúmulo de crises e da situação de vulnerabilidade em que se encontravam os imigrantes venezuelanos levou o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima a propor um Termo de Cooperação com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR, com o objetivo de criar atendimento judicial nos abrigos de imigrantes (Procedimento Administrativo TJRR n.° 0004176-38.2018.8.23.8000). Pelo que se tem notícia, esse é o primeiro acordo desse gênero nas Américas.

Ora, em um mundo marcado por desigualdades sociais, a salvaguarda das condições mínimas de existência e dignidade deve ocupar um lugar de primazia no ordenamento jurídico das nações. Assim, quando da assinatura desse acordo, no dia mundial do refugiado (21 de junho de 2018), a representante do ACNUR no Brasil afirmou que "este é mais um importante passo que está sendo dado em prol da integração e da garantia de direitos dos venezuelanos em Roraima".[2]

Ao optar pela integração de esforços, o Judiciário de Roraima passou a se relacionar com o ACNUR e com as muitas outras agências não-governamentais e entidades da sociedade civil organizada que

---

[2] ACNUR. **Página inicial**. Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/2018/06/21/acordos-de-cooperacao-vao-acelerar-integracao-de-venezuelanos-em-roraima/>. Acesso em 04 de mar. 2020.

trabalham com os refugiados, o que tornou possível a união de ideias e o compartilhamento de recursos (humanos e materiais), para que fosse exitosa a prestação de serviços judiciais às populações refugiadas.

Com efeito, em importante estudo sobre o Judiciário e o refugiado, Thaís Guedes Alcoforado Moraes[3] observa que existem três fases bem definidas nas ações de implementação efetiva das medidas almejadas:

> (...) o papel do Judiciário não se restringe ao momento da determinação da condição de refugiado. O mecanismo do refúgio é complexo e envolve diversos aspectos, que podem ser resumidos em três fases: a primeira seria o momento de chegada ao Brasil, a segunda seria a fase de determinação do *status* de refugiado e a terceira seria a fase em que, uma vez deferida a solicitação de refúgio, o indivíduo passa a integrar-se à sociedade de acolhida de maneira mais ou menos definitiva.

E conclui:

> Em linhas gerais, na primeira fase, o Judiciário tem papel importante na garantia de não devolução e não penalização pela entrada irregular. Na segunda fase, tem-se o controle de legalidade, tanto do aspecto formal quanto do material, do procedimento administrativo de determinação da condição de refugiado. Por fim, uma vez deferida a solicitação, o Judiciário continua exercendo papel decisivo, pois pode atuar pela garantia de acesso dos refugiados às políticas públicas e assistência social, impulsionando o processo de integração local destas pessoas. Tampouco se pode olvidar da atuação das instituições essenciais à Justiça, mormente o Ministério Público e a Defensoria Pública, que tem cooperado de formas diversas com a causa do refúgio e que ainda apresentam enorme potencial de atuação estratégica neste sentido. Em suma, o Poder Judiciário desempenha o papel fundamental de efetivação

[3] MORAES, Thaís Guedes Alcoforado. O Papel do Judiciário na Proteção aos Refugiados. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – Volume Especial, 2014. pp. 166 e 179.

> dos direitos dos refugiados, solicitantes de refúgio e apátridas. Este papel é subsidiário e excepcional, mas muito relevante, pois garante a observância dos compromissos internacionais de direitos humanos e de Direito Internacional dos Refugiados assumidos pelo Brasil.

Essa cooperação entre o Judiciário de Roraima e a Organização das Nações Unidas, por intermédio de seu órgão especializado, ACNUR, se insere sobretudo na terceira fase, na integração, e tem vários objetivos declarados, a saber:

> **(a)** reconhecer que o Judiciário pode ter papel importante na integração dos refugiados à sociedade brasileira;
>
> **(b)** proteger as crianças e os adolescentes refugiados que muitas vezes estão separados dos pais e sob o risco de várias formas de negligência, violência ou exploração;
>
> **(c)** garantir o acesso dos refugiados a políticas públicas negadas por embaraços administrativos ou burocráticos;
>
> **(d)** reconhecer os vínculos afetivos e matrimoniais entre os refugiados, o que possibilita o abrigamento e a interiorização como unidade familiar.

Na consecução desses objetivos, o citado acordo de cooperação se funda em várias premissas, dentre as quais se destaca o reconhecimento que "a efetivação dos direitos humanos dos venezuelanos, que se encontram em situação de vulnerabilidade, depende da cooperação entre múltiplas esferas internacionais, nacionais e locais" e que é "obrigação do Poder Público, inclusive do Judiciário, em assegurar a brasileiros e estrangeiros, os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, nos termos dos artigos 1.° e 5.° da Constituição Federal", nos seguintes termos:

> Acordo de Cooperação TJRR e ACNUR
>
> (...)
>
> CONSIDERANDO o deslocamento de venezuelanos para o estado de Roraima, sem condições para a própria manutenção e em situação de extrema vulnerabilidade;
>
> CONSIDERANDO que esse cenário de deslocamento dos venezuelanos não demonstra ser resolvido em curto prazo;

> (...)
>
> CONSIDERANDO a obrigação do Poder Público, inclusive do Judiciário, em assegurar a brasileiros e estrangeiros, os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, nos termos dos artigos 1.º e 5.º da Constituição Federal;
>
> (...)
>
> CONSIDERANDO que a efetivação dos direitos humanos dos venezuelanos, que se encontram em situação de vulnerabilidade, depende da cooperação entre múltiplas esferas internacionais, nacionais e locais

Ao optar por essa linha interpretativa sobre o papel do Judiciário e do estrangeiro na sociedade brasileira, o citado acordo de cooperação se vincula a importante decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 587.970-SP que estendeu aos estrangeiros residentes no Brasil o direito à assistência social. Destaca-se o voto do Ministro Alexandre de Moraes, *verbis*:

> O *caput* do art. 5º da CF expressamente assegura a observância dos direitos e garantias fundamentais aos estrangeiros residentes no Brasil, o que bem demonstra a sua característica de universalidade, pois destinados a todos os seres humanos sujeitos à soberania do Estado brasileiro, a justificar, inclusive, a extensão desses direitos a estrangeiros não residentes, como registra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 74.051, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, DJ de 20/9/1996; RE 215.267, Rel. Minª. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, DJ de 25/5/2001).

Consequentemente, é um direito do refugiado o acesso ao serviço judicial e,nos termos da 3.ª cláusula do acordo, compreende ações litigiosas e não-litigiosas. Na esfera consensual, destacam-se a homologação de acordo envolvendo o reconhecimento de união estável, a extinção de união estável, o reconhecimento de paternidade, a fixação de alimentos, a revisão e exoneração de alimentos, a posse e guarda de filhos menores, a regulamentação de visitas e a autocomposição extrajudicial.

Abrange também o processamento e julgamento dos pedidos de registro de crianças nascidas no Brasil e sua retificação, a emancipação, a interdição e as causas dos Juizados Especiais Fazendários, essenciais para garantir o acesso à saúde e educação públicas.

Outrossim, os refugiados têm que superar uma série de obstáculos para acessar as políticas públicas pela via administrativa, em razão dos por entraves burocráticos (por exemplo: comprovante de residência para quem vive em praças ou abrigos) ou por preconceito, o que torna necessária a solução judicial, para impulsionar o processo de integração. Daí a opção pelo rito simplificado dos Juizados da Fazenda Pública.

Como bem salienta Milesi (2009, p. 323):

> Mesmo que haja políticas abertas a todos – nacionais e refugiados – são necessários mecanismos específicos para que estes últimos tenham acesso a elas. Por exemplo, experiência prévia para o acesso ao mercado de trabalho, histórico escolar e classificação qualitativa para o acesso à universidade, tempo de residência na localidade para o acesso à moradia, são condições que podem inviabilizar ou afastar definitivamente os refugiados, se não forem adotados critérios que levem em conta suas condições específicas em relação aos nacionais.

Para superar esses obstáculos, até culturais, os parágrafos da 3.ª cláusula do acordo TJRR - ACNUR traçam os princípios orientadores do atendimento judicial nos abrigos de refugiados, deixando expresso que se trata de procedimento predominantemente oral, ancorado na imediatidade, na concentração de atos, na informalidade e na simplicidade. Veja-se:

> CLÁUSULA TERCEIRA - Ao Serviço Judicial Itinerante compete:
>
> (...)
>
> § 1.° O Serviço Judicial Itinerante é informado pelos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, priorizando, sempre que possível a conciliação ou a transação.

A opção pela simplicidade evidencia que o rito processual deve ser de fácil compreensão pelos jurisdicionados, por isso o serviço judicial é adaptado à realidade dos refugiados. Assim, as audiências podem ser realizadas em espanhol e os documentos apresentados para a instrução da causa não precisam ser traduzidos. O objetivo é a realização dos atos processuais segundo os costumes e o idioma dos refugiados, respeitando-se, contudo, as normas e peculiaridades da legislação brasileira.

Em continuação encontramos, *verbis*:

> CLÁUSULA TERCEIRA - Ao Serviço Judicial Itinerante compete:
>
> (...)
>
> § 2.° As audiências poderão ser realizadas em espanhol, mas o atos processuais deverão ser redigidos em português.
>
> § 3.° Os documentos apresentados não precisarão ser traduzidos para o idioma nacional.

Nessa linha, formalizado o acordo de cooperação, incorporou-se à equipe, como conciliador voluntário, um ex-magistrado venezuelano refugiado no Brasil (Procedimento Administrativo TJRR n.° 0008583-87.2018.8.23.8000). Esse ex-juiz venezuelano estabeleceu uma ponte entre os dois sistemas legais e transmitiu segurança aos imigrantes jurisdicionados. Também facilitou o diálogo com seus concidadãos que estão em situação análoga a sua.

O acordo de cooperação, na forma em que foi concebido, deu agilidade à Justiça Itinerante que pode, inclusive, expedir portarias para disciplinar o acordo, firmar parcerias com outros órgãos, para a atuação do programa em todo o território de Roraima, nos seguintes moldes:

> CLÁUSULA QUARTA - Incumbe ao magistrado da Vara da Justiça Itinerante:
>
> I - Assinar atos jurisdicionais, assim como os administrativos necessários à concretização do Serviço Judicial Itinerante;
>
> II - Expedir portaria para esmiuçar este Acordo;

> III - Estabelecer calendário de atendimento em refúgios, praças e logradouros onde se encontrem os refugiados, com pelo menos uma semana de antecedência;
>
> IV - Firmar parcerias com os Municípios e Estado de Roraima para auxílio no Serviço itinerante, bem como para atendimento às demandas fazendárias submetidas ao rito da Lei n.º 12.153/2009.

A vigência do acordo abrange o período em que durar a situação emergencial dos venezuelanos (cláusula sétima). O prazo, como se vê, é definido pela necessidade do serviço, o que se revela acertado, ante sua natureza social e circunstancial.

Na busca da efetivação do acordo, no início de julho de 2018, definiu-se, junto com o ACNUR, o cronograma de atendimento em todos os abrigos existentes em Roraima. Em seguida, entre 30 de julho e 3 de agosto de 2018, realizou-se, no abrigo de refugiados do bairro Jardim Floresta, o primeiro atendimento da Justiça para esses imigrantes.

Nesse atendimento judicial foram realizadas declarações de união estável, inclusive homoafetivas, reconhecimento de paternidade (até mesmo de crianças nascidas na Venezuela), guarda de menores, registro de crianças nascidas no Brasil e orientações jurídicas diversas, sobretudo relacionadas aos Juizados Fazendários.

No geral, o perfil das demandas sujeitas à competência da Justiça de Roraima, nos abrigos de refugiados, evidencia a opção pela mediação, justamente para valorizar a gestão cooperativa do conflito entre os próprios venezuelanos, o que ameniza o caráter adversarial dos problemas enfrentados pelos refugiados dentro e fora dos abrigos.

As ações se seguiram em outros abrigos, de modo que no final de dezembro de 2019, os dados fornecidos pela Justiça Itinerante de Roraima[4] apontavam a realização de mais de 1.324 atendimentos judiciais, assim especificados:

---

[4] Dados fornecidos pela Coordenadoria da Justiça Itinerante do TJRR, em 19 de dezembro de 2019.

Uniões estáveis (*pareja de hecho*)	962	158 homoafetivas
Matrimônios (*matrimonios*)	114	8 homoafetivos
Guardas (*custodia*)	183	13 para casais homoafetivos
Outros	65	Retificações de registro de nascimento, ações de alimentos, reconhecimento de paternidade e juizados

O elevado número de reconhecimento de vínculos afetivos se deve a uma exigência formal objetiva que prescreve o reconhecimento da unidade familiar pré-existente como um requisito para abrigamento e para participar do processo de interiorização para outros Estados do Brasil.

Tabu na Venezuela, as uniões homoafetivas ganharam impulso nesses atendimentos nos abrigos de refugiados, como se nota nos dados fornecidos pela Justiça Itinerante de Roraima. A igualdade, independentemente, da orientação sexual era novidade para os imigrantes. Depois do primeiro atendimento, provocou-se um efeito dominó, sendo atualmente um procedimento bem corriqueiro entre os venezuelanos refugiados em Roraima.

Alguns procedimentos estão sendo resolvidos em conjunto com o consulado venezuelano em Boa Vista, como a situação das crianças refugiadas sem documentos. Outro problema grave encontrado é o grande número de crianças e adolescentes desacompanhados de seus responsáveis legais, o que exige o trabalho em conjunto com as agências da ONU na construção de soluções que melhor atendam cada caso, uma vez que sempre deve-se aplicar o corolário da proteção integral às demandas que envolvam crianças e adolescentes.

A equipe que atende nos abrigos é composta por um magistrado brasileiro, um ex-magistrado da Venezuela (atualmente refugiado no

Brasil), um defensor público, promotor de justiça e servidores do Tribunal de Justiça de Roraima, bem como por parceiros das instituições que trabalham com os refugiados (ACNUR, Exército, AVSI - Brasil, Cartórios de Boa Vista, dentre outros).

Embora a cooperação entre brasileiros e refugiados venezuelanos seja a melhor opção, não é a via mais fácil. Sua implementação na prática foi complexa e exigiu a superação de várias dificuldades, como por exemplo:

a) disponibilidade ao diálogo para a construção de soluções aos problemas, inclusive para aceitar documentos em língua estrangeira;

b) comunicação direta, clara e transparente, principalmente entre o Judiciário, os demais parceiros e agências que trabalham com refugiados;

c) respeitar as peculiaridades desses jurisdicionados, bem como as normas legais brasileiras.

Importante registrar que o deslocamento de uma equipe do Judiciário para atender em abrigos públicos, praças e logradouros, inverteu a lógica até então existente e abriu novas possibilidades de articulação para o reconhecimento de direitos e para o exercício de cidadania a refugiados, que raramente seriam alcançados por nosso sistema legal.

Inclusive, por exemplo, nessas ações, se descobriram vários casos de violência doméstica cometidos contra venezuelanas refugiadas que passaram a ser tratados por intermédio de programas de conscientização (preventivos) e medidas protetivas (repressivos), essas aplicadas pelo Juizado da Violência Doméstica.

Outro fator importante foi estabelecer relações de confiança entre a Justiça e os refugiados para que possam recorrer ao Judiciário quando necessitarem e, assim, diminuir a probabilidade de conflitos tanto entre os imigrantes, como com a sociedade brasileira.

Atualmente, o atendimento nos abrigos se dá por solicitação do ACNUR ou de outras agências (normalmente para regularização de documentação antes da interiorização) ou segundo o calendário de serviços judiciais da Vara da Justiça Itinerante.

3. CONCLUSÃO

A grave crise imigratória que passa a Venezuela, com o êxodo de milhões de pessoas, exigiu uma atuação efetiva de diversos atores em todo o mundo, especialmente na América latina e, no caso do Brasil, o maior impacto em termos percentuais foi absorvido pelo Estado de Roraima que foi impulsionado a apresentar medidas de cunho humanitário urgentes, a fim de dar acolhida ao crescente fluxo de pessoas em seu território.

Nesse contexto, sensível ao o fluxo migratório massivo crescente a cada dia, o Judiciário foi instado a adotar uma postura ativa no caso, a fim de garantir o cumprimento de seu papel constitucional de resguardar direitos humanos, sem distinção entre nacionais e estrangeiros, filiação política, ideológica, crença ou mesmo preferência de gênero.

Nessa linha, o acordo de cooperação firmado entre o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados demonstra que é possível levar atendimento judicial que garanta os direitos essenciais de cidadania aos refugiados, respeitando-se as peculiaridades desses jurisdicionados (idioma e aspectos culturais), bem como as normas legais brasileiras.

Comprova também que o Judiciário pode e deve ser, muito além de um conferidor de documentos, um agente facilitador da integração do imigrante à sociedade nacional. E que é possível estabelecer relações de confiança entre a Justiça e os refugiados, a fim de que estes possam recorrer aos nossos tribunais quando necessitarem e, assim, diminuir a probabilidade de conflitos tanto entre os imigrantes, como com a sociedade brasileira.

No acordo de cooperação há uma clara opção por métodos consensuais de resolução de litígios, justamente para valorizar a gestão cooperativa da solução do conflito pelos próprios refugiados dentro e fora dos abrigos, em nítida opção pela solução compositiva, sempre que possível.

Ademais, destaca-se que o fenômeno da positivação dos Direitos Humanos foi essencial para os primeiros momentos de nossa sociedade. Todavia, atualmente, precisamos evoluir para uma abordagem mais humanizada e principiológica das garantias e proteções do ser humano. Um modelo meramente positivista e restritivo nos conduz para interpretações

limitadas e que excluem o indivíduo das salvaguardas necessárias para sua existência digna.

Atender a população deve sempre ser a prioridade do Poder Judiciário e de todos os outros poderes constituídos. Esse mandamento constitucional precisa ser rediscutido em seu alcance e ampliado em seu significado, a fim de nos adequarmos às mudanças em nossa sociedade complexa, com o propósito de nos prepararmos para o maior desafio do novo milênio: fluxos migratórios massivos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. **Página inicial**. Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/2018/06/21/acordos-de-cooperacao-vao-acelerar-integracao-de-venezuelanos-em-roraima/>. Acesso em 04 de mar. 2020.

BRASIL. CASA CIVIL. **Operação Acolhida**. Disponível em: http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/documentos/assistencia-emergencial-aos-imigrantes-venezuelanos-cc.pdf. Acesso em 9 de dez. 2018.

BRASIL. POLÍCIA FEDERAL. **Atualização de dados migração venezuelana em Roraima**. Disponível em: http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2018/outubro/policia-federal-atualiza-numeros-da-migracao-de-venezuelanos-em-rr. Acesso em 1 de dez. 2018.

BRASIL. CASA CIVIL. **Assistência Emergencial aos imigrantes venezuelanos**. Brasília. 2018. Disponível em: http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/documentos/assistencia-emergencial-aos-imigrantes-venezuelanos-cc.pdf. Acesso em 10 de out. 2018;

BRASIL. Decreto n.º 70.946, de 07 de agosto de 1972. Promulga o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm. Acesso em 19 de mai. 2020.

BRASIL. Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997. Estatuto dos refugiados. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em 19 de mai. 2020.

MILESI, Ir. Rosita. **O Refúgio no contexto das migrações: a integração dos refugiados e das refugiadas como solução duradora**. Rev. Inter. Mob. Hum., Brasília, Ano XVII, n.º 33, p. 317-323, jul/dez. 2009.

MORAES, Thaís Guedes Alcoforado. **O Papel do Judiciário na Proteção aos Refugiados**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – Volume Especial, 2014.

OPERAÇÃO ACOLHIDA. **Relatórios**. Disponível em < https://www.gov.br/acolhida/relatorios/>. Acesso em 04 de mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO. Tendências Migratórias Nacionais na América do Sul. 2018. Disponível em: https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/Informes/Tendencias_Migratorias_Nacionales_en_America_del_Sur_Vzla_Portugues.pdf. Acesso em 07 de jul. 2018.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 587.970. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJe 22/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312785203&ext=.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

Alcenir Gomes de Souza

Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR).
Mestrando em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania – Universidade Estadual de Roraima (UERR).
Especialista em Direito e Processo do Trabalho – Universidade Gama Filho (UGF/2009).
Bacharel em Direito – Faculdades Cathedral (2007)
E-mail: agdesouza@yahoo.

Erick Linhares

Juiz de Direito – Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR).
Pós-doutor em Direitos Humanos e Democracia – Instituto Gentium Conimbrigae – Faculdade de Direito de Coimbra (2012).
Doutor em Relações Internacionais – Universidade de Brasília (UNB/2011).
Especialista em Direito Civil – Universidade Federal do Amazonas (UFAM/1996).
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM/1991)
E-mail: ericklinhares@yahoo.com.br.

DESPROPORÇÃO ENTRE CONTRIBUIÇÃO ECONÔMICA E PODER DE VOTO NAS COMPANHIAS

Andréia Cristina Bezerra Casquet

DESPROPORÇÃO ENTRE CONTRIBUIÇÃO ECONÔMICA E PODER DE VOTO NAS COMPANHIAS*

DISPROPORTION BETWEEN ECONOMIC CONTRIBUTION AND VOTING POWER IN COMPANIES

Andréia Cristina Bezerra Casquet

RESUMO

O presente estudo na área de Direito Empresarial tem por objetivo abordar os impactos que podem ser verificados em estruturas formatas pelas companhias, capazes de dissociar poderes políticos e o aporte de capital de certos investidores. Será feita uma análise de estudos avançados já produzidos em outros ordenamentos jurídicos, sobretudo na Europa, onde a questão ressurgiu com força na última década, sobretudo em função da competição regulatória que se instaurou entre seus Estados, levando os reguladores a refletirem se a instituição da regra 'uma ação, um voto' seria eficaz em termos da competitividade entre os países. Com base nessa análise, serão examinados dois modelos que poderiam solucionar os principais problemas identificados na utilização dessas estruturas em nosso ordenamento: (i) a proibição da utilização desses arranjos, mediante a determinação do padrão 'uma ação, um voto'; ou (ii) a manutenção de permissão para o seu uso no mercado nacional. A conclusão é a de que se deve transpor o enfoque do debate acerca do atendimento ou não da democracia societária no contexto da determinação do princípio 'uma ação, um voto', para a forma como a legislação societária pode eficientemente afastar as possibilidades de extração de

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

benefícios particulares da companhia por quem quer que seja. Isso porque se um regime de direito societário estiver adequadamente estruturado, haveria menos necessidade de se preocupar com a regra de votação, e a existência de votos não-proporcionais não seria uma preocupação importante.

PALAVRAS-CHAVE: CONTROLE. MECANISMOS DE ALAVANCAGEM. DIREITOS DOS MINORITÁRIOS. AÇÕES PREFERENCIAIS. UMA AÇÃO, UM VOTO.

ABSTRACT

The present study in the area of Corporate Law aims to address the impacts that can be verified in structures formed by companies, capable of dissociating political powers and the capital contribution of certain investors. An analysis will be made of advanced studies already produced in other legal systems, especially in Europe, where the issue has resurfaced strongly in the last decade, mainly due to the regulatory competition that has been established between its States, leading regulators to reflect on whether the institution of the a 'one share, one vote' rule would be effective in terms of competitiveness between countries. Based on this analysis, two models that could solve the main problems identified in the use of these structures in our order will be examined: (i) the prohibition of the use of these structures, by determining the pattern 'one share, one vote'; or (ii) maintaining the permission for its use in the domestic market. The conclusion is that the focus of the debate must be transposed in the context of determining the 'one share, one vote' principle, to the way in which corporate law can efficiently rule out the possibilities of extracting private benefits of the company by anyone. This is because if a corporate law regime is properly structured, there would be less need to worry about the voting rule, and the existence of non-proportional votes would not be a major concern.

KEYWORDS: *CONTROL. ENHANCING MECHANISMS. MINORITY RIGHTS. PREFERRED SHARES. ONE SHARE, ONE VOTE.*

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Discussão de caso: ações superpreferenciais pela Azul S.A. e pela Track&Field. III. Solução adotada para o uso de CEMs no âmbito da União Europeia. IV. Possíveis soluções para o Brasil .4.1. Proibir o uso das CEM mediante a determinação da regra 'uma ação, um voto'. 4.2. Manter a permissão para a utilização de CEMS. V. Conclusão. Referências Bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

Há consenso de que o desenvolvimento dos mercados financeiros e de capitais constitui uma das condições essenciais para o crescimento econômico de uma nação. O financiamento bancário deve ser complementado por um mercado de capitais forte, capaz de atrair investimentos de longo prazo, não apenas de nacionais, mas também de estrangeiros, sobretudo no contexto da globalização da economia e do consequente aumento das relações comerciais entre os países.

A disponibilidade de capital para financiamento está relacionada à eficiência na captação de recursos daqueles que poupam para que sejam direcionados à aplicação em investimentos produtivos. Esse influxo está essencialmente associado à confiança dos investidores não apenas em relação à viabilidade financeira dos empreendimentos, mas também em relação a obtenção para si dos proveitos econômicos decorrentes do investimento realizado.

O risco de que os recursos dos investidores não sejam bem empregados ou sejam desviados pode decorrer em função de diversos fatores, mas sobretudo pela existência de uma situação que implique na separação entre propriedade e controle, permitindo aos acionistas majoritários manterem o controle com uma participação menor no capital da empresa do que seria necessário se todas as ações possuíssem igual poder de voto.

Esta hipótese pode se dar não apenas nas companhias que estejam firmadas sob as bases da propriedade pulverizada, nas quais o controle é exercido, em última instância, pelos seus administradores, mas também naquelas dotadas de estrutura de propriedade concentrada, nas quais o controlador não carregue todo o ônus financeiro das suas decisões.

Isso pode ocorrer mediante a utilização dos chamados mecanismos de alavancagem de controle (*Control Enhancement Mechanisms* – CEM), os quais constituem arranjos instituídos pelas companhias, aptos a criar discrepâncias na relação entre a propriedade e controle[1], resultando na possibilidade de que um acionista reforce o controle de que é titular sem que haja correspondência com a participação no capital da companhia.

Há uma grande variedade de CEMs que podem ser utilizadas de forma isolada ou cumulativa pela companhia, tendo cada uma delas impactos diversos sobre direitos de votos[2].

Há determinados arranjos que afetam diretamente os direitos de voto, tais como ações com votos plurais (*shares with multiple voting rights*), ações de lealdade (*loyalty shares*), ações sem direito a voto e sem preferências (*non-voting shares - without preference*), partes beneficiárias (*participating bonds*) e teto aos direitos de voto (*voting rights ceilings*).

Há outros, porém, que afetam indiretamente os direitos de voto, seja por meio da atribuição de direitos específicos aos titulares das ações, seja pela limitação ou vedação do exercício de direitos de votos: ações prioritárias, *golden shares*, certificados de depósito de ações (*depository certificates of shares*), quórum qualificado, limite de propriedade (*ownership ceilings*), restrições à transferência de ações[3] (*share transfer restrictions*).

Dentre todos estes arranjos, a emissão de ações preferenciais sem direito a voto tem funcionado como o principal mecanismo de separação entre propriedade e controle nas companhias brasileiras, permitindo aos acionistas majoritários manterem o controle com uma participação menor no capital da empresa do que seria necessário se todas as ações possuíssem igual poder de voto, aumentando, via de consequência, o incentivo para expropriação da riqueza dos demais investidores.

A propósito a matéria, importa salientar que a separação entre propriedade e controle resultante de diversos arranjos passou a ser tema de uma variada gama de estudos teóricos e empíricos[4], entretanto, apesar do volume de pesquisas já realizadas, parece não haver até o presente momento um consenso sobre os efeitos positivos ou negativos advindos da adoção de estruturas que permitam a atribuição de voto desproporcional ao montante do investimento realizado na companhia. Em particular, não há nenhuma evidência empírica conclusiva que apoie a teoria de que os desvios do princípio da proporcionalidade possam afetar sistematicamente o valor da companhia.

Essa constatação também foi reconhecida pelo *High Level Group of Company Law Experts*, estabelecido pela *European Commission*, ao analisar a situação da utilização de estruturas que permitam a separação entre propriedade e controle no âmbito da União Europeia:

> Até onde é de nosso conhecimento, não há nenhuma pesquisa acadêmica empírica conclusiva disponível demonstrando que a existência de desvios ao princípio da proporcionalidade afeta negativamente os objetivos enunciados, em particular, os relativos à criação de mercados de capitais competitivos, com acesso ao capital a custos atrativos [...].[5]. (tradução livre)

Isso ocorre, não pelo fato de que as pesquisas apresentem deficiências, mas notadamente, porque a literatura empírica reflete em cada estudo metodologias completamente distintas, bem como amostras variadas de companhias, seja em relação ao seu porte, tipo de acionistas (e.g. institucionais, Estado, etc) segmento de atuação, rentabilidade, importância no mercado de atuação, bem como tomam por base realidades distintas com relação à estrutura de propriedade predominante no país em que as empresas estão situadas, assim como o ambiente legal no qual estão inseridas.

Mesmo assim, vem se intensificando um movimento em direção ao princípio 'uma ação, um voto' sob o argumento de promover proteção adequada aos acionistas[6]. A lógica por detrás deste princípio está centrada no fato de que quando existe uma proporção entre o investimento econômico e o poder de decisão, os acionistas estarão imbuídos de incentivos para exercer o voto em vista da maximização do valor da companhia, uma vez que, agindo dessa forma, eles serão beneficiados pelos ganhos então decorrentes. Da mesma forma, caso tomem decisões em prejuízo da companhia, serão eles que suportarão as perdas correspondentes.

A *contrario sensu*, a utilização de mecanismos que permitam dissociar o investimento do direito de voto pode incentivar o controlador a expropriar o investimento dos demais acionistas, uma vez que ele será beneficiado tanto pelas decisões acertadas quanto por aquelas que trouxerem prejuízos à companhia, isto é, já que o controle foi assumido sem a necessidade de aportar mais da metade do capital da companhia, o controlador sofrerá menores perdas em seu patrimônio na hipótese de decisões desacertadas.

É de se notar que diversos estudos já foram produzidos a respeito da estrutura de propriedade e de controle das empresas e do grau

efetivo de proteção legal aos acionistas minoritários, tendo se chegado a diversas conclusões, sobretudo a de que o modelo de bloco de controle que predomina na Europa Continental, no Leste da Ásia, na Índia e em emergentes como o Brasil é normalmente associado a países com histórico de pouca proteção ao investidor em detrimento de outros *stakeholders*[7].

Dentre esses estudos, insta salientar o realizado por Claessens[8], no qual o autor traçou as principais consequências da adoção do modelo concentrado de capital. Segundo seus trabalhos, uma das principais consequências positivas do modelo concentrado reside no efeito-incentivo, isto é, em razão da expressividade dos investimentos titularizados na companhia, os grandes acionistas teriam não apenas maiores incentivos para angariar informações e monitorar os gestores, mas também maior interesse na maximização do valor da empresa. Vale dizer, quanto maior a participação do acionista controlador no capital total da empresa, maior o interesse pela maximização do valor corporativo.

As consequências negativas, por sua vez, estariam no chamado efeito-entrincheiramento, observado quando, depois de determinada concentração da propriedade, os grandes acionistas passam a buscar benefícios particulares do controle à custa dos demais investidores. Segundo a doutrina de Bebchuk[9] tais benefícios podem ser explicados como a utilização, pelos acionistas controladores, do seu direito de controle (direito de voto) para perseguirem objetivos que os favoreçam ao invés de beneficiarem todos os acionistas, gerando aos controladores um ganho extra além do que seria justo pela sua fatia da propriedade.

Com isso se quer dizer que o efeito-entrincheiramento encerra a ideia de que quanto maior o direito de controle do acionista controlador, maior a probabilidade de expropriação da riqueza dos outros acionistas[10].

No caso do Brasil, os efeitos negativos podem ser ainda maiores, especialmente pela utilização dos mencionados mecanismos que permitem a separação entre propriedade e controle, mesmo diante de um sistema de propriedade altamente concentrado[11]. Prova disso está no elevado índice de ações sem direito a voto encontrado nas companhias abertas brasileiras[12].

Para o fim de analisar os impactos da utilização dessas ações nas companhias, um importante estudo foi realizado por pesquisadores

alemães[13], os quais pautaram sua análise a partir do exame de empresas que decidiram unificar suas classes de preferenciais sem direito a voto em ações ordinárias.

O objetivo principal do estudo era investigar se a conversão das ações em questão criaria valor para as companhias analisadas. A pesquisa foi realizada com uma amostra de 43 companhias alemãs, que unificaram suas ações no período compreendido entre 1987 e 2003.

Os estudiosos concluíram que a unificação das ações proporcionou redução significativa no custo de capital das empresas, especialmente em decorrência do incremento dos preços das ações e do aumento da liquidez de seus papeis, indicando que a adoção do princípio 'uma ação, um voto', é capaz de criar valor que se prolonga no tempo e beneficia os acionistas em sua totalidade[14].

Nesse contexto, se por um lado é possível vislumbrar benefícios de ser ter um acionista controlador identificado, ou ao menos identificável, tal como a possibilidade de monitoramento mais eficaz dos gestores da companhia, por outro, o uso de expedientes que promovam o desvio entre poder político e econômico gera uma combinação inquietante de muito poder com baixa alocação de recursos próprios, reduzindo-se os benefícios de se ter um acionista controlador e aumentando-se o potencial para expropriação das riquezas dos investidores menores.

Com isso, uma vez que suas decisões terão impactos insignificantes em seus ganhos pessoais, práticas resultantes na extração de benefícios particulares tais como a realização de negócios com outras companhias que possam lhe trazer maiores ganhos, a celebração de contratos com partes relacionadas para obtenção de vantagens indevidas (*self dealing agreements*) e a transferência de ativos da sociedade para outra companhia sob seu controle poderão ser estimuladas.

Os professores Bebchuk, Kraakman e Triantis também realizaram um importante trabalho[15] para verificar como a adoção de estruturas que dissociam os direitos políticos do fluxo de caixa podem afetar certas decisões dos controladores. A essas estruturas foi conferida a nomenclatura *Controlling-Minority Structure* ("CMS") – tratam-se das CEM a que estamos nos referindo no presente trabalho.

Os autores analisaram as três estruturas que consideram como principais, a saber, classes de ações com diferentes direitos de voto, estruturas piramidais e participações cruzadas e demonstraram, do ponto de vista econômico, como os controladores podem se valer de cada uma delas para extrair benefícios particulares da companhia.

A partir dos resultados obtidos, os autores afirmam que quando o ordenamento está assentado em regras mais brandas de proteção aos acionistas, naturalmente há maiores incentivos para a extração de benefícios particulares de controle, o que conduz a uma maior relutância dos controladores em abrir mão dessa posição na companhia.

Via de consequência, as companhias inseridas nessa realidade tendem a obter recursos no mercado mediante a criação de estruturas que não ameacem a estabilidade do controle, sobretudo por meio da diluição da participação do controlador nos direitos políticos da companhia.

Consequentemente, nos países em que o potencial para a extração de benefícios particulares de controle é elevado, os controladores buscarão financiamento para a companhia mediante o uso de expedientes que permitam não apenas a sua manutenção no controle, mas também que diminuam os impactos em sua participação na companhia na hipótese de tomada de decisões que afetem o patrimônio social. Nessa acepção, "olhando para a frequência das estruturas 'CMS' em outras partes do mundo, é difícil não ficar impressionado com o fato de que elas parecem florescer em países onde os mercados de capitais e sistemas jurídicos não são tão desenvolvidos como nos Estados Unidos[16]".

À margem disso Erica Gorga procura explicar o fenômeno da manutenção do controle a qualquer custo no Brasil, por meio da cultura patrimonialista do empresariado nacional, a qual restringe o desenvolvimento do mercado de capitais do país. Segundo a autora: "[o] controlador brasileiro típico parece maximizar sua utilidade a partir do exercício do controle, mesmo que, para isso, tenha que abrir mão da possibilidade de maior capitalização e crescimento da companhia[17]".

Ocorre que o acionista controlador, enquanto detentor de ações ordinárias, também deseja ser recompensado pela sua posição na companhia e, uma vez recebendo parcela diminuta dos dividendos, terá

maiores incentivos para incrementar a sua renda por meio da prática de atos que promovam favorecimento pessoal, tais como transações com partes relacionadas, realização de operações comerciais ou financeiras a preços menores do que os praticados no mercado, transferência de lucros (em alguns casos de prejuízos para que possam ser fiscalmente aproveitados) para empresas nas quais possua maior participação (*tunneling*[18]), uso de informação privilegiada em detrimento dos demais acionistas, remuneração exorbitante, práticas de nepotismo, uso de infraestrutura da sociedade para negócios particulares, entre outros.

Nesse contexto, importa fazer referência aos conhecidos estudos realizados por Alexander Dyck e Luigi Zingales[19] e Tatiana Nenova[20], uma vez que os resultados obtidos mensuraram os benefícios particulares de controle em diversos países, incluindo o Brasil.

Nos trabalhos de Dyck e Zingales referidos acima, os autores procuraram medir a quantidade de benefícios particulares que os controladores extraem em relação ao valor total dos valores mobiliários da companhia.

Segundo o método adotado pelos pesquisadores, os benefícios particulares podem ser quantificados pela diferença entre o preço pago por ação pelo adquirente do controle e o preço da ação no mercado. Os autores se basearam em uma amostra de 412 operações de venda de controle, realizadas em 39 países, entre 1990 e 2000. Ambos constataram que os benefícios particulares do controle atingem 65% do valor acionário no Brasil, o valor mais elevado de todos os países considerados na amostra.

Os resultados confirmaram que benefícios particulares de controle estão relacionados, sobretudo, a mercado de capitais menos desenvolvidos, concentração de propriedade, privatizações negociadas de modo privado e menor proteção aos investidores.

Já nas pesquisas de Tatiana Nenova, também referidas acima, demonstrou-se que o valor do controle no Brasil situa-se, em média, na casa de 23%[21] do valor da companhia. A autora usou uma amostra de 661 sociedades com ações de duas classes – com direito de voto e sem direito de voto – em 18 países, com referência ao ano de 1997[22].

Ressalte-se que Dyck e Zingales adotaram como premissa o valor de venda do bloco de controle, ao passo que Nenova mediu a diferença de preços entre ações preferenciais e ordinárias cotadas em bolsa (*dual class firms*).

A autora partiu do pressuposto de que os preços das ações ordinárias apresentavam um prêmio que refletiria o valor dos benefícios particulares do controle, *i.e.*, o preço de cada ação com direito a voto sempre estará acima de seu valor patrimonial, em relação às ações sem direito a voto, em função da permanente expectativa de que essas ações serão requisitadas por um competidor em eventual disputa pelo controle.

Nenova ainda desloca o foco da análise do prêmio de controle para o valor do controle, o qual pode ser definido como uma função do valor dos benefícios particulares esperados por um competidor em potencial disputa pelo controle, medido em relação ao valor de capitalização de mercado da companhia.

No Brasil, significa dizer que 16% a 23% do valor da companhia é extraído pelo controlador, independentemente de sua participação no capital social, sendo o restante do fluxo de caixa livre dividido entre o controlador e os demais acionistas, de acordo com o percentual detido no capital da companhia.

Dessa perspectiva, é possível concluir que Dyck e Zingales exaltam o estágio geral de evolução da sociedade como fator determinante na variação do valor de prêmio de controle, evidenciando elementos como melhores padrões de contabilidade, maior proteção legal aos acionistas minoritários, aplicação mais eficiente da lei, existência de leis capazes de impedir a concorrência desleal, ampla divulgação pela imprensa dos comportamentos indesejáveis dos controladores e cumprimento efetivo de regras fiscais, como principais responsáveis pelo menor nível de benefícios particulares de controle. Tatiana Nenova, por sua vez, se atém às questões atinentes ao contexto jurídico e demonstra fatores como a rigidez do ambiente legal (incluindo *enforcement*), regras aplicáveis a hipóteses de tomada de controle e grau de autonomia do controlador para modificar o estatuto social – inclusive com poderes de exclusão de cláusulas protetivas

aos minoritários – como variáveis que explicam até 75% da variação do prêmio de controle entre os países analisados.

De todo modo, ambas as análises demonstram que os benefícios particulares do controle no Brasil são elevados o suficiente para provocarem entraves ao bom funcionamento do mercado.

Ao trazer estas constatações para a realidade das companhias que se valem das CEMs, nota-se que, apesar das grandes divergências entre os estudos empíricos a respeito do assunto, a análise sobre o tamanho dos ganhos ou das perdas dos investidores, em detrimento dos ganhos decorrentes de obtenção de benefícios particulares pelos controladores, deve estar fundada em estudo que analise o grau de separação entre propriedade e controle por meio de CEMs e o prêmio de controle. Apenas com os resultados de um estudo econômico dessa natureza seria possível dizer se o desvio da regra 'uma ação, um voto' destrói ou não valores dos acionistas.

Essa discussão também interessa ao Direito Internacional Privado, em razão da competição regulatória entre Estados membros da União Europeia e de outros países[23] para atrair e manter companhias constituídas localmente, uma vez que grandes multinacionais têm mudado para outras localidades onde seja permitido o uso de CEM, levantando os reguladores a refletirem se a instituição da regra 'uma ação, um voto' seria eficaz em termos da competitividade entre os países. Na Itália, por exemplo, a preocupação em torno do tema foi intensificada com a mudança de uma das mais importantes multinacionais do país, a Chrysler-Fiat para a Holanda no ano de 2014, justamente para se valer da legislação holandesa, que permite a utilização de determinadas estruturas de CEM até então vedadas pelo ordenamento italiano.

II. DISCUSSÃO DE CASO: AÇÕES SUPERPREFERENCIAIS PELA AZUL S.A. E PELA TRACK&FIELD

No ordenamento brasileiro o direito ao voto não é visto como um direito essencial do sócio e, portanto inerente à sua qualidade, mas sim, como um instrumento para o alcance de determinado interesse. Prova

disso está não apenas na omissão deste poder no rol de direitos essenciais do art. 109 da Lei 6.404/76 ("LSA"), mas também na própria possibilidade de emissão de ações preferenciais sem voto (LSA, art. 17,§2º).

Importa observar, desde já, que as ações preferenciais sem voto foram introduzidas no Brasil por meio do Decreto n.º 21.536, de 15 de junho de 1932, o qual não estabeleceu qualquer limite para a emissão desse tipo de ação, fator este que conduziu diversas empresas a cometerem abusos a ponto de que diversas delas chegaram a ter 90% do seu capital representado por ações desprovidas de direitos políticos.

Por esse motivo, com o advento do Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, o limite para a emissão dessas ações passou a ser de 50% do capital total da companhia.

Posteriormente, com introdução da Lei n.º 6.404/76, esse limite foi novamente alterado, tendo sido aumentado para 2/3, mas, dessa vez, o parâmetro não era mais o capital social e sim o total de ações emitidas. Dessa forma, passou-se a permitir que o controle pudesse ser exercido com 17% do capital total.

Com efeito, em razão do disparate legal de se permitir o comando da companhia por alguém que tivesse aportado não mais do que 17% do seu capital, além do propósito geral de prover condições para o desenvolvimento do mercado, foi aprovada no Brasil, em 2001, a reforma na Lei das Sociedades Anônimas, por meio da qual o limite da emissão de ações preferenciais sem direito a voto foi novamente alterado, passando de 2/3 para 50% do total de ações emitidas.

Essa alteração, no entanto, foi meramente paliativa, sobretudo em vista da incongruência entre o propósito anunciado pelo legislador (de reforçar a proteção dos minoritários) e o que efetivamente ocorreu na prática, isto é, se o objetivo da reforma de 2001 era impulsionar um mercado acionário forte e verdadeiramente democratizado, por que então foi mantido o parâmetro 'total de ações' ao invés do 'total do capital', uma vez que, ao fazê-lo, o legislador abriu uma brecha para que a diminuição do limite de ações sem direitos políticos fosse contornada pela emissão dessas ações a preços exagerados, resultando, na prática, no retorno do que se

pretendia banir, que é a possibilidade de a companhia ser controlada por um acionista (ou grupo de acionistas) que dela participa com pouquíssimo capital.

Aproveitando-se dessa falha na legislação, algumas companhias têm emitido ações conhecidas como superpreferenciais, as quais constituem ações preferenciais sem direito a voto, com preço de emissão exageradamente maior ao das ações ordinárias, tendo como contrapartida a promessa de que seus titulares receberão dividendos muito superiores aos dos ordinaristas, fazendo retornar, por vias indiretas, a possibilidade de que o controle da companhia seja exercido com parcela ínfima do capital da companhia. Isto é, como a maior parcela do capital é investida por acionistas sem direito a voto, o controlador, detentor de ações votantes, consegue controlar a companhia investindo muito pouco em seu capital.

Esse foi o caso emblemático da companhia aérea Azul S.A. ("Azul"), cujo estatuto social estabelecia uma proporção, em termos de direitos econômicos e patrimoniais, de 75:1 entre ações ordinárias e ações preferenciais, de modo que uma ação preferencial teria valores e direitos equivalentes a 75 ações ordinárias.

Numa brevíssima síntese, uma vez que o caso teve diversos desdobramentos, o colegiado da CVM entendeu pela legitimidade da emissão de ações superpreferenciais pela Azul, valendo-se de uma interpretação literal da lei societária, a qual estabelece um limite para a emissão de preferenciais sem direito a voto com base no total de ações da companhia e não no seu capital.

Com efeito, a decisão proferida pela CVM no caso da Azul abriu importante precedente que aponta para a legalidade da adoção das ações superpreferenciais, havendo a chancela de uma estrutura que permite, na prática, o exercício do controle da companhia pelos detentores de 0,6579% dos recursos que compõem o seu capital social, contrariando frontalmente o propósito da reforma da lei societária de 2001, que justamente serviu para impedir que essa situação voltasse a ocorrer em nosso ordenamento.

No caso em questão, o pagamento de elevadíssimos dividendos às superpreferenciais se justificaria em função dos maiores preços pagos por

cada ação desse tipo. De fato, na atual legislação não consta qualquer teto que possa limitar o valor de dividendos a serem pagos a qualquer acionista, tampouco que restrinja o preço de emissão dessas ações. Nesses termos, há ampla liberdade para que a companhia decida por quanto irá lançar suas ações e quanto seus titulares poderão receber quando os lucros forem repartidos e quanto a isso não há que se falar em freios, pois são justamente as vantagens econômicas atribuídas às preferenciais que constituem um autêntico chamariz para atrair investimentos.

Entretanto, essa ampla liberdade associada a um limite de emissão baseado no total de ações e não no total do capital parece ser o núcleo de onde surge toda a problemática sobre o exercício do controle com baixa alocação de recursos, uma vez que em atendimento à conveniência do controlador, tal limite tem sido interpretado literalmente, sem levar em conta a sua essência e, sobretudo a sua finalidade.

Importa notar que a estrutura adotada no caso da Track&Field difere daquela formatada pela companhia Azul.

No modelo desenhado pela Track&Field, o capital da companhia será dividido em ações ordinárias e preferenciais. Ambas as classes de ações terão os mesmos direitos, inclusive de voto, sendo que as ações preferenciais terão direito a dividendos 10 vezes maiores do que as ações ordinárias. Assim, as ações ordinárias poderão ser emitidas numa proporção de 10 para 1 em relação às ações preferenciais. Como inicialmente as ações ordinárias serão detidas apenas pelos fundadores, eles poderão controlar a companhia enquanto detiverem pelo menos 10% dos seus direitos econômicos.

Em linha com a prática norte-americana, a companhia também adotou a chamada "sunset-clause". Assim, de acordo com seu estatuto social, as ações preferenciais serão automaticamente convertidas em ações ordinárias, na proporção de 10 ações ordinárias para cada ação preferencial, se e quando a porcentagem de participação nos dividendos representada pelo número total de ações ordinárias emitidas pela companhia, excluídas as ações em tesouraria, for inferior a 10%.

Assim, muito embora todas as ações tenham direito a voto, inclusive as superpreferenciais, o efeito de conferir o controle a quem menos investiu na companhia permanece nessa estrutura.

O direito a receber dividendos dos titulares de ações ordinárias de emissão da Companhia é 10 vezes inferior ao dividendo distribuído aos titulares de ações preferencias de nossa emissão. O fato dos acionistas controladores da companhia receberem parcela proporcionalmente inferior aos dividendos que a companhia distribui, em relação aos dividendos aos quais os acionistas titulares de ações preferenciais têm direito, pode influenciar suas decisões relativas à distribuição de dividendos ou proventos, que eventualmente, podem ser divergentes do interesse dos acionistas titulares de ações preferenciais.

III. SOLUÇÃO ADOTADA PARA O USO DE CEMS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

No ano de 2006 ressurgiram as discussões sobre as vantagens e desvantagens da adoção do princípio "uma ação-um voto" pela Comunidade Europeia, a qual encomendou um estudo bastante abrangente, desenvolvido em conjunto pelo *Institutional Shareholder Services - ISS*, pelo escritório de advocacia *Sherman & Sterling LLP* e pelo *European Corporate Governance Institute – ECGI*, sobre o tema *Proportionality between Ownership and Control in EU Listed Companies: Comparative Legal Study*[24].

O estudo em questão tratou do tema relativo à proporcionalidade entre a propriedade e o controle nos Estados que integram a União Européia. O objetivo do trabalho consistiu (i) na identificação dos desvios existentes no âmbito do princípio da proporcionalidade pelas empresas presentes em países pertencentes à União Europeia; na análise da regulamentação dos Estados membros a este respeito; (ii) na avaliação de seu significado econômico para o mercado; e (iii) no impacto sobre os investidores financeiros da União Europeia, tendo como propósito último examinar a necessidade de promover modificações na regulamentação então em vigor a respeito da matéria.

A pesquisa englobou uma amostra de 464 empresas, com sede em 16 Estados Membros da União Europeia e foi realizada com base em informações disponíveis ao público no período compreendido entre setembro e dezembro de 2006.

Os principais resultados encontrados podem ser assim sintetizados: (i) 44% das empresas utilizam pelo menos uma CEM; (ii) os CEM mais comuns são, nessa ordem: estuturas primaridais (27%), direitos múltiplos de votos (24%), acordo de acionistas (12%) e limites de direito de voto (11%); (iii) os países que mais se valem de CEMs, nessa ordem, são: França, Suécia e Espanha; e (iv) as companhias listadas recentemente e de menor porte tendem a apresentar número menor de CEMs (27%) quando comparadas às listadas há mais tempo e de maior porte (52%).

O trabalho também englobou uma pesquisa junto a 445 importantes investidores institucionais, os quais representam 13% do total de ativos sob gestão na Europa, correspondente a cerca de € 4,9 trilhões, com o objetivo de compreender a percepção de tais investidores sobre a utilização de CEM pelas empresas europeias.

Os resultados demonstram que, no geral, os investidores veem as CEMs com uma perspectiva negativa, tanto que 80% deles espera ter um desconto que varia de 10% a 30% no preço das ações emitidas por empresas que se valham de CEMs.

Os investidores consultados no estudo em questão também apresentaram comentários no sentido de que deve haver um real incremento nas regras de transparência das CEM a fim de melhorar as informações transmitidas ao mercado a este respeito, bem como sobre os impactos que estas estruturas representam para a companhia.

Na perspectiva regulatória, a questão foi analisada contrapondo-se dois fundamentais princípios que norteiam a questão: Princípio da Proporcionalidade (uma ação-um voto) e o Princípio da Autonomia da Vontade.

Nenhuma das jurisdições analisadas adota integralmente um ou outro princípio; no geral, permanecem em uma posição intermediária, o que significa dizer que mesmo nos países que adotam o Princípio da Proporcionalidade, também são utilizadas variadas CEM. Todas as CEM, exceto o Certificado de Depósito, são permitidas em mais de 40% das jurisdições analisadas e seis das CEMs são autorizadas em mais de 80% dos países da amostra, o que indica que o Princípio da Autonomia da Vontade está profundamente enraizado em todas as culturas estudadas.

Em resposta aos resultados obtidos no trabalho em questão, o Comissário McCreevy declarou expressamente no discurso apresentado ao Parlamento Europeu[25] que não seria introduzida nenhuma norma (*soft ou hard*) que determinasse a adoção do princípio uma ação, um voto pelos Estados-Membros, tampouco que impusesse deveres adicionais de transparência na utilização de estruturas que dissociassem direitos econômicos e políticos, uma vez que a legislação europeia já contém uma série de regras que podem ser invocadas para este propósito.

No entanto, muito embora no plano europeu a solução tenha sido por manter as coisas da forma como estão, esse entendimento não é uníssono, conforme se depreende do extenso relatório produzido pelo *European Corporate Governance Forum Working Group on Proportionality*[26], a partir do qual se concluía respeito da necessidade da instituição de regras que determinem mais transparência na instituição das CEMs. Nas palavras do jurista Klaus Hopt, um dos *experts* que participou da elaboração do referido relatório: "*I belong to those experts and investors who, even in light of the economic evidence brought forward in the aforementioned studies, plead for more transparency in the need for a use of control-enhancing mechanisms*"[27].

IV. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O BRASIL

Dentre as várias soluções que se poderiam sugerir para a questão da utilização de mecanismos capazes de dissociar o poder de mando dos valores investidos na companhia, optamos por tratar objetivamente de dois modelos: (i) proibição da utilização de CEM, mediante a determinação do padrão 'uma ação, um voto'; ou (ii) manutenção da permissão do uso de CEMs.

4.1. Proibir o uso das CEM mediante a determinação da regra 'uma ação, um voto'

No último Relatório Oficial sobre Governança Corporativa na América Latina elaborado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)[28], a organização se posiciona no sentido de que:

> A solução mais adequada talvez seja a de impor a exigência de um voto por ação, a menos que se possa demonstrar que já existem controles suficientes, proteções legais efetivas e mecanismos de execução devidamente implementados, que assegurem o respeito aos direitos legais e contratuais de ações com direitos limitados de voto e de ações não votantes.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da *International Corporate Governance Network* (ICGN), a qual se manifestou[29] favorável à adoção do padrão uma ação, um voto, especialmente no caso do Brasil, a fim de que direitos básicos dos minoritários possam ser resguardados.

No entanto, entendemos que a determinação de tal padrão a todo custo não parece ser a panaceia para todos os males, isso porque a proibição do uso das CEMs poderia ser facilmente contornada por meio da utilização de mecanismos alternativos capazes de afetar a proporcionalidade dos direitos de votos na companhia, os quais podem ser ainda mais perversos do que as CEMs, uma vez que geralmente são menos transparentes e mais difíceis de serem afastados do ordenamento pelo legislador.

Além disso, a proibição das CEMs poderia ter efeitos indesejáveis no que diz respeito à política de longo prazo das empresas, dificultando o acesso ao mercado de capitais, sobretudo para as empresas familiares, as quais geralmente se valem desses mecanismos para que possam se capitalizar e manter a figura do fundador no controle da companhia.

Ainda, é possível argumentar que proibir a utilização das CEM implicaria na violação à liberdade de contratar, já decisão de utilizar ou não esses expedientes ficaria a critério das companhias, na tentativa de adaptar suas ofertas às preferências dos investidores.

4.2. Manter a permissão para a utilização de CEMs

Uma das principais vantagens na utilização de CEM, sobretudo de ações preferenciais sem direito a voto, consiste na possibilidade de capitalizar a companhia, mantendo-se o controle, fator este que tem funcionado como um incentivo para os empresários, sobretudo empresas

familiares, para listar suas ações em bolsa, provendo a liquidez do mercado. Por outro lado, foi visto que uma das principais desvantagens consiste no aumento dos riscos de expropriação de valores da companhia pelos acionistas controladores, em função da desproporção entre o poder de mando e o valor investido na companhia.

Ante a este trade-off entre (i) permitir a adoção de CEMs como forma de facilitar o acesso ao mercado de capitais, com o risco de aumentar as possibilidades de obtenção de benefícios privados por controladores ou (ii) proibir a utilização dessas estruturas como forma de reduzir as possibilidades de extração de tais benefícios pelos controlador, eliminando-se, no entanto, uma alternativa importante de financiamento pelas companhias, parece que o equilíbrio estaria na manutenção da possibilidade de capitalização por meio do uso de CEM, com a simultânea mitigação do risco de obtenção de benefícios particulares pelo controlador. Este equilíbrio, a exemplo do que já ocorre em outros países, principalmente na Europa, estaria no incremento de regras de transparência e na instituição códigos de governança corporativa nacionais, aplicados nos termos da regra *comply or explain* (essa prática já é adotada no Código de Governança Corporativa do Reino Unido há 22 anos, considerado um dos códigos mais influentes no mundo).

Por meio da adoção do *pratique ou explique*, os agentes de mercado e os órgãos reguladores poderão reunir, a médio/longo prazo, um banco de dados com informações sobre as práticas mais ou menos adotadas, acompanhadas das correspondentes justificativas, de modo que possam promover os aprimoramentos e criar os mecanismos de ajustes aplicáveis ao sistema no país.

Enquanto esses dados são coletados, é preciso que sejam incrementadas as atuais normas sobre transparência nas companhias, as quais, muito embora possam ser invocadas para a proteção indireta nos abusos cometidos pela utilização de CEMs, não contêm nenhum dispositivo que obrigue a divulgação específica dessas estruturas, tampouco os riscos adicionais a que ficam sujeitos os minoritários dessas companhias.

É preciso ter em mente, no entanto, que mais do que introduzir normas voltadas à transparência das CEM, parece de todo necessário verificar a sua efetividade com base na análise da qualidade das informações

divulgadas. Isso porque o dever de transparência não constitui uma realidade em si mesmo, tampouco deve ser deixado ao crivo dos participantes do mercado o seu cumprimento, devendo ser regulamentado por meio de normas específicas que determinem objetivamente o que deve ser objeto de divulgação.

Em outros termos, a determinação pura e simples de regras gerais e pouco objetivas a respeito do que deve ser divulgado poderia ensejar o risco de que as companhias fornecessem apenas informações em caráter formal, sem que houvesse a efetiva transparência buscada pela norma, além de gerar novos custos para que os investidores façam novas divulgações além daqueles já previstas na legislação.

V. CONCLUSÃO

As soluções propostas estão fundamentadas no propósito maior de que a legislação societária possa afastar, de modo eficiente, as possibilidades de extração de benefícios privados por quem quer que esteja no comando da companhia, sejam os administradores (na realidade em que o capital é disperso), sejam os acionistas majoritários (no padrão concentrado de capital). Isso faz sentido na lógica de que se o regime societário estiver adequadamente estruturado, haverá menos necessidade de se preocupar com o sistema de votação e a existência de votos que desviem do princípio da proporcionalidade deixaria de ser uma preocupação importante.

De fato, nos países que oferecem níveis mais baixos de proteção legal aos investidores, como é o caso do Brasil, a determinação da regra 'uma ação, um voto' parece servir como um substituto aos mecanismos legais que nem sempre são suficientes para impedir a extração de benefícios pelos controladores, no entanto, a sua determinação não significa uma necessária democratização das relações societárias, seja porque os acionistas poderão migrar para outras formas que também permitam a dissociação entre propriedade e controle[30] (e.g. estruturas piramidais), as quais podem ser ainda mais perigosas do que a emissão de ações sem voto; seja pelo fato de que a possibilidade de extração de benefícios particulares pelo controlador também pode ocorrer em um ambiente no qual o padrão 'uma ação, um voto' seja a regra. No Brasil, por exemplo, dificilmente um minoritário consegue exercer influência na Assembleia Geral, tendo

em vista que as decisões são toadas, como regra, por uma maioria estável, que não se alterna, ficando os demais acionistas em uma posição de mera subordinação.

Desta feita, não há um modelo teórico a ser transformado em guia, sendo de todo necessário levar em conta a realidade de cada país para que se possa determinar o padrão 'uma ação, um voto' como boa prática de governança.

Considere-se ainda que a instituição desse princípio pode gerar a emigração de multinacionais importantes para outras localidades, onde se permitam utilizar as CEM como alternativas de capitalizar a companhia, reduzindo a competitividade do país, justamente num momento em que a riqueza das nações é em grande parte associada ao fenômeno da globalização e da intensificação das trocas comerciais por ela proporcionada.

NOTAS

[1] Conforme assinalado por Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "Because voting is expensive, the participants in the venture will arrange to conserve on its use". EASTERBROOK, Frank H.; FISCHEL, Daniel R. Voting in Corporate Law. *The Journal of Law & Economics*, Chicago: *University of Chicago Press*, v. 26, n. 2, 1983, p. 402.

[2] Em razão da discussão global do assunto, foi produzido estudo que será objeto de análise neste trabalho: Institutional Shareholder Services – ISS; Sherman & Sterling LLP; e European Corporate Governance Institute – ECGI. Proportionality between Ownership and Control in EU Listed Companies: Comparative Legal Study. Disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/company/shareholders/indexb_en dexb_en.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

[3] As restrições nas transferências de ações são, como regra, acordadas entre as partes mediante a celebração de contratos e, por isso, as modalidades apontadas a seguir podem sofrer variações e até mesmo combinações entre elas, conforme a estratégia adotada de cada companhia. Há sete tipos mais comuns de restrições nas transferências de ações a terceiros: (i) direito de primeira oferta (*right of first refusal*); (ii) direito de preferência (*preemptive right*); (iii) direito de venda conjunta (*tag along*); (iv) venda conjunta forçada (*drag along*); (v) vedação à negociação (*lock up period*); (vi) opção de venda/compra (*put and call option*); e (vii) aquisição das ações pela própria companhia ou pelos demais acionistas (*buy-sell agreements*). Sobre o assunto, vide CASQUET, Andréia Cristina Bezerra. Alienação de Controle de Companhias Fechadas. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

[4] BURKART, Mike C.; LEE, Samuel. The One Share - One Vote Debate: A Theoretical Perspective (May 2007). ECGI - Finance Working Paper No. 176/2007. Disponível em: <SSRN: https://ssrn.com/abstract=987486>. Acesso em 22.2.2020.

[5] European Corporate Governance Forum Working Group on Proportionality. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/workinggroup_proportionality_en.pdf>. Acesso em 15.01.2020.

[6] Quando as ações apresentam direito a voto, existe uma conexão entre investimento econômico e poder de decisão, o que tende a contribuir para a maximização do valor da companhia. GROSSMAN, Stanford; HART, Oliver. One share-one vote and the market for corporate control. *Journal of Financial Economics*, Rochester, v.20, n. 1-2, Jan./Mar. 1988, p.175-202; GORDON, Jeffrey N. Ties that bond: dual class common stock and the problem of shareholder choice. Berkeley: *California Law Review*, v.76, Jan. 1988, pp. 1-77; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Law and Finance. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 106, n. 6, Dec. 1998, pp.1113-1155.

[7] Ao fazer uma análise comparativa a respeito da relação entre propriedade, controle e governança, Brian Cheffins sintetiza a questão da polarização das estruturas societárias entre dois sistemas principais: o de capital pulverizado ('outsider/arm's-length') e o de capital concentrado ('insider/control-oriented'). Ao passo que o primeiro está associado a um mercado de capitais forte, com rigorosos padrões de governança, o segundo, conforme assinalado, se caracteriza por mercados com poucas regras de proteção a investidores e stakeholders em geral. Ao passo que o Reino Unido e os Estados Unidos pertencem à primeira modalidade, na Europa Continental, assim como nas economias capitalistas do Leste da Ásia e Índia se enquadram na segunda categoria. O Japão constitui um caso em especial, em que muito embora seja rara a existência de blocos de controle, as empresas usualmente são formadas por acionistas estáveis, que não se alternam. Na Austrália e no Canadá as empresas são caracterizadas pelo sistema do 'outsider/arm's-length', muito embora os blocos de controle continuem a exercer influência considerável em ambas jurisdições. CHEFFINS, Brian R. *Corporate Ownership and Control: British Business Transformed*. Reino Unido: Oxford University Press, 2008, pp. 4-5. A conclusão de que o controle concentrado é caracterizado pela existência de grandes blocos de controle, mercado de capitais menos pujante e padrões menos rigorosos de transparência consta dos estudos de LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. Corporate ownership around the world. *Journal of Finance*, n. 54(2), 1999, pp. 471–517.

[8] Vide nota n. 21, p. 2741.

[9] BEBCHUK, Lucian. *A rent protection theory of corporate ownership and control*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1999, p. 30.

[10] Um outro custo importante apontado nos trabalhos de Shleifer e Visnhy diz respeito aos riscos embutidos na ausência de diversificação dos grandes acionistas, isto é, tendo em vista que o acionista possui grande parte da sua carteira investida na empresa, ele tende a minimizar seu risco por meio da diversificação excessiva da empresa ou pelo excesso de conservadorismo nos projetos empreendidos, promovendo, dessa forma, a expropriação indireta dos acionistas mediante o atendimento de objetivos pessoais que nem sempre coincidem com aqueles buscados pelo conjunto de acionistas que integra a companhia. SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. A survey of corporate governance. *Journal of Finance*. v. 52, n. 2, 1997, p. 758.

[11] BENNEDSEN, Morten; NIELSEN, Kasper Meisner. The Principle of Proportional Ownership, Investor Protection and Firm Value in Western Europe. ECGI – Finance Working Paper n. 134/06. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=941054>. Acesso em 7 de fevereiro de 2016. Os pesquisadores analisaram mais de 4.000 empresas de capital aberto de 14 países da Europa Ocidental para verificar o valor de desconto nas empresas que utilizam estruturas que permitem a dissociação entre investimento econômico e poder de controle. Os autores concluíram que o desconto é mais elevado tanto em ambientes que oferecem pouca proteção a seus investidores,

quanto naqueles em que o poder do controlador é desproporcional ao capital por ele investido na companhia.

[12] LEAL, Ricardo. P.; CARVALHAL DA SILVA, André L.; VALADARES, Silvia. Estrutura de controle e propriedade das companhias brasileiras de capital aberto. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 6, n. 1, 2002, pp. 7-18.

[13] EHRHARDT, Olaf; NOWAK, Eric; e KUKLINSKI, Jan. Unifications of Dual-Class Shares in Germany – First Empirical Evidence on Liquidity Effects of Share Class Unifications. *21st Australasian Finance and Banking Conference 2008*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=677000>. Acesso em 18 de março de 2016.

[14] Outro importante estudo já havia sido realizado: DITTMANN I.; ULBRICHT, N. Timing and Wealth Effects of German Dual Class Stock Unifications, *European Financial Management*, v. 14, n. 1, 2007, pp. 163-196. (Os autores analisaram 31 unificações na Alemanha, no período de 1990-2001 e constataram um aumento de 4% no valor da companhia no dia do anúncio da unificação. Também verificaram que a probabilidade de realizar a unificação aumenta se a perda do poder de voto do controlador não for grande).

[15] BEBCHUK, Lucian Arye; KRAAKMAN, Reinier; TRIANTIS, George G. Stock Pyramids, Cross-Ownership, and Dual Class Equity. The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control from Cash-Flow Rights In: MORCK, Randall K. *Concentrated Corporate Ownership*. Chicago: University of Chicago Press, 2000, 318p.

[16] Comentários realizados pelo professor de finanças Dennis Sheehan ao seguinte trabalho referido na nota xvii, p. 315. No original: "Looking at the frequency of CMS structures in other parts of the world, it is hard not to be struck by the fact that they seem to flourish in countries where capital markets and legal systems are not as developed as they are in the United States".

[17] GORGA, Érica. Análise da Eficiência de Normas Societárias: Emissão de Preferenciais, Tag Along e Composição do Conselho Fiscal. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 2007, p. 14.

[18] ATANASOV, Vladimir A; BLACK, Bernard S.; CICCOTELLO, Conrad S. Unbundling and Measuring Tunneling. *University of Illinois Law Review*, 2014, pp. 1697-1738. Os autores estudaram as principais formas pelas quais administradores e controladores podem extrair riquezas da companhia (*tunneling*) e as dividiram em três principais categorias: fluxo de caixa (*cash flow*), ativos (*assets*) e participações (*equity*). Os pesquisadores analisaram como o *tunneling* pode afetar o preço das ações e determinadas métricas financeiras da companhia e discutiram os casos da Gazprom na Russia e da Coca-Cola nos Estados Unidos para ilustrar como esses diferentes tipos de *tunneling* ocorrem em economias emergentes e desenvolvidas, respectivamente.

[19] DYCK, I. J. Alexander; ZINGALES, Luigi. Private benefits of control: an international comparison. *Journal of Finance*, v. 59, 2004, pp. 537-600.

[20] NENOVA, Tatiana. The value of corporate votes and control benefits: a cross-country analysis. *Journal of Financial Economics*, v. 68, 2002, p. 325-351.

[21] Alguns países apresentam valor de controle excessivamente elevado, com benefícios particulares que variam de 15% a 51% da capitalização da companhia: Brasil (16% a 23%), Chile (15% a 23%), França (26% a 28%), Itália (28% a 35%), México (46% e 51%), Austrália (13% a 21%) e Coreia do

Sul (31% a 38%). No outro polo, há países que apresentam patamares pouco significativos no que se refere à extração de benefícios particulares. Nesse grupo estão Canadá, Dinamarca, Hong Kong, Suécia e Estados Unidos, com benefícios particulares menores que 4% da capitalização. Finlândia, Noruega, África do Sul e Reino Unido apresentam índice menor que 10% da capitalização.

[22] Os resultados obtidos por Dyck e Zingales divergem dos obtidos por Tatiana Nenova, porque os autores se valeram de técnicas distintas de mensuração dos benefícios particulares do controle.

[23] Para uma análise mais aprofundada do assunto: VENTORUZZO, Marco. The disappearing taboo of multiple voting shares: regulatory responses to the migration of Chrysler-Fiat. Bocconi Legal Studies, 2015. BIANCHI, Marcello; BIANCO, Magda; GIACOMELLI, Silvia; PACCES, Alessio M.; TRENTO, Sandro. Proprietà e controllo delle imprese in Italia. Alle radici delle difficoltà competitive della nostra indústria. Bologna, Il Milano, 2005.

[24] Idem nota n. 2.

[25] Speech by Commissioner McCreevy at the European Parliament's Legal Affairs Committee. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-592_en.htm>. Acesso em 22.12.2019.

[26] Disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/workinggroup_proportionality_en.pdf. Acesso em 12.01.2020.

[27] HOPT, Klaus J. Obstacles to Corporate Restructuring. In: Perspectives in Company Law and Financial Regulation. Cambridge: Cambridge Press University, 2009, p. 392.

[28] A íntegra do relatório encontra-se disponível em: <https://www.oecd.org>. Acesso em 12.02.2020.

[29] Conferência realizada pelo ICGN em 30 de setembro de 2015, com a participação de investidores globais e empresas norte-americanas a respeito de prioridades para a promoção de reformas na governança mundial e os impactos gerados no mercado de capitais dos Estados Unidos, que contou com a presença de representantes do Brasil*, Canadá, França, Hong Kong e Estados Unidos.*

[30] Idem nota n. 2.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATANASOV, Vladimir A; BLACK, Bernard S.; CICCOTELLO, Conrad S. Unbundling and Measuring Tunneling. *University of Illinois Law Review*, 2014.

BEBCHUK, Lucian. *A rent protection theory of corporate ownership and control*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1999.

_____; KRAAKMAN, Reinier; TRIANTIS, George G. Stock Pyramids, Cross-Ownership, and Dual Class Equity. The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control from Cash-Flow Rights In: MORCK, Randall K. *Concentrated Corporate Ownership*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

BENNEDSEN, Morten; NIELSEN, Kasper Meisner. The Principle of Proportional Ownership, Investor Protection and Firm Value in Western Europe. ECGI – Finance Working Paper n. 134/06. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=941054>.

BIANCHI, Marcello; BIANCO, Magda; GIACOMELLI, Silvia; PACCES, Alessio M.; TRENTO, Sandro. Proprietà e controllo delle imprese in Italia. Alle radici delle difficoltà competitive della nostra indústria. Bologna, Il Milano, 2005.

BURKART, Mike C.; LEE, Samuel. The One Share - One Vote Debate: A Theoretical Perspective (May 2007). ECGI - Finance Working Paper No. 176/2007. Disponível em: <SSRN: https://ssrn.com/abstract=987486>.

CASQUET, Andréia Cristina Bezerra. Alienação de Controle de Companhias Fechadas. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CHEFFINS, Brian R. *Corporate Ownership and Control: British Business Transformed*. Reino Unido: Oxford University Press, 2008.

CLAESSENS, Stijn; DJANKOV, Simeon; LANG, Larry H. P. The separation of ownership and control in East Asian Corporations. *The Journal of Finance*, v. LVIII, 2000.

DITTMANN I.; ULBRICHT, N. Timing and Wealth Effects of German Dual Class Stock Unifications, *European Financial Management*, v. 14, n. 1, 2007.

DYCK, I. J. Alexander; ZINGALES, Luigi. Private benefits of control: an international comparison. *Journal of Finance*, v. 59, 2004.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHEL, Daniel R. Voting in Corporate Law. *The Journal of Law & Economics*, Chicago: *University of Chicago Press*, v. 26, n. 2, 1983.

EHRHARDT, Olaf; NOWAK, Eric; e KUKLINSKI, Jan. Unifications of Dual-Class Shares in Germany – First Empirical Evidence on Liquidity Effects of Share Class Unifications. *21st Australasian Finance and Banking Conference 2008*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=677000>.

European Corporate Governance Forum Working Group on Proportionality. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/workinggroup_proportionality_en.pdf>.

GORDON, Jeffrey N. Ties that bond: dual class common stock and the problem of shareholder choice. Berkeley: *California Law Review*, v.76, Jan. 1988.

GORGA, Érica. Análise da Eficiência de Normas Societárias: Emissão de Preferenciais, Tag Along e Composição do Conselho Fiscal. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 2007.

GROSSMAN, Stanford; HART, Oliver. One share-one vote and the market for corporate control. *Journal of Financial Economics*, Rochester, v.20, n. 1-2, Jan./Mar. 1988.

HOPT, Klaus J. Obstacles to Corporate Restructuring. In: Perspectives in Company Law and Financial Regulation. Cambridge: Cambridge Press University, 2009.

Institutional Shareholder Services – ISS; Sherman & Sterling LLP; e European Corporate Governance Institute – ECGI. Proportionality between Ownership and Control in EU Listed Companies: Comparative Legal Study. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/company/shareholders/indexb_endexb_en.htm>.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Law and Finance. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 106, n. 6, Dec. 1998.

_____. Corporate ownership around the world. *Journal of Finance*, n. 54(2), 1999.

LEAL, Ricardo. P.; CARVALHAL DA SILVA, André L.; VALADARES, Silvia. Estrutura de controle e propriedade das companhias brasileiras de capital aberto. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 6, n. 1, 2002.

NENOVA, Tatiana. The value of corporate votes and control benefits: a cross-country analysis. *Journal of Financial Economics*, v. 68, 2002.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. A survey of corporate governance. *Journal of Finance*. v. 52, n. 2, 1997.

Speech by Commissioner McCreevy at the European Parliament's Legal Affairs Committee. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-592_en.htm>.

VENTORUZZO, Marco. The disappearing taboo of multiple voting shares: regulatory responses to the migration of Chrysler-Fiat. Bocconi Legal Studies, 2015.

Andréia Cristina Bezerra Casquet

Pos-Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP.
Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP.
LL.M. em Direito Societário pelo Insper.
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.
Pesquisadora Visitante do Max Planck Institute for Comparative International and Private Law (Alemanha).
Professora e Advogada.

OS EFEITOS VINCULANTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A JURISDIÇÃO: LEVANDO O PROCESSO ADMINISTRATIVO A SÉRIO

Bernardo Strobel Guimarães
Caio Augusto Nazario de Souza

OS EFEITOS VINCULANTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A JURISDIÇÃO: LEVANDO O PROCESSO ADMINISTRATIVO A SÉRIO*

THE BINDING EFFECTS OF THE ADMINISTRATIVE PROCESS TO A JURISDICTION: TAKING THE ADMINISTRATIVE PROCESS SERIOUSLY

Bernardo Strobel Guimarães
Caio Augusto Nazario de Souza

RESUMO

Este artigo defende a necessidade de se aproveitar o processo administrativo como elemento de decisão nos processos judiciais. O objetivo do trabalho é uma comparação entre as duas formas de processo para o aproveitamento do processo administrativo dentro do processo judicial. O método de abordagem será o indutivo e o método de procedimento será o descritivo. O resultado a que se chega o presente trabalho é a possibilidade de se utilizar o processo administrativo dentro das decisões judiciais quando não houver qualquer vício processual, concluindo-se pela celeridade das decisões judiciais quando se tratar do âmbito administrativo, em decorrência da vinculação que a coisa julgada administrativa produziria às partes.

PALAVRAS-CHAVE: DEVIDO PROCESSO LEGAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PROCESSO JUDICIAL. APROVEITAMENTO. TUTELA DE EVIDÊNCIA.

ABSTRACT

The article defends the necessity of capitalize the administrative process as an element of decisions in judicial processes. The aim of the paper is to make a comparison between

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

the two ways of processes to manage the capitalization of the administrative process inside the judicial process. The approach's method is the inductive and the procedure's method is the descriptive. The result that was seen in this paper is the possibility of using the administrative process inside the judicial decisions when there is no procedural addictions, in conclusion for the celerity of the judicial decisions when it is related to the administrative area, because of the link that the administrative res judicata produces between the parts in the process.

KEYWORDS: *DUE PROCESS OF LAW. ADMINISTRATIVE PROCESS. JUDICIAL PROCESS. UTILIZATION. EVIDENCE TUTELAGE.*

SUMÁRIO: I. Um texto com dois objetivos; II. A equiparação constitucional entre processo administrativo e judicial e suas consequências: o caráter vinculativo do processo administrativo; III. A relação processual administrativa e seus efeitos vinculantes: os efeitos do dever geral de colaboração das partes; IV. Processo e efetividade: a tutela judicial vista a partir da máxima eficácia do processo administrativo; V. Técnicas processuais atributivas de efetividade à relação processual administrativa; VI. Conclusões tópicas.

I. UM TEXTO COM DOIS OBJETIVOS

O presente texto é, na perspectiva dos autores, duplamente instigador. Por um lado, ele aborda um tema rico do ponto de vista teórico: a interrelação entre o processo administrativo e o judicial. Por outro, e talvez mais importante, *o tema diz algo ao mundo concreto*. O direito serve para resolver problemas reais. Logo, a perspectiva concreta dos debates não pode ser sacrificada no altar do beletrismo.

Isso implica que o jurista deve se preocupar com as consequências práticas de suas proposições. Especialmente em matéria processual, em que as propostas defendidas em nível teórico reverberam na efetiva capacidade de o Estado prestar jurisdição de modo eficiente. *A disciplina processual tem compromissos com a realidade*.

Nessa linha, este texto se preocupa em *contribuir com a celeridade das decisões judiciais e com a sua qualidade*. Afinal, não se pode mais ignorar o fato de que *grande parte da litigiosidade encontrada no Brasil envolve o Estado, nas suas mais diversas facetas*.

Um dos desafios postos pelo cenário brasileiro é racionalizar os litígios que envolvem o poder público. Frequentemente, o Estado adota padrões de atuação que se afastam do direito (como por exemplo no caso de decisões não fundamentadas ou, ainda, propriamente *contra legem*), estimulando litígios.

Soma-se a isso a complexidade da atuação administrativa, que muitas vezes conduz à perda de clareza acerca das decisões da Administração, a estimular o litígio. Por outro lado, a ausência de deferência às decisões do Estado (sob a errônea interpretação de que a discussão poderá ser largamente revisitada perante o judiciário) conduz à instalação de litígios, em que particulares têm incentivos para tentar contornar as decisões administrativas (mesmo que elas sejam corretas).

O resultado é a *intensa litigiosidade que envolve as relações público-privadas, degradando a efetividade do Judiciário como sistema vocacionado a gerar externalidades positivas para a sociedade*. Um resultado curioso, considerando que a Administração em regra atua com deferência ao princípio da legalidade e, portanto, deveria ter suas decisões pouco contestadas.

No final da linha, o resultado é conhecido: alta litigiosidade das relações administrativas, consumindo recursos escassos de modo irracional. Não raro, as questões decididas administrativamente são postas novamente em juízo, levando à duplicação de discussões. Decidir duas vezes o mesmo tema consome recursos, logo isso deve ser visto como excepcional.

Decidir litígios envolve custos. Estimular ou permitir a litigância fútil é desperdiçar recursos públicos. A comunidade jurídica não pode ficar alheia a isso. De nada adianta enaltecer o devido processo legal em abstrato e não contribuir com a efetividade da atuação jurisdicional. Como diz a sabedoria popular: de boas intenções o inferno está cheio.

É chegado o momento de os juristas levarem a sério que as soluções teóricas impactam a realidade, não se limitando à proposições abstradas. A doutrina deve ter o mínimo de compromisso com a realidade. Isso envolve discutir a vulgarização do direito de ação a partir de uma perspectiva equivocada de acesso à Justiça.

Ao fim e ao cabo, a sociedade precisa de um Poder Judiciário funcional, e isso passa pela racionalização dos litígios envolvendo o

Estado. De nada adianta falar em direito de ação, se o seu exercício se dará por meio de um Judiciário assoberbado de litígios, que não atende às exigências sociais de celeridade e eficácia.

Nessa linha, o verdadeiro desafio que se coloca é ter acesso a um Judiciário capaz de analisar os temas que lhe são submetidos com a atenção necessária para produzir decisões adequadas, num tempo razoável. O processo é um mal necessário na efetivação do direito material. Direito material que não se traduz na possibilidade de ser aplicado efetivamente é *flatus vocis*.

Nesse contexto, a proposta desse texto é simples: sustentar que *em havendo processo administrativo regularmente desenvolvido, respeitados todos os princípios constitucionais, em especial contraditório e ampla defesa, os elementos de fato lá apurados amparam a utilização de técnicas que abreviam o tempo necessário para o julgamento de procedência do processo posto em Juízo*.

Com isso, o processo administrativo é valorizado do ponto de vista institucional (como exige a Constituição) e, assim, contribui com a duração razoável do processo. Atualmente, a concepção de separação das instâncias administrativas e judiciais conduz muitas vezes ao completo desprezo do processo administrativo como instituto capaz de gerar elementos a serem utilizados de modo imediato pelo Juiz.

II. A EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS: O CARÁTER VINCULATIVO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Todas as ideias expostas nesse texto partem de uma premissa: o processo administrativo goza, constitucionalmente, do mesmo status do processo judicial.

Os dois constituem modos de efetivação do devido processo legal, que se concretiza de maneira diversa em diferentes situações. De todo modo, ambos compartilham um só núcleo elementar: a restrição estatal a direitos e interesses exige a adoção do contraditório e da ampla defesa. É o "perfil mínimo" (MARINONI, 2017).

O processo como realidade constitucional abarca o processo administrativo e o judicial. Há um *núcleo comum* de processualidade na Constituição que permite que haja equiparação conceitual entre o processo

administrativo e judicial como sistemas de composição de controvérsias (MEDAUAR, 2008; CUNHA, 2017).

O resultado disso é a possibilidade de aproximação dessas técnicas e a necessidade de os elementos aferidos administrativamente serem utilizados pelo Judiciário, pois dotados da mesma dignidade de que se eles fossem produzidos no Judiciário.

O ponto de partida dessa concepção é a própria Constituição ao estruturar a cláusula do devido processo legal.

O art. 5º, nos incisos LIV e LV, equipara o processo administrativo ao judicial. Logo, no que se refere à garantia fundamental, ambos são dotados do mesmo valor, garantindo aos particulares o direito de participar de modo efetivo das decisões que lhes atingem.

A Constituição não cria nenhuma distinção entre o processo administrativo e o judicial no que se refere ao devido processo legal. Em ambos os casos, as normas que conformam o núcleo duro do processo devem ser aplicadas, ainda que com determinadas particularidades próprias do processo administrativo.

Em termos simples, a maior distinção que se coloca entre o processo administrativo e judicial é que naquele compete à Administração a gestão do processo, devendo impulsionar o feito de ofício até que se produza uma decisão final na esfera administrativa. Há também diferenças estruturais, decorrentes da inexistência de um terceiro desinteressado no processo administrativo, em que a Administração decide as questões em que é parte. De todo modo, nada disso embaraça o fato de que o processo administrativo deve ser integralmente deferente às garantias elementares que constituem o núcleo duro da cláusula constitucional do devido processo legal.

Em suma, nada obstante haja autonomia do processo administrativo, que reage a certas especificidades próprias de uma relação que configura exercício da função administrativa, fato é que as garantias processuais inerentes ao *due process of law* se aplicam integralmente a este instituto.

Portanto, quando surge uma controvérsia (real ou potencial) entre particular e Administração, deflagra-se a necessidade de se compor essa divergência de modo dialético (assegurando-se a ampla defesa e o

contraditório). Já não mais vigora a perspectiva de que o particular é um destinatário inerte dos atos de império da Administração, cabendo a ele apenas reclamar no Judiciário se os seus direitos forem violados. O modelo hoje é outro: *qualquer ato que atinja direitos e interesses dos particulares está obrigado a respeitar o devido processo legal, conferindo ao particular o direito de participar de modo efetivo da relação*.[1]

Tal ideia implica que o particular tem o direito de tentar influenciar a decisão administrativa o que se traduz no dever da autoridade administrativa levar em consideração as razões invocadas pelo particular. Direito de apresentar suas razões (e instruí-las) e dever de a Administração analisá-las de modo íntegro. É isso que se exige. Em todo processo, seja ele administrativo ou não.

Em havendo a pretensão de a Administração exercer competência que influa sobre a esfera jurídica de quem quer que seja, essa pretensão deve ser afirmada por meios que assegurem a ampla defesa e o contraditório prévio, haja vista que de nada adianta o chamamento do particular apenas na fase final do processo. Note-se que o processo administrativo também trata de interesses institucionais protegidos, como ocorre com os direitos coletivos. Por vezes, a lei cria direitos que não são titularizados de modo individual, pelo que se tem um "processo administrativo coletivo" (GUIMARÃES, 2010).

Eis aí o *núcleo comum de processualidade,* que une o processo administrativo e judicial. Essa convergência se estrutura no direito de participar do processo de modo dialético (BORGES, 1996). O diálogo os envolvidos é o próprio núcleo da ideia de processo, que existe em âmbito judicial e administrativo.

Aliás, tanto é assim que o Código de Processo Civil expressamente dispõe que seu texto se aplica aos processos administrativos de modo supletivo (art. 15) (MOREIA, 2017). Ora, essa regra existe por conta da comunhão teleológica entre processo administrativo e judiciário. *Jurisdição*

[1] "O STF fixou jurisprudência no sentido de que é necessária a observância do devido processo legal para a anulação de ato administrativo que tenha repercutido no campo de interesses individuais" (STF, 2ª T, AgR no RE 501.869, Rel. Min. Eros Grau, j. 23/9/2008, DJE de 31/10/2008.

e função administrativa convergem para um terreno comum quando se refere ao exercício de autoridade sobre direitos juridicamente protegidos.

O Código de Processo Civil só se aplica aos processos administrativos porque ambos compartilham o mesmo objetivo: estruturar o devido processo legal como elemento de proteção do cidadão em face de todos os atos capazes de repercutir sobre suas esferas jurídicas. E para isso é indiferente se quem está a aplicar as normas é a Administração ou um terceiro imparcial como o Judiciário. Os dois estão submetidos à legalidade e à preservação dos preceitos constitucionais.

III. A RELAÇÃO PROCESSUAL ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS VINCULANTES: OS EFEITOS DO DEVER GERAL DE COLABORAÇÃO DAS PARTES

Estipulado que o processo administrativo goza do mesmo *status* constitucional do processo judicial, é necessário refletir sobre as consequências dessa equiparação. Para tanto, é preciso é ter em mente que existe um gabarito lógico mínimo que estrutura o processo administrativo. Exigir que a função administrativa se exerça a partir da lógica do devido processo legal impõe que a relação jurídica que se estabelece entre Administração e cidadão seja capaz de permitir a efetiva incidência do contraditório e da ampla defesa.

Novamente, as coisas aqui se dão de modo análogo ao processo judicial, na exata medida em que o que está em causa é produzir uma decisão final acerca do conteúdo jurídico de determinada controvérsia que precisa ser juridicamente composta. Nessa linha, a decisão final só poderá ser tomada de maneira válida se for permitido a todos os que serão atingidos pela decisão tomar parte do processo previamente (conhecendo sua existência e sendo chamados a apresentar suas razões antes que haja a formação do convencimento do julgador), admitindo que formulem as alegações de seu interesse, bem como podendo produzir as provas capazes de dar substância aos seus argumentos de fato. A esses direitos contrapõe-se o dever de decidir a controvérsia levando em consideração os argumentos apresentados, examinando-os de modo a acolhê-los ou rejeitá-los de modo fundamentado.

Como sistema de composição de controvérsias, o processo administrativo (tal como acontece nos processos judiciais) pode ter por

objeto discussões acerca de fatos ou ainda discussões que dizem respeito acerca de qual o direito aplicável aos fatos. Ou ainda as duas coisas: discutindo-se no processo os fatos e o direito. Em todas essas hipóteses, *o processo administrativo é instrumento para compor administrativamente o dissenso (fático ou jurídico)*. Logo, *o particular terá o direito de apresentar sua versão dos fatos, propor enquadramento jurídico que entende correto, bem como produzir as provas correlatas*. E quem decide deve analisar o tema a partir dessa moldura, que destaca os pontos controvertidos, que reclamam uma decisão estatal (administrativa ou judicial).

A participação no processo se dá sobre todos os aspectos sobre os quais pode se instalar o desacordo (jurídicos ou fáticos). Como contrapartida desse direito, quem decide o litígio terá o dever de analisar as alegações e provas do particular, de modo que a decisão final leve, de fato, em consideração a posição do particular. Lembre-se que o núcleo do devido processo é a capacidade real de contribuir para a decisão a ser tomada.

Ou seja, ciente da intenção da Administração que repercute sobre os seus direitos, o particular terá o direito de tentar alterar a intenção da Administração com base na sua compreensão do tema. *A Administração só poderá produzir de modo válido decisões que atinjam o particular se levar em consideração os argumentos por ele apresentados, superando-os de modo congruente e fundamentado*. Isso só não será necessário caso o particular se recuse a participar do processo administrativo, ou concorde com a pretensão que lhe é dirigida.

Como se nota, há no processo administrativo uma *atividade coordenada juridicamente com vistas à promoção de uma decisão que considere as alegações das partes envolvidas na relação processual é que permite que se produza uma decisão válida*. O fato de a relação se estruturar como um processo impõe, portanto, que a decisão a ser produzida seja o resultado congruente dessa participação concertada entre aqueles que figuram na relação processual, que orientam suas ações em vista dos seus interesses.[2]

---

[2] Essa característica era já destacada por Aldo Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milão: Giufrè, 1964, p. 31.

Daí que a decisão, para ser válida, depende não só de se observar a forma processual adequada, mas também de guardar congruência com o processo desenvolvido. Decisões que desbordem do conteúdo do processo decidindo temas diversos são nulas exatamente porque não respeitam o devido processo legal.

O *iter* pelo qual o processo deixa de ser uma ideia abstrata e vai se tornando concreto a partir da participação dos envolvidos tem por finalidade delinear os contornos do litígio, conduzindo-os em direção da decisão. Isso acontece tanto do ponto de vista fático, no qual há duas versões controversas sobre os fatos que constituem o suporte de incidência de determinadas regras; quanto do ponto de vista dos argumentos jurídicos em que duas pretensões acerca da aplicação das normas se contrapõem.

O curso do processo conduz à redução da complexidade dos temas, até que seja possível produzir uma decisão sobre a controvérsia. Ela deverá definir os fatos que levará em consideração (o que é objeto de prova), assim como definir qual o direito aplicável. Para tanto, deverá ser fundamentada, examinando na integralidade os argumentos apresentados.

No exercício efetivo das suas posições processuais, as partes se comprometem com o processo, vinculando-se às suas condutas. Nessa linha, a preclusão atua como instituto estabilizador das relações internas do processo, torando-o um sistema em que a decisão final vai sendo projetada a partir dos diversos atos que lhe antecedem.

Ou seja, *o desenvolvimento da relação processual gera diversos pontos de estabilização*. O efeito disso é vincular as partes àquilo que já foi estabilizado no curso do processo, contribuindo para a segurança jurídica e a celeridade. Do contrário, o processo seria não um sistema de redução de incertezas, mas um amplificador de controvérsias, em as discussões apresentadas conduziriam a mais dissenso entre as partes.

A estabilização da discussão se dá em primeiro lugar ao final da fase postulatória, em que as partes expõem suas versões dos fatos, assim como os fundamentos jurídicos que entendem aplicáveis. Nesta fase, define-se como cada um dos envolvidos no processo enxerga a controvérsia.

Havendo desacordo sobre os fatos, abre-se a fase instrutória em que cada parte terá a oportunidade de produzir provas em favor das suas alegações. Vencida esta etapa, tendo sido completado o caminho necessário para definir a controvérsia, sobrevém a fase decisória, em que, a partir daquilo que consta no processo, será decidida a questão, devendo a decisão ser fundamentada a partir daquilo que consta nos autos. Tais etapas (postulação/instrução/decisão) constituem a estrutura lógico-processual elementar da relação processual (MOREIRA, 2008). Como efeito disso, *as partes estão processualmente vinculadas ao feito, não sendo admissível que se promovam inovações na discussão.* Só se pode inovar havendo motivo para tanto (fato novo ou justo impedimento), reabrindo-se o contraditório.

Em suma, o ponto a ser ressaltado é: *o processo administrativo constitui um modo no qual Administração e particular coordenam sua atuação com vistas a defender diferentes pontos de vista*. De acordo com o modelo constitucional, isso implica garantir ao particular o direito de conhecer as imputações a ele dirigidas, reagir a elas, assim como permitir a produção de provas por parte do particular.

Tais garantias decorrem da Constituição. Contudo, muitas vezes há leis específicas que regulam processos administrativos, que definem o modo de ser das garantias da Constituição, dando concretude a elas. Com efeito, o legislador goza de inegável liberdade de conformação constitucional para disciplinar o processo, considerando o direito material a ser efetivado. Nesses casos, a lei deve ser observada, desde que garanta atendimento ao núcleo duro da cláusula do devido processo legal. Registra-se ainda que a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) é aplicável a todos os casos em que falte regulamentação específica, com vistas a permitir o exercício concreto das garantias processuais em favor dos administrativos (CUNHA, 2017)

Pois bem. Tendo isso em mente se percebe que *o processo administrativo que tenha sido regulamente instalado, processado e decidido produz efeitos juridicamente válidos para aqueles que dele participam*. As diversas pretensões externadas validamente no processo vinculam as partes. Nessa perspectiva, *os efeitos jurídicos do processo administrativo transcendem a própria relação administrativa*, projetando-se para eventuais discussões

futuras acerca da mesma causa de pedir – ainda que o debate seja deslocado para a arena judicial.

Em termos diretos, *os elementos definidos no âmbito da relação administrativa não só podem como devem ser levados em consideração em qualquer litígio que vise a revisitar as questões já estabilizadas na esfera administrativa*. Esse efeito vinculante alcança a postulação levada a efeito pelas partes, assim como envolve o aproveitamento integral das provas produzidas de maneira válida. É dizer: *a estrutura fática do litígio estabilizada no processo administrativo (e as provas correlatas aos fatos controversos) vinculam as partes para além do processo administrativo, não sendo dado a elas inovar caso a discussão seja apresentada ao Judiciário*. Nesse sentido, inclusive é importante destacar que as normas gerais de processo administrativo encampadas na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999) traduzem com clareza o *dever de colaboração*, prevendo como dever da parte "expor os fatos conforme a verdade" (art. 4º, I). Ou seja, é dever do particular que participa da relação processual administrativa agir de boa-fé, o que lhe vincula aos fatos que alega.

Desse modo, se e quando a questão examinada perante a Administração for deduzida perante o Judiciário, as partes estarão vinculadas pelas afirmações e pelas provas produzidas anteriormente.

Sobre esse ponto alguns esclarecimentos merecem ser feitos. O primeiro é que isso não implica flexibilização da garantia do acesso ao Poder Judiciário, que tem natureza de direito fundamental. Defender que os elementos discutidos administrativamente vinculem o Judiciário não fragiliza em nada a garantia da inafastabilidade da jurisdição insculpida no art. 5º, XXXV.

Isso porque o núcleo dessa ideia é garantir que *ao Judiciário compete dar a palavra final sobre questões de direito que sejam a ele submetidas*. Em termos institucionais, o Judiciário avalia as questões de legalidade que lhe são submetidas, que se traduzem em avaliar como a Administração aplica a lei. Isso não significa que o Judiciário possa substituir-se à Administração naqueles casos em que a norma outorga escolhas ao administrador, como ocorre na discricionariedade. E isso não *é posto* em causa pelo efeito vinculante aqui proposto.

Nessa perspectiva, *sempre será possível ao particular questionar judicialmente as decisões administrativas, alegando que a Administração não aplicou de maneira correta a lei (latu sensu)*. Contudo, não significa que isso possa ser feito desprezando o que foi já discutido junto à Administração, sob pena, inclusive, de se configurar *venire contra factum proprium*. Deste modo, havendo processo administrativo estruturado de modo válido, essa relação limita as alegações passíveis de serem apresentadas ao Judiciário. *Tanto o particular quanto a Administração estarão vinculados àquilo que já foi estabilizado no processo administrativo*.

O que se está a defender aqui deve ser compreendido com clareza: *os elementos estabilizados no curso do processo administrativo devem ser levados em conta em quaisquer processos judiciais que derivem deles*. A atividade jurisdicional deve se dar a partir de tais elementos, não sendo válido desprezar a atividade processual-administrativa de modo a repetir a discussão desde a estaca zero.

A razão de ser disso é que o processo administrativo é constitucionalmente íntegro para gerar tais resultados, que não podem, portanto, ser desprezados. O fato de o instituto ser equiparado ao processo judicial (art. 5º LIV e LV) é que impõe tal conclusão. Insista-se, o processo administrativo é tão processo como o judicial. E quem o diz é a Constituição.

Nada na Constituição permite concluir que o processo administrativo possa ser desprezado quando a mesma discussão é deduzida perante o Poder Judiciário ou, ainda, que o processo administrativo possua status inferior ao judicial. A compreensão deve ser a oposta. *Como o processo administrativo é equiparado ao judicial, ele é uma via tão idônea quanto a judiciária para compor conflitos entre Administração e particulares*.

Os atos processuais validamente praticados na esfera administrativa devem ser aproveitados. *Eles não são prova documental apenas, mas atos validamente praticados dentro de uma relação processual, portanto vinculantes para as partes*. Essa vinculação se estende ao litígio deduzido em Juízo. Caso não haja questionamentos quanto *à regularidade do processo administrativo, as questões nele deduzidas tornam-se* estáveis.

Em regra, *sobrevindo litígio que busque discutir o resultado de um processo administrativo, a atuação judicial deve se dar a partir da controvérsia já emoldurada administrativamente*. Isso implica que a questão controversa nesses casos deve se limitar à questão de direito. As versões dos fatos apresentadas, assim como as provas produzidas devem ser tomadas como ponto de partida pelo Poder Judiciário, não sendo dado às partes pretender desvincularem-se das suas alegações anteriores, inovando a discussão. Isso tudo em prestígio à eficiência e celeridade da atividade jurisdicional. Claro, isso desde que a relação processual tenha se estruturado de maneira consistente do ponto de vista administrativo.

Tal restrição só poderia ser superada em havendo prova de que sobre a situação foi afetada por fatos novos ou que houve problemas no desenvolvimento da relação processual administrativa, que padeceria de nulidade. Nesses casos patológicos, a causa de pedir não seria apenas a revisão do mérito da decisão administrativa (o que é vedado por todos os nossos Tribunais), mas sim a própria nulidade do processo administrativo. Fora dessas hipóteses (a serem comprovadas por quem as invoca), a "causa" administrativa é estável para as partes, que ficam vinculadas em Juízo ao que sustentaram no âmbito administrativo.

Isso se exige, quando menos, por força da ideia de boa-fé nas relações processuais e o dever de colaborar para o resultado célere do litígio (art. 5º e 6º do CPC). É dever das partes agir de forma parcimoniosa no curso do processo, seja ele administrativo ou judicial. Isso implica dizer que é dever dos participantes do processo agirem com boa fé não só subjetiva, mas também objetiva – *dever de se comportar de modo aderente à realidade e capaz de despertar a confiança na relação processual* (MARINONI, 2016), quando da prática de seu livre exercício de defesa.

Atualmente, *o processo deve ser pensado como o meio para a resolução de um conflito existente, trazendo os participantes todos os seus pontos de discussão para que ao final do processo se alcance um resultado justo*. Há tempos o processo não é tratado como uma rinha em que se acentuam os conflitos existentes. Inclusive é por esta razão que, atualmente, os meios de composição consensuais são tão prestigiados.

Assim sendo, cabe aos envolvidos, quando chamados para exercerem seu direito de defesa, explorar todas as teses admissíveis que sustentem suas razões. Justamente por essa razão, nosso sistema concebeu o princípio da eventualidade ou da concentração que *consiste na preclusão do direito de invocar em fases posteriores do processo matéria de defesa não manifestada na contestação (*THEODORO JÚNIOR, 2007) (no caso do processo judicial) ou na fase de defesa (no caso do processo administrativo). Essas premissas integram a noção de processo colaborativo, que, por força da regra de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos administrativos, integra a própria noção de processo justo.

Não parece ser adequado que teses de defesa sejam suprimidas das manifestações dos envolvidos no processo administrativo com vistas a surpreender a parte contrária futuramente. De acordo com o sistema que informa a ideia de processo colaborativo, é dever das partes colaborar com a atividade decisória. Isto interdita a adoção de comportamentos oportunistas, que permitam à parte demitir-se de sua conduta processual anterior com vistas a surpreender a outra parte e a autoridade incumbida de proferir decisão.

Seria completamente fora de sentido processar judicialmente causas em que uma parte – sem qualquer justificativa – pretende apenas e tão só se demitir de suas alegações anteriores ou desprezar as provas antes produzidas, passando a sustentar argumentos completamente novos, ou desprezando as provas validamente produzidas que lhe são desfavoráveis. Logo, é inadmissível que o pleito submetido ao Judiciário constitua inovação em relação aquilo que se discutiu administrativamente. Isso só pode ser admitido havendo motivo válido par tanto (*v.g.* fato novo, impedimento legítimo, etc.).

Uma das premissas do processo moderno é que a composição dos litígios não interessa apenas às partes, mas atende a interesses sociais, que transcendem os interesses individuais. Um desses objetivos, seguramente, é prestar jurisdição de modo célere e eficaz.

O dever de colaborar ativamente na resolução dos litígios implica que não é dado a qualquer parte usar o processo como instrumento de ardil. A parte é livre para exercer plenamente seu direito de defesa, de acordo com a estratégia que melhor atender aos seus interesses. *Mas essa liberdade há de ser disciplinada pelo respeito aos fins superiores que inspiram o*

processo, como método oficial de procura da justa e célere composição do litígio (THEODORO JÚNIOR, 2007). Em suma: processo não é chicana.

É dever das partes agir com probidade e lealdade processual para o alcance do melhor resultado. Esse objetivo transcende seus interesses particulares. A responsabilidade pela conduta processual é inerente à relação processual. (THEDORO JÚNIOR, 2007, p. 96). Nessa linha, a postura de se engajar em um processo administrativo e depois fazer de conta que ele não existe representa violação dos deveres de utilizar do processo como meio de satisfação célere dos litígios.

Em suma, *as posições individuais estão funcionalizadas, transcendendo o mero interesse egoístico em utilizar o processo de modo abusivo*. Se há teses de defesa, elas devem ser opostas na primeira oportunidade concedida aos participantes do processo. Como regra, não há razões para que o direito de defesa seja "parcialmente" exercido na esfera administrativa e novos temas sejam trazidos apenas na esfera judicial. A ampla defesa e o contraditório devem ser exercidos em sua plenitude, não existindo razões para que algumas teses sejam trazidas a "conta gotas" ou suprimidas da esfera administrativa. Quem opta por não exercer na integralidade os seus direitos, deve arcar com as consequências de suas decisões. E isso une processo administrativo e judicial. Interessante notar, inclusive, que essa postura sempre se exigiu da Administração, como indica *a teoria dos motivos determinantes*. Ora, se a Administração não pode ser volúvel em suas decisões, o particular não pode sê-los nos processos de que participa.

Se todas as matérias foram bem colocadas na esfera administrativa e sobre elas todos os envolvidos tiveram a oportunidade de se manifestar e produzirem suas provas não há razão para que o Judiciário, simplesmente, as ignore ou inaugure mais uma vez as discussões já superadas anteriormente, sob pena de se permitir que o processo judicial se torne uma via oblíqua de revisão do processo administrativo ou, ainda, quase uma via "recursal".

IV. PROCESSO E EFETIVIDADE: A TUTELA JUDICIAL VISTA A PARTIR DA MÁXIMA EFICÁCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Como visto, não é correto desprezar o processo administrativo quando a mesma questão for submetida ao Poder Judiciário. Na medida em que o processo administrativo goza das mesmas garantias fundamentais

relativas ao processo judicial, ele é capaz de produzir resultados válidos, que devem ser aproveitados pelo Judiciário. A relação processual validamente estruturada administrativamente gera efeitos que não podem ser desprezados pelas partes, que têm o dever de colaborar com a decisão a ser tomada. Tais efeitos vinculam o Poder Judiciário, que deve exercer jurisdição a partir deles; e não instalando uma nova relação processual que despreze tudo aquilo que aconteceu na esfera administrativa.

A par de isso prestigiar a natureza constitucional do processo administrativo, fato é que tais pressupostos estão em linha com as premissas atuais que estruturam o processo civil. A edição de um novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) representa a instauração de uma nova ordem processual.

Essa nova ordem se orienta a que a tutela jurisdicional seja "adequada, efetiva e tempestiva" (MARINONI, 2016). Isso implica que as técnicas processuais, isto é, os instrumentos pelos quais a jurisdição se concretiza, devem ser concebidos como idôneos para efetivar, no menor tempo possível o direito material. O processo é instrumento de realização do direito material; e não um fim em si mesmo. Encampando de modo explícito essa perspectiva, podem ser mencionados os arts. 1º, 4º, 5º e 6º que dão substância às premissas normativas que informam o Código vigente.

Por outro lado, note-se que na exata medida em que se concebe o processo como meio idôneo de composição efetiva dos litígios, é necessário compreender que ele satisfaz necessidades coletivas. Nessa perspectiva, os arts. 5º e 6º do CPC dão corpo a essa diretriz. *O dever de colaborar se impõe independentemente dos interesses individuais*. Com efeito, a participação das partes no processo visa a permitir a composição efetiva dos litígios: não só em seu benefício, mas também em benefício de toda a sociedade. Em um ambiente de massificação dos litígios, é necessário entender que estar em Juízo traz responsabilidades acerca da integridade da relação processual. O processo não é espaço para artimanhas, mas sim meio estatal para solução dos litígios.

Tais considerações acerca dos fundamentos do processo civil reforçam a necessidade de se compreender que a correta percepção do

espaço constitucional do processo administrativo é instrumento que viabiliza a tutela jurisdicional adequada. Isto num ambiente em que as relações que se estruturam entre Administração e cidadãos que constitui um importante quadrante das relações jurídicas no *Welfare State*.[3]

A racionalização dos litígios entre Administração e cidadãos é fundamental quando se pensa a efetividade processual. De nada adiante pensar o processo a partir de categorias dogmáticas, sem que se tenha a preocupação com a efetividade de suas técnicas. Tal ideia é corolário do primado constitucional da celeridade processual como direito fundamental.

Aqui não se está a negar a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV da CF) ou condicionar o acesso ao judiciário a prévio processo administrativo, até porque estes temas há tempos foram sedimentados perante nossos tribunais. O ponto é outro; é demonstrar que a existência de processo administrativo hígido, em que se assegurou o devido processo legal é instrumento a serviço da máxima eficácia da atividade jurisdicional. Isso possibilita decisões mais eficazes, que partem de um contexto argumentativo já estabilizado. Nesse contexto, *ao juiz caberá precipuamente avaliar a integralidade do processo administrativo à luz da cláusula do devido processo legal e ainda a legalidade das conclusões alcançadas*. O processo judicial que deriva do administrativo, parte de uma atividade processual preliminar que delimita com precisão as pretensões das partes. Na esfera judicial deve-se prestigiar o processo administrativo devidamente instaurado e concluído. Se há processo administrativo validamente desenvolvido, este deverá ser respeitado.

Nessa perspectiva, as técnicas processuais aqui aplicáveis devem ser pensadas de modo a maximizar a efetividade da atividade jurisdicional. Diversos instrumentos previstos na atual legislação trazem a nota da efetividade em seu DNA, e devem ser utilizados com vistas a otimizar o exercício da jurisdição.

---

[3] Sobre as consequências jurídicas de uma Administração intervencionista e seus efeitos na relação entre Estado e cidadãos: FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*, Bruxelas: Bruylant, 1969, p. 126-135.

V. TÉCNICAS PROCESSUAIS ATRIBUTIVAS DE EFETIVIDADE À RELAÇÃO PROCESSUAL ADMINISTRATIVA

A dignidade constitucional do processo administrativo e as exigências de efetividade do processo convergem para exigir que a jurisdição empregue técnicas que aproveitem aquilo que foi discutido administrativamente. O litígio que se origina de uma discussão administrativa não é uma página em branco que as partes possam desprezar. O processo derivado de discussão administrativa já vem marcado por uma série de questões que devem ser tomadas como pontos de partida pela jurisdição. *Os litígios que são deduzidos a partir de discussões antecedidas de processo administrativo devem se valer das técnicas processuais adequadas ao aproveitamento das discussões anteriores*.

Nesta linha, há três grandes ferramentas processuais que devem ser utilizadas tendo por base o processo administrativo: (i) a tutela de evidência (art. 311 do CPC); (ii) a improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC); e (iii) o julgamento antecipado da lide (arts. 355 e 356 do CPC). Todos eles permitem que se parta do discutido na esfera administrativa de modo a tornar a composição judicial da controvérsia mais célere.

A tutela de evidência constitui uma novidade do atual Código de Processo Civil. Ela busca evitar que o autor da ação tenha que suportar o ônus temporal de ter de aguardar todo o tempo da produção das provas para ver tutelado seu direito. *Se o fato constitutivo é incontroverso, não há sentido em obrigar o autor a esperar o tempo necessário à produção da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos* (MARINONI, 2016) do réu. Do contrário, onerar-se-ia excessivamente o autor que tem *razão*, favorecendo o réu que utiliza o tempo em seu benefício retardando a efetivação de um direito que se apresenta claro.

Para evitar isto, o art. 311 do CPC prevê quatro hipóteses de incidência da tutela de evidência. Todas elas dispensam a urgência. Exige-se somente a probabilidade do direito, seja ela real (baseada em cognição sumária) ou ficta (estabelecida por lei). Considerando a existência de processo administrativo faz sentido analisar os seguintes incisos: I (ficar

caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte); II (as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante) e IV (a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável). *Em todas essas hipóteses, o processo administrativo precedente ao judicial deve servir de razão para o deferimento da tutela de evidência*. Em termos simples, o processo administrativo preliminar gera evidência.

Dependendo do caso, a partir do processo administrativo regularmente conduzido, pode-se permitir ao magistrado apreciar *documentalmente as razões de fato trazidas* pelo autor (matéria de fato) e confirmar a existência de *tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante* (matéria de direito) de maneira mais precisa e efetiva. Igualmente, poderá o magistrado, confrontando as provas documentais apresentadas pelo autor e as razões de defesa previamente fornecidas pelo réu no processo administrativo (e em sua contestação), aferir se são ou não passiveis de gerar dúvida razoável. Sem falar também na possibilidade de se extrair da via administrativa a eventual tentativa protelatória da defesa do réu ou o abuso de seu direito.

Quanto a este ponto, uma inovação interessante trazida pelo Código de 2015 foi a possibilidade de se conceder liminarmente a tutela de evidência nas hipóteses de incidência dos incisos II e III do art. 311. De tal modo que, pode-se concluir que o processo administrativo válido, previamente instaurado, poderá, inclusive, servir para antecipar liminarmente a tutela fora das hipóteses da tutela de urgência, com base no inciso II.

Outra técnica processual que pode ser instrumentalizada a partir do processo administrativo é o julgamento de improcedência liminar do pedido. Isto porque, a partir das razões que levaram à instauração do processo administrativo, de sua defesa e sua fase de instrução, poderá o magistrado liminarmente julgar improcedente os pedidos caso confirme que a pretensão inicial contraria algum dos incisos do art. 332 do CPC

(I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local), sem falar na possibilidade de o magistrado, prontamente, extrair do processo administrativo a eventual ocorrência de decadência ou de prescrição.

A utilização de cada técnica dependerá sempre do caso concreto. A forma com que o processo administrativo foi conduzido e seu grau de profundidade deverão sempre ser examinados. Isso implica dizer que em alguns casos o processo administrativo poderá servir como amparo para a antecipação da tutela com base na evidência (*cognição sumária*) ou, ainda, poderá ensejar o julgamento de improcedência liminar da demanda (*sentença final de mérito*).

Finalmente, o processo administrativo deverá ser considerado pelo magistrado como meio para a incidência das hipóteses de julgamento antecipado do mérito. Isso pois, conforme preceitua o artigo 355 do CPC, o magistrado julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando *não houver necessidade de produção de outras provas* (inciso I). Disso se extrai que as provas produzidas em sede de processo administrativo, poderão (deverão) ser utilizadas pelo magistrado para prontamente decidir após a apresentação de defesa pelo réu, sob a fundamentação que o processo administrativo acostado aos autos e as provas nele produzidas são suficientes para o julgamento da lide. Tanto isso é assim que se admite a prova emprestada aqui, que representa ainda que parcialmente a confirmação desse modo de pensar.

O foco é a garantia ao pleno direito de defesa no processo administrativo.

Se os envolvidos foram chamados a apresentarem suas razões de contraditório em processo antecedente e lá exerceram devidamente e de maneira exauriente seu direito de defesa *não há que se falar em nulidade.* Inclusive, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já consolidou

entendimento de não ser *imprescindível a identidade de parte para os empréstimos de provas, desde que garantido o contraditório no processo no qual a prova será aproveitada, o que foi oportunizado no caso concreto*[4], amoldando-se rigorosamente à posição do Supremo Tribunal Federal[5].

No sentido inverso, nossos Tribunais também já firmaram entendimento de que provas produzidas judicialmente poderão ser utilizadas em processos administrativos, *respeitados o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo*[6]. Portanto, pode-se dizer que, utilizando a lógica da prova emprestada, o processo como gênero, é meio idôneo para produzir resultados aptos a suportar um julgamento seja da esfera administrativa para a judicial, seja da judicial para a administrativa. Ora, se é possível emprestar a prova judicial no processo administrativo, nada obsta que se dê o inverso: utilizando a prova administrativa em processos judiciais.

Partindo do pressuposto de que as partes tiveram a oportunidade de produzir todas as provas que lhes eram de direito na esfera administrativa, seria completamente desnecessária e protelatória uma nova fase de produção de provas no processo judicial que somente replicaria a instrução já realizada. O processo administrativo devidamente instaurado e instruído deve ser utilizado como razão de decidir, especialmente no que se refere à instrução nele realizado.

---

[4] RHC 91833/RJ, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, 5ª Turma, Dje. 18.4.2018. Precedentes: RHC 79.534/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, DJe. 17.04.2017; AgRg no REsp 1665115/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, DJe. 04.10.2017; EREsp 617.428/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, DJe. 17.6.2014; HC 292.800/SC, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª Turma, DJe. 10.02.2017.

[5] HC 114074, Rel. Min. ROSA WEBER, 1ª Turma, DJe. 27.5.2013; HC 95019, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª Turma, Dje. 15.9.2009.

[6] STJ: MS 20.958/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 1ª Seção, DJe. 02.02.2017. Precedentes: MS 17.538/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Seção, DJe 22.08.2016.
No mesmo sentido é o entendimento do STF, vide: RMS 28.774, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, 1ª Turma, Dje 22.09.2015; MS 24.803, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe 04.06.2009.

De igual maneira, após a análise do processo administrativo, ainda que o magistrado verificasse que não seria o caso de julgamento antecipado da integralidade do mérito, ainda, assim, poderia ele aproveitar do processo administrativo para julgar antecipadamente parcela do mérito, conforme preceitua o artigo 365 do CPC.

Ou seja, o processo administrativo previamente instaurado e perfectibilizado deve servir para viabilizar referidas técnicas de julgamento que têm lastro na celeridade. O processo administrativo não só pode, mas deve ser utilizado como meio hígido e idôneo para a aplicação dessas técnicas de abreviação quando trazido pelas partes na fase *postulatória* (YARSHELL, 2016), agilizando a resolução destas controvérsias e por conseguinte promovendo uma maior eficácia das decisões judiciais.

VI. CONCLUSÕES TÓPICAS

Sintetizando as conclusões dos tópicos anteriores tem-se as seguintes ideias-chave.

Como o processo administrativo implica no estabelecimento de uma relação dialética entre as partes envolvidas. Nela as partes têm o direito de reagir as pretensões da parte contrária, bem como de produzir as provas necessárias para tanto, a discussão travada no âmbito administrativo as vincula. Mais do que isso, já na fase administrativa as partes têm o dever de colaboração, o que impõe a elas expor na integralidade suas pretensões. Não se admite, por conta disso, que as partes que atuam administrativamente ajam com reserva, se furtando de expor, na íntegra, os argumentos que entendem necessários à prevalência de suas pretensões.

Disso deriva que *o que foi validamente discutido em sede de processo administrativo deve ser levado em consideração pelo Poder Judiciário*. Em termos práticos isso implica que a atuação judicial se dá considerando o que se estabilizou na fase administrativa, incidindo a partir disso. Assim, prestigia-se a dignidade constitucional do processo administrativo, a celeridade processual e a natureza colaborativa do processo.

Para tanto, o magistrado está autorizado a utilizar as técnicas processuais de abreviação de julgamento (arts. 332, 355 e 356 do CPC), bem como de antecipação de tutela com base na evidência (art. 311 do

CPC) entre outras de igual natureza, com base nas conclusões alcançadas no processo administrativo prévio. O processo administrativo constitui o gabarito pelo qual a questão deverá ser analisada. *Em regra, não havendo questionamentos sobre a própria validade do processo, a questão a ser examinada diz respeito, exclusivamente, a análise da legalidade das conclusões alcançadas pela autoridade administrativa*.

Em suma, processo administrativo é conteúdo idôneo para consubstanciar estas decisões judiciais e deve ser, sempre que possível, considerado na esfera judicial pela celeridade e eficácia das decisões. O conteúdo da discussão administrativa é vinculante para as partes, que estão limitadas àquilo que já discutiram administrativamente, sendo vedadas inovações indevidas por parte delas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aldo Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milão: Giufrè, 1964.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*, São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA, Bruno Santos. *Aplicabilidade da Lei Federal de Processo Administrativo*, São Paulo: Almedina, 2017.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A participação no processo administrativo, in *Atuais Rumos do Processo Administrativo* (coord. Odete Medauar e Victor Rhein Schirato), São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69* / Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.142. – (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v.1 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo,* 2ª ed., São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann esmiúça as diversas consequências dessa regra de reenvio prevista no Código de Processo Civil. *Processo Administrativo, Princípios Constitucionais, a Lei 9784/199 e o Código de Processo Civil de 2015*, 5ª ed, São Paulo: Malheiros: 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 431.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 334 ao 368*/ Flávio Luiz Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira, Viviane Siqueira Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 254 - (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v.1 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

Bernardo Strobel Guimarães

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP.
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR.
Advogado.

Caio Augusto Nazario de Souza

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR.
Advogado.

ECONOMIA APLICADA AO DIREITO TRIBUTÁRIO: O DESENHO CONCEITUAL DE POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS ÓTIMAS

Brenno Birckholz da Silva

ECONOMIA APLICADA AO DIREITO TRIBUTÁRIO: O DESENHO CONCEITUAL DE POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS ÓTIMAS*

ECONOMY APPLIED TO TAX LAW: THE CONCEPTUAL DESIGN OF OPTIMAL TAX POLICIES

Brenno Birckholz da Silva

RESUMO

Embora profusa a literatura consagrada ao estudo correlacional entre direito e economia, divisa-se divergência teórico-conceitual significativa entre a doutrina tradicional de "Law & Economics", e a doutrina específica de "Tax Law & Economics". Uma teoria ótima do direito fiscal pressuporia a internalização de elementos idiossincráticos a esta sub-disciplina, não estudados na perspectiva-padrão de econometria aplicada ao direito ("Law & Economics"). Uma série de questões não é satisfatoriamente resolvida pela interpretação legal típica, empreendida por juristas puro-sangue; mas a recíproca é verdadeira: tais problemas tampouco se desatam simplesmente por um postulado puro de maximização de eficiência econômica. A partir da correta apreensão conceitual de um estudo no âmbito de "Tax Law & Economics", procuramos esmiuçar como prospectar abordagens vocacionadas à inflexão de um ponto ótimo de fiscalidade, seja na seara doméstica, seja na esfera internacional.

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

PALAVRAS-CHAVE: TAX LAW & ECONOMICS. DIREITO TRIBUTÁRIO. TEORIA DOS JOGOS. POLÍTICA TRIBUTÁRIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

ABSTRACT

Although the literature devoted to the correlational study between law and economics abounds, there is a significant theoretical-conceptual divergence between the traditional doctrine of Law & Economics and the specific doctrine of Tax Law & Economics. An optimal theory of tax law would presuppose the internalization of idiosyncratic elements to this sub-discipline, not studied in the standard perspective of econometrics applied to law ("Law & Economics"). A several number of issues is not satisfactorily resolved by typical legal interpretation, undertaken by thoroughbred jurists; but the converse is true: neither are these problems unleashed simply by a pure postulate of maximizing economic efficiency. Based on the correct conceptual apprehension of a study under "Tax Law & Economics", we seek to examine how to prospect approaches aimed at the inflection of an optimum point of taxation, either in the domestic or in the international sphere.

KEYWORDS: *TAX LAW & ECONOMICS . TAX LAW . GAME THEORY . TAX POLICY AND ECONOMIC DEVELOPMENT.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1. Identificação do problema. 1.2. Objetivos e metodologia. 2. Desenvolvimento: os limites conceituais da doutrina de Tax Law & Economics. 2.1. Por que a resposta ótima à tributação é "nenhuma resposta". 2.2. "Irredeemably inefficient acts" : quando a ineficiência está na essência. 2.3. A teoria do "ponto ótimo" de tributação da renda. 2.4. O ponto "quase-ótimo": benefícios da análise econômica do direito tributário. 2.5. A "teoria dos jogos" e seu impacto na cooperação multilateral internacional. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas

SUMMARY: 1. Introduction. 1.1. Problem identification. 1.2. Objectives and methodology. 2. Development: the conceptual limits of the Tax Law & Economics doctrine. 2.1. Why the optimal response to taxation is "no answer". 2.2. "Irredeemably inefficient acts": when inefficiency is at the core. 2.3. The "optimal point" theory of income taxation. 2.4. The "almost-optimal" point: benefits of the economic analysis of tax law. 2.5. The "game theory" and its impact on international multilateral cooperation. 3. Conclusion. 4. Bibliographic references.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Identificação do problema

É extensa a literatura correlacional estudando os efeitos entre direito e economia *(COASE, 1937;* MEYERHOF SALAMA, 2008; POSNER, 1998; ULEN, 2003). Há divergência substancial, no entanto, entre a doutrina tradicional de *Law & Economics*, e a doutrina específica de *Tax Law & Economics* (RASKOLNIKOV, 2013, p. 523), tanto em termos de seu ferramental analítico-teórico, como em relação a seu impacto no desenho de sistemas regulatórios *in concreto*.

Disto advém um problema próprio à sub-disciplina Direito Tributário e Economia: a tarefa de esboçar um sistema de tributação ótimo seria intrinsecamente mais complexa, quando comparada ao desenho de sistemas Pareto eficientes de outras áreas do Direito (KOPCZUK, 2005, p. 12), a exemplo do direito concorrencial e anti-truste, das regulações da atividade atuarial e do mercado de seguros, do direito ambiental, etc. Tal problemática deriva de três razões primaciais:

a) *"a incapacidade dissuasória"*: a resposta de contribuintes à tributação seria *ineficiente*, porque estruturada em uma transferência compulsória não-consensual de recursos (RASKOLNIKOV, 2013, p. 529), a exemplo do *"furto",* do *"insider trading" e* dos *"preços planificados"*, além de geradora de externalidades negativas;

b) *"o problema redistributivo"*: derivação da *ratio* anterior, a redistribuição é particularmente complexa (e idiossincrática) em *Tax Law & Economics.* Enquanto políticas tradicionais de Direito e Economia priorizam o princípio *puro* de maximização de eficiência, uma política tributária ótima deve mostrar-se – ao mesmo tempo – eficiente e harmônica à capacidade contributiva e à racionalidade distributiva dos recursos na sociedade;

c) *"a discrepância entre real e ideal"*: conquanto plausível a estudos comuns de Direito e Economia realizar uma aproximação entre o sistema ideal e parcelas do sistema encontrado na prática, tal

> conexão é profundamente divergente em políticas tributárias ótimas. A consequência desta indefinição conceitual é nítida: sem um marco aproximativo mínimo, teorias podem (como fazem) livremente especular: seria a melhor política taxar (ou não) ganhos de capitais, e em alíquotas maiores (ou menores) que as atuais? A tributação da renda corporativa deveria ser aumentada (ou reduzida)? A adoção da tributação em bases territoriais (e/ou universais) deveria ser preferida (ou preterida)? Tais questões não são resolvidas pela interpretação legal típica empreendida por juristas puro-sangue; mas ao mesmo tempo também não se desatam simplesmente pelo postulado *puro* da maximização de eficiência econômica (RASKOLNIKOV, 2013, p. 525).

1.2. Objetivos e metodologia

Face o problema analisado, nossos objetivos estruturam-se essencialmente em três premissas-base:

> **a)** constatar a inadequação dos postulados tradicionalmente empregados em Direito e Economia, no estudo do problema de uma teoria ótima do direito tributário e da arrecadação tributária;
>
> **b)** propor, como exercício prospectivo e ponto de partida, uma abordagem conceitual que leve em conta o plexo de problemas ínsitos ao direito fiscal, aproximando-se do desenho do citado ponto ótimo de fiscalidade; e
>
> **c)** contribuir, a partir desta perspectiva, com abordagem útil aos elaboradores de políticas públicas tributárias e macroeconômicas.

Nosso ferramental metodológico é analítico-teórico: procedemos à análise de artigos especializados da doutrina acadêmica, seja em Direito, seja em Econometria, sobretudo na seara de *Law & Economics* e no subdomínio *Tax Law & Economics*.

Estudos compilados de econometria e estatística, como outrossim o aprofundamento conceitual da legislação fiscal, e sua correlação com relatórios de auditorias independentes e consultorias econômicas acerca dos efeitos práticos da tributação adotada, são também levados em consideração.

2. DESENVOLVIMENTO: OS LIMITES CONCEITUAIS DA DOUTRINA DE *TAX LAW & ECONOMICS*

Prima facie, parece-nos claro que os problemas enfrentados pela doutrina tradicional de *Law & Economics* divergem substancialmente daqueles afetos à sub-disciplina de *Tax Law & Economics*. Corolário lógico, também o endereçamento das soluções propostas por cada qual das vertentes aferra-se a premissas e propostas igualmente particulares.

Sob tal perspectiva, redefinir os limites conceituais de Direito Tributário e Economia, de modo a dotá-lo de especialização técnica, constitui não só exercício taxonômico caro à *teoria*, como desvela-se essencial à abordagem *prática* dos problemas que se pretende resolver (ou mitigar) com a arrecadação tributária.

Em um primeiro ponto, trazemos à luz e à apreciação da doutrina jurídica uma perspectiva não-usual ao operador do Direito, ancorada na visão econômico-matemática de *"inutilidade"* de qualquer tipologia de tributação.

2.1. Por que a resposta ótima à tributação é "*nenhuma resposta*"

Uma abordagem *standard* de *Law & Economics* mostra-se apropriada a atividades *per si* socialmente desejáveis, cujos condicionantes próprios a cada cultura e sociedade modularão apenas o *quantum*, isto é, a intensidade de sua prática.

A título ilustrativo, tomemos dois exemplos práticos divisados pela doutrina: conduzir veículos e manufaturar produtos na indústria. Ambos são sabidamente geradores de problemas sociais e externalidades negativas: aquele, por causar acidentes; esta, por poluir o meio ambiente.

A despeito disso, não conseguiríamos sustentar *razoavelmente* um incremento de bem estar social geral, caso pudéssemos reduzir a zero, seja acidentes, seja poluição, através da proibição *integral* de *qualquer* condução de veículos, e de *qualquer* manufatura.

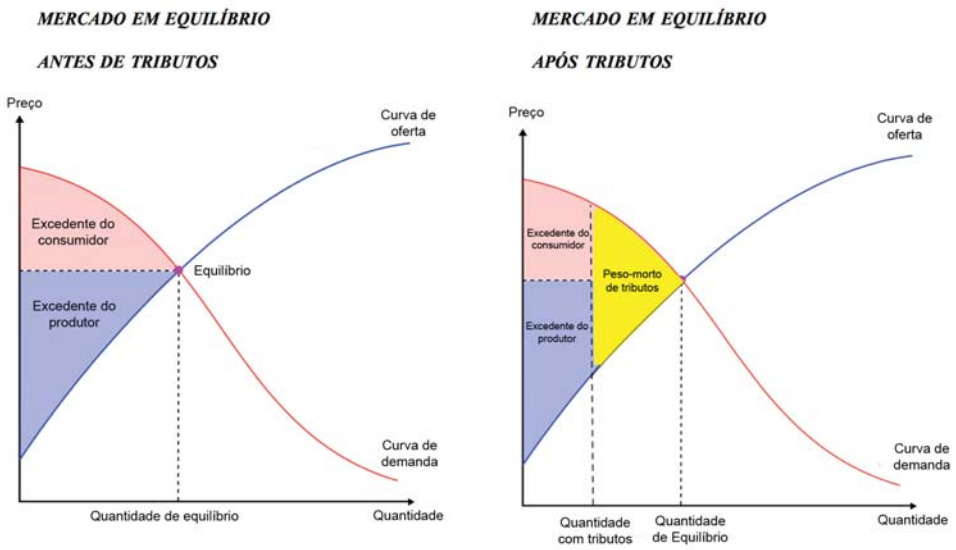
Ora, cuida-se ambos – carros e indústrias – de atividades *socialmente desejadas* em algum nível, apesar de seus malefícios. Aqui a discrepância cultural será tópica, e limitar-se-á basicamente ao *quantum* (a intensidade) do que é desejado (e do que não). Em outros termos, *porque* socialmente desejadas, tais atividades serão objeto de regulações

normativas específicas, endereçadas a incentivar e premiar, ou reprimir e coibir, comportamentos (BOBBIO, 1981, p. 27), na extensão da variável institucional e cultural de cada país.

Diferente, no entanto, será com a tributação. Como já demonstrado cientificamente (KRUGMAN; ROBIN; 2015, p. 37; HINES, 1998, p. 38), a introdução de impostos reduz a quantidade de bens/serviços disponível, à luz do próprio axioma de oferta e demanda. Gera-se destarte uma ineficiência econômica (O'REILLY, 2010, p. 2) correspondente ao volume de transações que poderiam ter sido feitas em maximização dos excedentes de ambos os polos consumidor e produtor, mas que não o foram pela diminuição da oferta/demanda gerada pelo aumento de preços marginal.

Em síntese, a introdução de um tributo modula o comportamento dos agentes econômicos, de modo que menor quantidade do bem é comprada (*"consumidores consomem menos do que seria eficiente"*), e menor quantidade do bem é vendida (*"produtores produzem menos do que seria eficiente"*).

Estas perdas constituem o *excesso de carga ("excess of burden")* do imposto, *i.e.*, um custo social que excede *qualquer* benefício gerado por receitas tributárias arrecadadas (RASKOLNIKOV, 2013, p. 536). Graficamente, essa discrepância é representada pelo que a literatura econômica convencionou denominar *"triângulo de Harberger"*:



Á área em amarelo representa os excedentes (do consumidor e do produtor) *"perdidos"* em função da introdução de um tributo. Este *"diferencial"* distorsivo constitui justamente o montante incapaz de ser recuperado pela arrecadação tributária.

Nessa medida, embora a área do triângulo amarelo (representativa das perdas econômicas geradas pelo efeito-distorsivo da tributação) seja variável e afeta à elasticidade da demanda e oferta de consumidores e produtores, a revisão de doutrina econômica (O'REILLY, 2010, p. 19; KRUGMAN; ROBIN; 2015, p. 37) demonstra que *independentemente* do mercado, da sociedade e da alíquota tributária, qualquer tributação proporcional às unidades econômicas transacionadas implicará *necessariamente* a existência de um *triângulo de Harberger* e de um peso-morto *("deadweight loss")*[1].

---

[1] Em economia, *"peso-morto"* (*"deadweight loss"*), também denominado *"ineficiência alocativa"* ou *"excesso de carga"*, constitui a perda de eficiência econômica decorrente de um desequilíbrio na curva de oferta-demanda de dado bem, produto ou serviço. Dentre os exemplos recorrentes citados pela doutrina econômica, destacam-se as externalidades negativas, os subsídios e tarifas governamentais, os monopólios, e principalmente, os tributos. Estatisticamente, o peso-morto pode ser mensurado pela perda gerada nos excedentes apropriados pelos agentes econômicos (produtores e consumidores) implicados em dada transação. A título ilustrativo, cogitando de dada situação de livre mercado, para dado bem de produção cuja demanda de equilíbrio seja *"$D_{equilíbrio}$"*, e cujo preço de equilíbrio seja *"$P_{equilíbrio}$"*. Caso o Fisco introduza um imposto de alíquota fixa *"Al_{fixa}"*, o produtor passará a ganhar menos a cada unidade comercializada [*"$P_{equilíbrio} - Al_{sobre\text{-}produção}$"*], e o consumidor *a contrario senso* passará a pagar mais [*"$P_{equilíbrio} + Al_{sobre\text{-}consumo}$"*]. A soma das alíquotas incidentes sobre o consumo e a produção corresponderá à carga tributária efetiva. Assim, em nosso exemplo: [$Al_{sobre\text{-}produção} + Al_{sobre\text{-}consumo} = Al_{fixa}$]. A alocação de "$Al_{fixa}$" entre "$Al_{sobre\text{-}consumo}$" e "$Al_{sobre\text{-}produção}$" dependerá da elasticidade das curvas de preço-demanda e preço-oferta, e determinará a carga fiscal a ser suportada por cada qual dos polos da relação econômica, produtores e consumidores. Sucede que a introdução do imposto "Al_{fixa}" reduz a quantidade de produto consumida e produzida, *ex vi* o próprio axioma de oferta e demanda, gerando uma ineficiência econômica (*"deadweight loss"*) correspondente ao volume de transações que poderiam ter sido feitas em maximização dos excedentes de ambos os polos consumidor e produtor, mas que não o foi pela diminuição da oferta/demanda gerada pelo aumento de preços marginal. Em termos mais simples, a introdução de um tributo modula o comportamento dos agentes econômicos, razão pela qual menor quantidade do bem passa a ser comprada (*menos do que seria eficiente*), e menor quantidade do bem passa a ser vendida (*menos do que seria eficiente*). Em termos econômicos, o benefício marginal de uma unidade adicional de consumo ainda seria maior que o custo marginal em produzir esta dada unidade adicional. Esta perda por peso morto constitui o *excesso de carga ("excess of burden")* do imposto, *i.e.*, um custo para a sociedade que vai além de *qualquer* receita tributária arrecadada.

Corolário lógico, sob ponto de vista de pura maximização de eficiência econômica, a resposta *"ótima"* à tributação será via de regra *"nenhuma resposta"*, já que a medida *"ótima"* de distorção do comportamento dos agentes econômicos provocado pela tributação é *"zero"*. Com isto, quer-se dizer, a um só tempo:

a) a racionalidade-padrão da doutrina de *Law & Economics*, orientada a determinar o montante *ótimo* de dada atividade ao estudar sua correlação *"custo/benefício"*, não teria utilidade prática à sub-disciplina de *Tax Law & Economics*, à medida que o ponto ótimo de inserção de tributos em uma economia de livre mercado – sob análise e metodologia estritamente econômico-racional – é *necessariamente zero*;

b) o excesso de carga (*"excess of burden"*) decorrente de ineficiências estruturais (*"peso-morto"*) faria da introdução de tributos proporcionais às unidades econômicas produzidas uma atividade *per si* socialmente indesejada, à medida que – independentemente do mercado, da sociedade e da alíquota tributada – sua correlação *"custo/benefício"* será *sempre negativa*, ou seja: {*[custos]* > *[benefícios]*};

c) não obstante, tratar tal abordagem como *"panaceia universal"* seria não apenas simplista e reducionista, como ignoraria também as sistemáticas de tributação existentes hoje na totalidade das jurisdições nacionais, e via de regra, também na integralidade dos sistemas de tributação praticados hodiernamente;

d) eis porque, dentro dos limites factuais *"do possível"*, caberá à interdisciplinaridade *Tax Law & Economics* introduzir as variáveis institucionais idiossincráticas a cada jurisdição nos cálculos de *"custo/benefício"* econométricos, extraindo desta correlação qual o binômio que otimiza benefícios e minimiza custos, ciente *ab initio* de que, para todas as hipóteses assumidas, tal curva *não* tem como ser Pareto eficiente.

2.2. *"Irredeemably inefficient acts"* : quando a ineficiência está na essência

Ao conjunto de transferências não-consensuais de recursos – *atos ineficientes por essência* – a doutrina econômica deu o *nomen "atos irremediavelmente ineficientes",* ou simplesmente *"atos irremediáveis"*. À tributação – um dentre os distintos atos irremediáveis, e por essência economicamente ineficientes – acresce ainda a peculiar condição de *incapacidade dissuasória total.*

Isto significa que, mesmo que todos os mecanismos hoje existentes de planejamento fiscal agressivo pudessem ser previstos e em seguida proibidos, e portanto mesmo que todos os *tax shelters* fossem eliminados do globo, ainda restaria uma alternativa peculiar aos contribuintes para responder ao incremento da carga tributária: simplesmente *não incorrer no fato gerador.*

No cenário utópico (*tax planning = 0)*, sempre que o custo privado de *não* realizar dada transação for *inferior* ao custo privado de pagar os tributos respectivos, o resultado será pura e simplesmente a *inexistência da transação*, e *ipso facto*, a *inexistência* de qualquer arrecadação aos cofres públicos.

Nesse caso, ou o contribuinte simplesmente desiste da operação *in concreto*, ou a fará de modo *sub-reptício* e/ou *não declarado*. Em todos os casos, o acréscimo de complexidade e custo tributário diminui a atratividade marginal da operação, até o momento em que o agente econômico conclui – em face dos incômodos e dos custos de oportunidade e de transação envolvidos – que a operação *"deixou de valer a pena"*.

A constatação é óbvia, e remete à curva de Laffer (2004, p. 3): a partir de dada alíquota *ad valorem,* o benefício marginal de uma nova unidade econômica (produzida ou consumida) passa a ser *inferior* ao seu custo marginal (a tributação sobre referida unidade produzida ou consumida). Assim, *trabalha-se menos, economiza-se menos, compra-se/vende-se menos*.

Os atos de *"trabalhar", "economizar"* e *"comprar/vender"* passam a ter cada vez menor valor agregado, quando comparados ao ato inercial (*"nada fazer"*). Essa perda de valor nada mais é que a tradução empírica do

conceito econométrico de *"custo de oportunidade"* (BUCHANAN, 2008, p. 718). O fato da sobretaxação incentivar a inércia e a improdutividade econômica é explicada por Laffer (2004, p. 3), em fenômeno denominado por Raskolnikov (2013, p. 536) de *"incapacidade dissuasória" ("undeterrability problem").*

Em síntese, o fato de a tributação constituir atividade *"ineficiente por essência"* – ao menos no plano matemático-econômico – sempre intrigou economistas, motivando profissionais da macroeconomia e das finanças públicas a desenvolverem teorias endereçadas a harmonizar a um só tempo problemas aparentemente inconciliáveis entre si: a *"incapacidade dissuasória"* e o *"problema redistributivo"* (O'REILLY, 2010, p. 58).

De uma dessas teorias cuidamos especialmente a seguir.

2.3. A teoria do *"ponto ótimo"* de tributação da renda

A teorização de James Mirrlees (1971, p. 175) inaugura a especulação de um ponto ótimo de tributação da renda, de modo aprofundado e referendado pela doutrina econômica (MANKIW et al., 2009, p. 147). A despeito de suas inúmeras limitações, fundamentalmente um sistema ótimo de tributação seria progressivo, não-linear e incidente sobre a renda produzida (*i.e.*, sobre a força de trabalho), e não sobre a renda poupada (*i.e.*, o capital).

Para harmonizar a perspectiva dúplice de redistribuição e de incapacidade dissuasória, o economista britânico implementou simplificações conceituais (MIRRLEES, 1971, p. 177) criticadas por autores subsequentes (RASKOLNIKOV, 2013, p. 536). Dentre elas está a assunção de que indivíduos são presumidos idênticos em todos os seus aspectos e preferências, exceto por sua renda e sua capacidade de geração de renda através da força de trabalho (*"earning ability"*).

Desconsideram-se outrossim as preferências de consumo ou gostos individuais (*v.g.*, a possibilidade de dado agente econômico dispor de largas quantias economizadas, mas preferir levar um estilo de vida frugal). Uma segunda redução toma por base que a utilidade de dado produto ou serviço seria decomponível em uma divisão binária entre *"consumo"* e *"lazer"*, sem que pudessem coexistir substitutos ou complementos, a um e a outro, e/ou entre si.

Por suas assunções consideradas "ideais" e dissociadas da realidade, o argumento de superioridade do modelo é alvo de críticas em igual medida. Nada obstante, seria *"o melhor que a macroeconomia pública teria a oferecer"* (RASKOLNIKOV, 2013, p. 536). Partindo desta teoria, convém destacar que a redistribuição, ao menos em sua configuração básica, seria um valor desejado socialmente, à medida que a utilidade marginal da renda seria decrescente (RASKOLNIKOV, 2013, p. 536).

Assim, a partir de certos montantes, redistribuir de contribuintes com maior capacidade contributiva àqueles de menor poder aquisitivo aumentaria o bem estar social, já que os *ganhos de utilidade* destes superariam as *perdas de utilidade* daqueles (KAPLOW, 1995, p. 28). Nada obstante, fosse esse o único considerando em jogo, uma teoria de maximização da utilidade social reclamaria *completa* igualdade de rendas, quando consabidamente tal fato não sucede na prática, em função de outra distorção: aquela provocada pela *própria* redistribuição (BANKMAN; GRIFFITH, 1987, p. 1905).

Em vista desses desafios, não é por acaso que, embora existente literatura jurídica dedicada ao aperfeiçoamento dos sistemas tributários atuais e suas respectivas sanções sob a ótica econômica (KAPLOW, 1995, p. 28; WEISBACH, 2001, p. 44; WEISBACH, 2004, p. 157), pouca (quase nenhuma) é fundada em um *"regime ótimo"*, e mesmo cinquenta anos após a teoria inaugural de James Mirrlees (1971, p. 175), não há consenso, seja quanto ao quadro-arquétipo de melhor redistribuição de renda em dada sociedade (RASKOLNIKOV, 2013, p. 536), seja quanto à progressividade, regressividade e/ou proporcionalidade do sistema. Trata-se essencialmente de discussão que desborda dos limites conceituais de *Tax Law & Economics,* para tangenciar o campo da Filosofia Moral.

Tampouco existem respostas prontas quanto a qual deveria ser a base redistributiva, *v.g.* se lastreada na habilidade pessoal, na capacidade contributiva em si, em benefícios, sacrifícios, oportunidades potenciais, sorte, estética física, etc. Apesar de aparentemente jocosos ou desconexos alguns dos critérios citados, nenhum é dotado de uma preferência econômico-racional imanente, e a matéria é muito mais afeta à julgamentos morais de filosofia política que à doutrina econômica *stricto senso* (GROVES, 1974, p. 7).

É sob esta perspectiva que Linda Sugin (2011, p. 229) afirma inexistir um sistema tributário idealmente justo, dado que:

> [...] a justiça na tributação está entrelaçada aos efeitos de mercado, às provisões públicas de bens e serviços e às instituições políticas. Contra o pano de fundo de arranjos institucionais particulares, um tipo de imposto poderia assim ser claramente superior a outro. Em dado sistema econômico com pouca desigualdade, um estado de bem-estar robusto e instituições desenvolvidas para educação, assistência à infância e saúde, um imposto com potencial de redistribuição limitado poderia financiar adequadamente oportunidades econômicas e segurança para os cidadãos. Já uma sociedade com grande riqueza, grande desigualdade de renda e educação pública, serviços sociais e atendimento médico inadequados exigiria um sistema fiscal mais redistributivo, enquanto ferramenta de justiça econômica.

Em arremate, a professora preleciona que a justiça na tributação deveria ser *contabilizável* nos mesmos termos que outras instituições estatais (SUGIN, 2011, p. 229). Sob esta ótica, *"justiça tributária"* constituiria conceito *fluído* e *plástico*, cuja fluidez e plasticidade seriam condicionadas pelos elementos histórico-culturais vigentes e predominantes em dada sociedade.

2.4. O ponto *"quase-ótimo"*: benefícios da análise econômica do direito tributário

Sem prejuízo da análise tradicional de *Tax Law & Economics,* cuja premissa teórica *ótima* traz como melhor resposta justamente *"nenhuma resposta"*, a doutrina contemporânea tem revisitado (RASKOLNIKOV, 2013, p. 582) assunções teóricas daquela, com o objetivo de aproximá-las da realidade prática (CONESA et al., 2009, p. 25).

A nova agenda de pesquisas reexamina conclusões tradicionais e internaliza novas (e outras) variáveis no cálculo das *"capacidades contributivas"*. O escopo é torná-las mais afinadas à responsividade individual *concreta* dos sujeitos passivos *vis-à-vis* as normas tributárias (RASKOLNIKOV, 2013, p. 582).

Embora sob ponto de vista puramente econômico, a curva de análise empreendida seja por definição Pareto *ineficiente*, um endereçamento prático da análise interdisciplinar entre o direito tributário e a econometria estatística, a partir da análise econômica do direito tributário (*Taw Law & Economics)*, parece-nos constituir ferramental muito útil (ainda que não suficiente de *per si*) à resolução de problemas concretos.

Compreendidos os limites de *Taw Law & Economics*, também os debates de políticas tributárias fundamentais poderiam ser aprimorados, integrando-se doravante de estimações e estudos empíricos conexos à realidade vigente, cujo dimensionamento será tanto mais útil aos *policymakers* quanto mais afeitos à realidade estudada.

Ademais, análises econômicas remanescem fundamentais à demonstração de nexos de interdependência entre normas tributárias, microeconomia e a racionalidade econômica dos contribuintes. Além de melhor prever o comportamento dos *players* no mercado, a atual *"humanização"* da racionalidade permitiria introjetar valores emocionais/culturais sociotípicos a dado grupamento coletivo, e assim não só maximizar a certeza estatística de previsões, como associá-las às políticas tributárias de incremento arrecadatório geradoras dos menores ruídos econômicos possíveis (SLEMROD, 1990, p. 157).

2.5. A *"teoria dos jogos"* e seu impacto na cooperação multilateral internacional

O desajuste presente de capacidades econômicas "*contributiva*" e "*contribuída*" – ou dito de outro modo, a desarmonia entre quanto é faturado, e o montante respectivo de tributos que é pago – constitui fenômeno de que coparticipam diretamente cidadãos e empresas, sujeitos passivos da relação tributária (AVI-YONAH, 2000, p. 4).

Não obstante, no plano entre-nações, não são apenas as corporações (contribuintes) as únicas responsáveis pelos desequilíbrios do atual sistema fiscal internacional (CARBAJO-VASCO, 2015, p. 61). Também governos e respectivas administrações tributárias têm sua parcela de culpa no grau de entropia normativa e econômica, como reflexo direto de suas práticas nacionalistas.

Assim, a título de exemplo, o conclamado projeto BEPS – de concertação internacional para conter mecanismos abusivos de planejamento tributário transnacional – somente se revelará eficaz e responsivo aos reclamos da dinâmica econômica do século XXI caso a estratégia de cooperação das atuais administrações tributárias nacionais seja substancialmente: **a)** primeiro, revista; e **b)** segundo, implementada (CARBAJO-VASCO, 2015, p. 62).

Ilustração do exposto estaria no *bilateralismo* das relações fiscais internacionais, cuja existência conjunta e fragmentada de mais de três mil instrumentos bilaterais – a grande maioria sob o quadro-modelo da OCDE – não apenas contrapõe-se à realidade econômica multilateral vigente, como favorece o desenvolvimento de mecanismos próprios e complexos de *combinação* de tratados para fins de planificação fiscal agressiva.

Nessa quadra, uma das ferramentas conceituais de grande capacidade analítica em estratégias de cooperação é a teoria matemática dos jogos. Uma *"teoria dos jogos"* define-se como a análise matemático-formal de situações (*"jogos"*) envolvendo conflitos de interesses aparentemente antagônicos e irreconciliáveis (STRAFFIN, 1993, p. 3). Como todos os interesses *não* podem ser atendidos ao mesmo tempo – em flerte com a natural ideia econômica de escassez (VARIAN, 1992, p. 410) – são desenvolvidas modelizações matemáticas descrevendo interações competitivas, cujo escopo será encontrar estratégias racionais *"ótimas"*.

O desenlace dessas situações (*"resultado"*) dependerá do conjunto de estratégias adotadas individualmente por cada qual dos agentes envolvidos (*"jogadores"*), o que permitirá extrair correlações de cooperação ou antagonismo. De modo absolutamente simplificado, uma teoria dos jogos (*"game theory"*) estuda como os jogadores deveriam *racionalmente* jogar o jogo, *i.e.*, qual a melhor estratégia que poderiam adotar.

"Jogo", nesta acepção, será qualquer situação de conflito de interesses, de particular interesse portanto ao espectro de estudo das ciências jurídica e econômica (esta por lidar com o fenômeno da escassez, aquela por voltar-se à máxima *suum cuique tribuere*, ou *"dar a cada um o que é seu"* em face de lides concretas). Na intersecção de ambas, uma solução ao problema de *tax shelters* perpassaria obrigatoriamente, em um primeiro

plano, a compatibilização das normas de legislações domésticas *entre si*, e em um segundo patamar – ainda utópico no estágio atual evolutivo do Direito Tributário Internacional – sua *universalização*.

Cotejada a dinâmica tributária internacional à teoria dos jogos (STRAFFIN, 1993, p. 3), depreende-se que a atual (falta de) cooperação no cenário globalizado traz em seu bojo problema muito assemelhado ao *"Dilema do Prisioneiro"*[2]. Individualmente, cada um dos *"jogadores"* (as jurisdições fiscais nacionais) orienta-se à maximização de seu bem estar nacional, flexionando sua política tributária doméstica à maximização da arrecadação nacional, face as multinacionais estrangeiras. Na esfera coletiva, porém, nem sempre há consenso quanto ao melhor *modus* de atuação.

Ao mesmo tempo em que advogam uma necessidade de cooperação multilateral, as administrações fiscais empreendem esforços para proteger o faturamento de suas empresas endógenas diante de Fiscos de outras nações, em nítido interesse egoístico. No limite, isto implicaria dizer que cada jurisdição nacional somente desejaria o multilateralismo até o limite em

---

[2] O exemplo mais paradigmático da *theory of games* está no *"Dilema do Prisioneiro"*. Trata-se do *leading case* em ciências sociais para ilustrar como a racionalização extrema da lógica egoístico-individual pode conduzir a resultados coletivos *não* Pareto eficientes. Nele, dois prisioneiros (*"A"* e *"B"*) são detidos pela polícia e interrogados em salas separadas, sem que um conheça o teor do interrogatório do outro. Cada qual deles poderá adotar duas estratégias: *"denunciar"* ou *"não denunciar"* seu comparsa, e são-lhes explicadas as consequências de cada uma dessas decisões possíveis. Assim, se ambos (*"A"* + *"B"*) denunciam, os dois serão condenados a seis anos de prisão cada qual; se nenhum denuncia (*"não-A"* + *"não-B"*), os dois serão condenados a três anos de prisão cada qual, por um delito de menor gravidade; já se apenas um deles denunciar (*"A"* + *não-B"*, *ou "não-A"* + *"B"*), o denunciante será preso por apenas um ano, mas o comparsa denunciado será condenado a nove anos de reclusão. Analisando as estratégias possíveis a cada jogador, verifica-se nítida tendência a proceder egoisticamente (dado que assim obtém-se pela lógica individual a maximização de eficácia quanto ao resultado: se A denunciou, então a B será preferível *"denunciar"* em relação à conduta *"não-denunciar"*, pois receberá assim seis anos de prisão em vez de nove; se A não denunciou, então a B continuará preferível *"denunciar"* em relação à conduta *"não-denunciar"*, pois receberá um ano de prisão em vez de três. Em ambos os casos, *"denunciar"* gera sempre um resultado *egoisticamente mais eficiente* a quem precisa tomar a decisão. Sob o ponto de vista coletivo, porém, a solução *ótima* seria aquela que levaria ao menor número de anos de cadeia, considerados *todos* os participantes: trata-se justamente da solução *"não-denunciar* + *não-denunciar"*, situada *fora da curva ótima-individual"*. Para ela, há um número total de 3 + 3 = 6 anos de cadeia. Já para qualquer solução situada na curva ótima-individual (*"A"* + *não-B"*, *ou "não-A"* + *"B"*), temos 1 + 9 = 10 anos de cadeia. A teoria dos jogos expõe destarte como a *"melhor solução individual"* nem sempre será Pareto eficiente.

que esse multilateralismo fosse convergente com seus interesses próprios e egoísticos nacionais, seja de seu Tesouro, seja de suas empresas nacionais, a demonstrar uma postura ainda muito próxima do comportamento isolado-egoístico do paradigmático *"Dilema do Prisioneiro"*.

Na contramão do recrudescimento de tendências nacional-protecionistas, há evidências empíricas (DESAI; HINES, 2003, p. 487) que contradizem a assunção (intuitiva) de que o investimento orientado ao exterior é realizado *"às custas de"*, e portanto *"em detrimento"*, do investimento doméstico. Subjacente à demonstração científica de complementaridade (e não de auto-exclusão), delineiam-se dois pontos relevantes, tradicionalmente ignorados pelos críticos às políticas fiscais internacionais.

Primeiro deles: dada jurisdição apenas pode direcionar o comportamento de seus *próprios* agentes econômicos nacionais, os quais interagem em um mercado *global* de capitais e investimentos. Assim, mesmo um fluxo líquido de investimento orientado ao exterior teria efeito-zero sobre a infra-estrutura e/ou os investimentos domésticos, caso ele desencadeie como contrapolo outro fluxo direto de capital estrangeiro *em direção* ao país – o que naturalmente tenderia a ocorrer, já que geolocalidades distintas apresentam riquezas naturais, insumos, presença de mercados consumidores ou disposição cultural a dado produto ou serviço igualmente distintas, e naturalmente apelativas a corporações de diversos países e nichos de mercado.

Sem prejuízo do exposto, os atores protagonistas do cenário *cross-border* são corporações, taxadas enquanto pessoas jurídicas (*entity level*). Além de perfeitamente móveis suas sedes em termos de alocação produtiva, sua capacidade de redistribuição tópica pelo globo poderia tornar despidas de significado prático regras tributárias estritamente baseadas na jurisdição-sede.

Já que tais sociedades teriam a possibilidade de levantar capital em mercados de ações e títulos, elas não estariam sujeitas às mesmas restrições de orçamento que indivíduos. Isto faz com que capitais financeiros sejam não auto-excludentes, como poderiam ser, em primeira análise, às pessoas físicas (para estas, a decisão de investir um dólar em dado país estrangeiro pode, e provavelmente o fará, implicar que sua capacidade de investimento doméstica será reduzida e comprometida).

Empresas bem-estabelecidas, porém, podem financiar projetos paralelos e concomitantes, levantando capitais domésticos e internacionais que não apenas se complementam, como podem reciprocamente servir de substitutos um ao outro. Destarte, os estudos empíricos recentes (DESAI; HINES, 2003, p. 487) demonstram com relativa tranquilidade que fluxos de êxodo de capital por corporações sediadas em dado país tendem estatisticamente a *não* reduzir o ritmo paralelo de investimentos *onshore*, e muito menos o ritmo de ingresso de capitais (domésticos e internacionais) desse dado país.

Como aponta a revisão de literatura estrangeira (SHAVIRO, 2009, p. 2; SEIDA; WEMPE, 2004, p. 7), um primeiro passo na política tributária internacional seria perguntar se o foco deveria ser o bem estar econômico *nacional*, ou se ao revés, o bem estar econômico *global*. Esta perspectiva normativa subjacente seria crucial à própria continuidade do debate, e ainda mais relevante quando considerada a temática da tributação de capitais alocados *offshore*.

No cenário doméstico, a razão primacial em favorecer políticas de neutralidade fiscal está em que a tributação, embora *"custo"* ao contribuinte, refletiria uma *"transferência social"* relevante, ao permitir ao Tesouro satisfazer demandas de outros concidadãos. O mesmo raciocínio não se sustenta no estudo da tributação internacional, a menos fossem contabilizados como benefícios os reflexos gerados a cidadãos residentes em *outros* países e jurisdições (SHAVIRO, 2009, p. 2).

Sob ponto de vista estritamente ético, caso firmemos – como premissa axiológica – que todos os seres humanos são dotados de *valor em si mesmo* (KANT, 1959, p. 64), e que todos possuem *o mesmo valor uns comparados aos outros*, o foco no bem estar *global* seria auto-evidente e despiciendo. Não é o que fazem as nações na prática, porém, e muito menos os próprios indivíduos no tratamento dispensado a seus pares nacionais.

A título de exemplo, o professor Daniel Shaviro (2009, p. 77) refere-se à sua própria situação pessoal: ele, enquanto professor e autor de análises tributárias e econômicas, enfatiza a utilidade marginal decrescente do capital, mas nem por isso dá de imediato *"todo seu dinheiro excedente aos pobres"* (SHAVIRO, 2009, p. 77). Uma tal atitude mostrar-se-ia louvável

e/ou benemerente, mas dentro de certos limites, a moralidade comum aceita (e incentiva) certos graus de egoísmo individual e social.

Ora, se o interesse próprio é – dentro de certos limites – aceitável em práticas egoísticas individuais, tanto mais o seria nas condutas de nações soberanas, e a casuística demonstra – tal como nos fluxos migratórios hodiernos do triênio 2016-2017-2018 – que o favorecimento de objetivos predominantemente altruísticos traz em seu bojo ainda acirradas controvérsias dos eleitorados nacionais.

Aos defensores do paradigma de bem estar *universal* (SHAVIRO, 2009, p. 77), um tal debate de política tributária internacional seria na verdade erroneamente polarizado, à medida que – *em consonância com a cooperação concertada da teoria dos jogos* – o favorecimento de cidadãos de outras jurisdições seria em igual medida uma política *ótima* ao favorecimento da própria macroeconomia *doméstica nacional,* no longo prazo.

Nessa medida, os proponentes de uma política dita de bem estar *global* não advogam a doação unilateral (e integral) de recursos de nações mais ricas às mais pobres. Ao revés, a adoção de políticas de cooperação internacional seria benéfica – por óbvio às nações diretamente favorecidas – mas *também* àquelas hoje na condição de nações ricas, com vistas a não sobrecarregar seus recursos de infra-estrutura interna, nem assoberbar fluxos migratórios exógenos, oriundos das nações mais pobres para as nações mais desenvolvidas.

O argumento de ouro, neste ínterim, estaria em que políticas nacionalistas de curto prazo minariam o bem estar econômico *global* (FERREIRA; FERREIRA, 2008, p. 7), porquanto outros países replicariam-nas em efeito cascata; dentro deste debate, o foco real da disputa não seria tanto um embate *"bem estar nacional vs. bem estar universal",* mas antes, *por qual maneira* perseguir a *política ótima* de consecução do próprio bem estar nacional (SHAVIRO, 2009, p. 77).

3. CONCLUSÃO

Ao que tudo indica, os atuais ajustes plurilaterais da comunidade internacional – firmados nas últimas políticas BEPS – sinalizam uma gradativa compreensão (e adoção) de medidas ao mesmo tempo egoístas

e altruístas: os países parecem paulatinamente perceber que a proteção à erosão de bases tributárias nacionais depende do concerto em rede e sistêmico de interesses pluridimensionais, encetando contatos e esforços comuns de jurisdições plúrimas (GARCÍA NOVOA, 2003, p. 40), ainda que isto implique – no curto prazo – a renúncia parcial de dadas condições ou posições até então vigentes.

No quadro nacional, os problemas próprios e particulares à tributação proporcional às unidades econômicas podem outrossim receber novo enfoque, revestindo-se de estimações coletadas a partir da realidade fenomênica, aproximando *"fato"*, *"valor"* e *"norma"* (REALE, 2002, p. 57), de modo a prover aos elaboradores de políticas públicas tributárias e macroeconômicas um instrumento útil na tomada de decisão.

As análises econométricas mereceriam assim adequada contextualização com o efeito prático das normas tributárias, e esta dialética direito-microeconomia – diretamente afeta à racionalidade econômica e às paixões dos agentes econômicos (sujeitos passivos por excelência da relação jurídico-tributária) – desvela-se essencial à maior previsibilidade de comportamento. Os ganhos incrementais na certeza estatística, por sua vez, assessorariam os *policymakers* para proposições *de lege ferenda* futuras.

É neste quadro e conceito que (re-)inserimos a proposta de tratamento interdisciplinar dos fenômenos econômico e jurídico, esperando possa servir de simples contributo inicial, como ponto de partida ao debate profuso da academia, e *a latere*, à internalização de propostas racionais que contribuam ao desiderato de progresso de países e sociedades como um todo.

Como alhures mencionado, se é fato que os problemas enfrentados pela doutrina tradicional de Direito e Economia divergem daqueles afetos ao sub-domínio Direito Tributário e Economia, então, *pari passu*, também o endereçamento das soluções propostas pressupõe ferramental teórico-analítico no mínimo próprio e idiossincrático.

Sob tal perspectiva, a redefinição dos limites conceituais da disciplina *Tax Law & Economics*, e a própria difusão de estudos desta especialidade à comunidade jurídica, ainda pouco confortável à matéria, constitui exercício fundente à abordagem *prática* dos problemas que se pretende resolver (ou mitigar) com a arrecadação tributária.

Essencial será, por fim, que tenhamos operadores do direito investidos de conhecimento aprofundado em economia e estatística, como também economistas de elite investidos de conhecimentos especializados sobre as regras normativas e suas respectivas sanções. Trata-se de um debate salutar, harmonioso, e na dinâmica econômica global e interconectada do século XXI, *absolutamente necessário.*

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVI-YONAH, Reuven S. *Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State.* In: Harvard Law Review, v. CXIII, n. 7, 2000.

BANKMAN, Joseph; GRIFFITH, Thomas. *Social Welfare and the Rate Structure: A New Look at Progressive Taxation.* In: *California Law Review,* v. LXXV, nº 6, dez. 1987.

BOBBIO, Norberto. *A função promocional do direito*, in: *Da Estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Contribución a la teoria del derecho.* São Paulo: Livraria dos Advogados, 1981.

BUCHANAN, James. *Opportunity Cost.* In: *The New Palgrave Dictionary of Economics.* DURLAUF, Steven; LAWRENCE, Blume (orgs.). 2ª ed., v. III. UK: Palgrave Macmillan, 2008, p. 718.

CARBAJO VASCO, Domingo. *El plan de acción de la iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial.* In: *Crónica tributaria,* nº 154, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COASE, Ronald Henry. *The Nature of the Firm.* In: *Economica (The London School of Economics and Political Science).* New Series, v. IV, nº 16, nov. 1937.

CONESA, Juan Carlos; KITAO, Sagiri; KRUEGER, Dirk. *Taxing Capital? Not a Bad Idea after All!* In: *American Economic Review,* v. LXLIX, nº 1, mar. 2009.

DESAI, Mihir; HINES, James. *Evaluating International Tax Reform.* In: *The National Tax Journal,* v. LVI, nº 3, jan./dec. 2003, pp. 487-502.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. *Os alemães não querem que 60% da população seja muçulmana.* Disponível em: https://www.dn.pt/mundo/interior/os-alemaes-nao-querem-que-60-da-populacao-seja-muculmana-5163062.html>. Acesso em: 15 nov. 2017.

EBC AGÊNCIA BRASIL. *Alemanha cria primeira lei para integração de migrantes e refugiados.* Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-04/alemanha-cria-primeira-lei-para-integracao-de-migrantes-e-refugiados>. Acesso em: 15 nov. 2017.

EL PAÍS. *Alemanha e Suécia aceleram a expulsão de imigrantes.* Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/28/internacional/1453969259_416765.html>. Acesso em: 15 nov. 2017.

FERREIRA, Fernanda; FERREIRA, Flávio. *Equilíbrio de Nash versus Óptimo de Pareto.* In: *Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão do Instituto Politécnico do Porto,* ago. 2008.

FRIEDMAN, Thomas Loren. *Thank you for being late. An optimist's guide to thriving in the age of accelerations.* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2016.

GARCÍA NOVOA, César. *Reflexiones sobre la Influencia de la Globalización en los Principios Tributarios.* In: *Direito Tributário Internacional Aplicado.* (coord.) Tôrres, Heleno Taveira. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GEEST, Gerri det. *The debate on the scientific status of law & economics.* In: *European Economic Review,* v. XL, nº 3-5, abr. 1996.

GROVES, Harold. *Tax Philosophers Two Hundred Years of Thought in Great Britain and the United States.* Madison: University of Wisconsin-Madison Press, 1974.

HANSMANN, Henry. *The Current State of Law-and-Economics Scholarship.* In: *Journal of Legal Education*, v. XXXIII, 1983.

HINES, James. *Three sides of Harberger Triangles*. In: *National Bureau of Economic Research (NBER)*. Working Paper No. 6852, dez. 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática.* Bertagnoli, Afonso (trad.). São Paulo: Brasil Editora S/A, 1959.

KAPLOW, Louis. *How Tax Complexity and Enforcement affect the Equity and Efficiency of the Income Tax.* In: *National Bureau of Economic Research* (NBER). Working Paper No. 5391. Cambridge: NBER, dez. 1995.

KIRAT, Thierry. *Économie du droit.* Paris: La découverte, Collection Repères nº 261, set. 2012.

KOPCZUK, Wojciech. *Tax Simplification and Tax Compliance: An Economic Perspective.* In: *Bridging The Tax Gap,* v. CXII, Max B. Sawicky Editors, 2005.

KRUGMAN, Paul; Wells, Robin. *Microeconomia: uma abordagem moderna.* Macedo, Regina Célia Simille de. (trad.). 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

_____. *Introdução à Economia.* Hoffmann, Helga. (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LAFFER, Arthur. *The Laffer Curve: Past, Present, and Future.* In: *Backgrounder – The Heritage Foundation*, nº 1765, jun. 2004.

MANKIW, Gregory; WEINZIERL, Matthew Charles; YAGAN, Danny Ferris. *Optimal taxation in theory and practice.* In: *Journal of Economic Perspectives,* v. XXIII, nº 4, jan./dez. 2009.

MEYERHOF SALAMA, Bruno. *O que é pesquisa em direito e economia?* In: *Cadernos Direito GV*, v. V, nº 2, mar. 2008.

MIRRLEES, James. *An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation.* In: *The Review of Economic Studies*, v. XXXVIII, nº 2, abr. 1971.

O'REILLY, Terrance. *Economics & Economic Substance*. In: *Florida Tax Review*, v. IX, nº 755, 2010.

_____. *Principles of Efficient Tax Law: Apocrypha*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfmabstract_id=1017186>. Acesso em: 15 nov. 2017.

PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. 4ª ed. London: Macmillan & Co. Publishers, 1932.

POSNER, Richard. *Values And Consequences: An Introduction To Economic Analysis Of Law.* In: *University of Chicago Law School, Program in Law and Economics.* Working Paper nº 53. jan. 1998.

_____. *Economic Analysis of Law.* 6ª. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

RASKOLNIKOV, Alex. *Accepting the limits of tax law and economics.* In : *Cornell Law Review*, v. XCVIII, nº 3, mar. 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* São Paulo: Saraiva. 19ª ed., 2002.

SEIDA, Jim A.; Wempe, William F. *Effective Tax Rate Changes and Earnings Stripping Following Corporate Inversion.* In: *National Tax Journal,* v. LVII, nº 04, out./dez. 2004.

SHAVIRO, Daniel. *Decoding the U.S. Corporate Tax*. Washington, D.C.: Urban Institute Press, 2009.

_____. *Economic Substance, Corporate Tax Shelters, and the Compaq Case.* In: *Tax Notes*, v. LXXXVIII, jul. 2000.

_____. *In Defense of Requiring Back-flips.* In: *Virginia Tax Review*, v. XXVI, jan./dez. 2007.

_____. *The Case Against Foreign Tax Credits.* In: *The Journal of Legal Analysis.* The John M. Olin Center for Law, Economics and Business at the Harvard Law School, v. III, nº 1, mar. 2011.

_____. *The Obama Administration's Tax Reform Proposals Concerning Controlled Foreign Corporations.* In: *The British Tax Review*, v. IV, 2009.

SLEMROD, Joel. *Optimal Taxation and Optimal Tax Systems.* In: *Journal of Economic Perspectives,* vol. IV, nº 01, jul./set. 1990.

_____. *The Economics of Corporate Tax Selfishness. In: National Tax Journal, v. LVII, nº 04, out./dez. 2004.*

SUGIN, Linda, *A Philosophical Objection to the Optimal Tax Model.* In: *Tax Law Review,* v. LXIV, mai. 2011.

STRAFFIN, Philip. *Game Theory and Strategy.* v. XXXVI. Washington: The Mathematical Association of America, 1993.

ULEN, Thomas. *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law.* In: *University of Illinois Law Review*, v. MMII, nº 4, jun. 2003.

VARIAN, Hal. *Microeconomic Analysis.* 3ª ed. New York: W. W. Norton & Company, 1992.

WEISBACH, David. *Ten Truths about Tax Shelters.* John M. Olin Program In Law and Economics Working Paper No. 122, mai. 2001.

Brenno Birckholz da Silva.

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP.
Doutor em Direito Privado e Ciências Criminais pela Université de Bordeaux (França).
Mestre em Direito e Gestão do Patrimônio Privado pela Université de Bordeaux (França).
Especialista em Direito Civil e em Direito Notarial e Registral pelo Instituto LFG.
Bacharel em Direito pela USP.
Tabelião de Notas e Oficial Registrador Civil das Pessoas Naturais.

SAÚDE SUPLEMENTAR NO STJ: REGULAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO SE ATRAEM?

Eduardo Calasans Rodrigues

SAÚDE SUPLEMENTAR NO STJ: REGULAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO SE ATRAEM?*

PRIVATE HEALTH IN STJ: DO REGULATION AND LITIGATION ATTRACT EACH OTHER?

Eduardo Calasans Rodrigues

RESUMO

O artigo pretende verificar a compatibilidade das decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à normatização existente nas esferas legislativa e administrativa, no âmbito da saúde suplementar, para identificar a possibilidade de criação regulatória por meio da judicialização. A partir de análise exploratória sobre pronunciamentos capazes de gerar precedentes orientativos e vinculantes às instâncias inferiores, possibilitou-se considerações de caráter normativo sobre a possibilidade de julgamentos em sentido diverso do entendimento administrativo, com base em leis principiológicas. Após, por meio de revisão bibliográfica sobre a relação entre regulação e judicialização em um mesmo setor, apresentou-se características dos modelos em que Agências Reguladoras e Tribunais criam e interpretam regras de conduta para cidadãos e empresas. Por fim, concluiu-se que não é possível afirmar a existência de regulação via judicialização dos temas de saúde suplementar, atualmente, nos limites pesquisados, apesar de essa possibilidade estar disponível ao Judiciário em julgamentos futuros.

PALAVRAS-CHAVE: REGULAÇÃO. JUDICIALIZAÇÃO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SAÚDE SUPLEMENTAR.

* Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

ABSTRACT

The article intends to verify the compatibility of the decisions made by the Superior Court of Justice in relation to the existing regulation in the legislative and administrative field, in the scope of supplementary health, to identify the possibility of regulatory creation through litigation. Based on an exploratory analysis of pronouncements capable of generating orienting and binding precedents to lower levels, were made normative considerations on the possibility of judgments in a different sense from administrative understanding based on principiological laws. Afterwards, through a bibliographic review on the relationship between regulation and judicialization in the same sector, characteristics of the models in which Regulatory Agencies and Courts create and interpret rules of conduct for citizens and companies were presented. Finally, it was concluded that it is not possible to affirm the existence of regulation through the litigation in supplementary health issues, currently, within the limits surveyed, although this possibility is available to the Judiciary in future judgments.

KEYWORDS: *REGULATION. LITIGATION. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPPLEMENTARY HEALTH.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O STJ na uniformização de jurisprudência. 2.1. Súmulas. 2.2. Recursos repetitivos. 2.3. Considerações gerais. 3. Regulação via judicialização. 4. O STJ e a regulação. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Atividades estratégicas para o país como energia, telecomunicação, transporte, saúde, cultura, são exercidas sob complexos sistemas submetidos à regulação pública, que produz normas de conduta complementares às leis formais editadas pelo Poder Legislativo, mas que continuam expostas a um controle judicial bastante amplo.

Nesse contexto, existem críticas que atingem tanto a extensão da intervenção do Estado via regulação, como o excesso de pronunciamentos judiciais que, por vezes extrapolam as normas editadas pelos reguladores. Saber até que ponto esse sistema sofre críticas infundadas é verificar se o ordenamento jurídico existente permite a atuação paralela de reguladores e juízes, em esferas de atribuição cujas linhas separadoras nem sempre são tão claras.

Essa dualidade é objeto do presente artigo, sob o foco de um setor específico, o de saúde suplementar, regulado por uma agência reguladora - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - e constantemente objeto de litígios levados à solução no âmbito do Poder Judiciário. A forma pela qual juízes se pronunciam sobre temas envolvendo setores regulados pode representar uma verdadeira atuação regulatória por parte do Judiciário, afinal, "juízes têm papel relevante no ritmo e na qualidade da produção regulatória. O atual cenário da regulação brasileira é também resultado da atuação dos Tribunais. Resta descobrir em que medida" (VORONOFF, 2010). Para investigar se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) produz regulação no setor de saúde suplementar, é preciso estudar se suas decisões estão alinhadas com o marco regulatório do setor, Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 e atos normativos regulatórios expedidos pela ANS.

2. O STJ NA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

O STJ tem o papel de atuar como última instância nos conflitos de direito privado do país, quando não há matéria constitucional que permita o recurso ao STF. Tendo em vista o número de processos julgados sobre os mais diversos temas, organizar informações acerca de cada julgamento dentro de cada tema da saúde suplementar não é tarefa fácil, até porque nem todo julgamento produz um "precedente" estável a ser seguido pela comunidade jurídica. Por essa razão, a escolha por súmulas e teses de recursos repetitivos para fins de análise, sob a ótica da compatibilidade com a regulação prevista em lei e atos normativos, se justifica, dado o caráter de maior definitividade nessas decisões, com menor chance de alteração ao longo do tempo pelo Tribunal.[1] Em princípio, quando uma

[1] Além disso, provocam efeitos processuais importantes, permitindo a concessão de tutela de evidência (art. 311, II do CPC); o julgamento liminar de processos (art. 332 CPC), a inadimissibilidade de recursos (art. 496 p. 4º, I e art. 932 do CPC); os poderes do relator (art. 955 do CPC); o cumprimento provisório de sentença (art. 521, IV do CPC); a ação rescisória (art. 966, p. 5º do CPC); o manejo da reclamação (art. 988 do CPC); e caracterizando a repercussão geral da matéria (art. 1035, I do CPC). BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 12 de fev. 2020.

matéria é objeto de súmula ou tem tese firmada em recurso repetitivo significa que o Tribunal já está maduro para definir um posicionamento que se propõe definitivo sobre aquele tema. E isso deveria ser objeto de observância pelas instâncias ordinárias, de modo a permitir coerência, celeridade e uniformidade de julgamentos, gerando segurança jurídica para a sociedade.

Muitos autores percebem haver uma gradual aproximação do sistema jurídico brasileiro, de tradição da família jurídica de *civil law*, com o sistema de *common law,* nascido na Inglaterra e aplicado em outros países de língua inglesa, como os Estados Unidos. Na fase de anteprojeto do atual Código de Processo Civil (CPC), Theodoro Junior (2019) informava a perspectiva de que o Código se aproximasse da técnica anglo-americana, reconhecendo força normativa maior aos precedentes. A característica mais marcante do *common law* é o embasamento de decisões em casos que já foram anteriormente julgados, chamados de precedentes, razão pela qual é conhecido como o "direito dos Tribunais". Há quem diga que uma norma dificilmente significa algo até passar pelo seu "batismo de fogo" (FRIEDMAN, 2006, p.139), que é a construção pelos Tribunais.

É interessante notar, porém, que nem todas as decisões tomadas em casos isolados formam o precedente que será seguido em casos posteriores. Como informa Tucci (2004), cada pronunciamento constitui, em princípio, um precedente judicial, porém, seu alcance não se percebe de imediato, "o precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos".

Mesmo com a redução das diferenças, vale enfatizar que, em profundo estudo sobre precedentes e os sistemas jurídicos, Bustamante (2012, p.2) demonstra a incorreção da tese da autonomia metodológica do *common law,* afirmando que a principal diferença entre os sistemas acaba recaindo na forma pela qual o Legislativo atua, uma vez que de lá se extraem as regras mais ou menos amplas editadas para regular as relações sociais. Já no âmbito administrativo, o tema guarda total relação com a produção de normas no âmbito administrativo, característica destacada em relação

às Agências Reguladoras brasileiras, naquilo que se denomina processo administrativo normativo, valendo o alerta de Palma (2017, p.226):

> Em grande medida, o desenvolvimento do processo administrativo normativo nas Agências Reguladoras deve-se à influência dos sistemas de *common law*, notadamente o norteamericano, bem como em razão dos documentos de análise do panorama regulatório brasileiro produzido pela OCDE. (…) Pontualíssimos são os órgãos e entes administrativos que desenvolvem processo administrativo normativo fora do âmbito das agências reguladoras, como o CNJ e o CONAMA.

Com o CPC editado em 2015 houve a introdução dos precedentes vinculativos em dimensão mais ampla, demonstrando que o Legislador reforçou o papel dos Tribunais na formação de decisões mais estáveis e capazes de incrementar a segurança jurídica. Justifica-se portanto, a escolha de súmulas e recursos repetitivos como objeto de estudo.

Inicia-se, portanto, trazendo a redação das súmulas (nº 302, 597, 608 e 609) e recursos repetitivos[2] (952, 989 e 990) e sua compatibilidade com a regulação existente. Após, serão tecidas considerações sobre a forma de julgamento dos casos.

2.1. Súmulas

Súmula 302 - É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. (Súmula 302, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425)

[2] Não será possível avaliar um quarto caso, que envolve o tema repetitivo nº 1016 ("validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária e o ônus da prova da base atuarial dessa correção") porque ainda se encontra pendente de decisão, não permitindo avaliar se o STJ adota posição compatível com a regulação do setor. Não obstante, dada a similitude com o tema repetitivo 952, sobre planos individuais, já julgado pelo Tribunal e avaliado neste trabalho, tudo indica que o STJ julgará de acordo com o primeiro entendimento, que está de acordo com o entendimento da Agência Reguladora.

A verificação da Lei nº 9.656/98 aponta para o artigo 12, que prevê:

> Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:
>
> II - quando incluir internação hospitalar:
>
> a) cobertura de internações hospitalares, **vedada a limitação de prazo**, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos (grifado)

A súmula está compatível com a legislação, mesmo que pela lógica contratual (de abusividade da cláusula). A análise de um dos precedentes dessa súmula ajuda a entender um caminho comum percorrido pelo STJ (BRASIL, 2002), utilizando valores principiológicos como função social e razoabilidade para influenciar e guiar a interpretação dos contratos.

> Fortes os fundamentos de ambas as correntes. De um lado, a liberdade de contratar, a regra do art. 1460 do Código Civil ('quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador') e a obrigação do Estado, e não da iniciativa privada, de garantir a saúde da população. De outro, a hipossuficiência do consumidor, o fato de o contrato ser de adesão, a nulidade de cláusula que restringe direitos e a necessidade de preservar-se o maior dos valores humanos, que é a vida. Ponderando as duas correntes, tenho que mais acertada a segunda, notadamente por não encontrar justificativa na limitação de internação imposta pelas seguradoras. Se a doença é coberta pelo contrato de seguro (e isso a recorrida não nega), não se mostra razoável a limitação a seu tratamento. Até porque o consumidor não tem como prever quanto tempo durará a sua recuperação. [...] Nesta linha, tenho por abusiva a cláusula que impõe a limitação temporal no tratamento da doença

> sofrida pelo segurado, levando em consideração a norma do art. 51-IV do Código de Defesa do Consumidor, a impossibilidade da previsão do tempo de cura, a irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, a vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e a regra de sobredireito contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum.

Nos dizeres de Andrighi (2013, p.70), "a edição dessa súmula visa promover a função social do contrato, a boa-fé objetiva, a proteção da dignidade humana e a solidariedade social." A afirmação da Ministra faz todo sentido quando aplicado aos planos contratados antes da vigência da lei de planos de saúde, merecendo, porém, maiores reflexões em relação aos chamados "planos novos". Se a edição da súmula (em 2004) se deu após a promulgação da lei com hipótese idêntica, parece que os valores eleitos para essa opção (valorização da função social do contrato e boa-fé) partiram do Legislativo, sendo muito mais do que uma avaliação judicial. Tal consideração será retomada adiante.

Súmula 597 - A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação. (Súmula 597, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017)

A lei nº 9.656/98, no mesmo artigo 12, encontra a compatibilidade com o teor da súmula.

> **Art. 12.** São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:
>
> **V -** quando fixar períodos de carência:
>
> **c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência**; (grifado)

Coerentemente, um dos precedentes (BRASIL, 2012) faz referência expressa à lei setorial para embasar a decisão, o que não ocorre com a redação da própria súmula, que omite a existência dessa regra na lei.

> [...] Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípuo de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual.

As considerações acerca da omissão de citação da lei na elaboração da súmula estão na linha dos comentários que serão feitos adiante e que valem para a primeira súmula anteriormente anotada.

Súmula 608 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)

Passando para verificação da súmula 608, no mesmo caminho das anteriores, é possível verificar na lei nº 9.656/98 o artigo 35-G:

> **Art. 35-G.** Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990.

Apesar de não citar a lei específica do setor, é possível dizer que a súmula está em consonância com a lei nº 9.656/98, quando prevê a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor - CDC à relação entre beneficiários e operadoras de planos de saúde. Como não se faz distinção a que tipo de contrato seria aplicado o Código, entende-se

que se pretende abranger com a mesma intensidade qualquer contratação, anterior ou posterior à lei de planos de saúde (a vigência do CDC é de 1990, antes da lei de planos de saúde, editada em 1998).

Note-se que antes da edição da súmula 608 vigorava a súmula 469, com a seguinte redação:

> Súmula 469 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010)

A redação anterior, portanto, não fazia distinção entre o tipo de operadora de planos de saúde, aproximando-se do que está previsto no artigo 35-G da lei nº 9.656/98. Ocorre que diversos processos posteriores chegaram ao STJ sob o argumento de que as operadoras na modalidade autogestão possuíam características diferenciadoras das demais, pois tinham como escopo atender um público restrito de pessoas, vinculadas à pessoa jurídica na qual estavam inseridas, o que levaria ao afastamento dos comandos da lei nº 8.078/90, já que ausente a relação de consumo.

Súmula 609 - A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado. (Súmula 609, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)

Por fim, a súmula 609 contém regras que guardam correspondência com a regulação e outras que não estão totalmente conforme. Veja-se a comparação:

> **Art. 11**. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, **cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.**

> Parágrafo único. **É vedada a suspensão** da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, **até a prova** de que trata o *caput*, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS. (**grifado**)
>
> **Art. 35-E.** A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que:
> II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará **sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS;**

Com base no inciso II do art. 35-E, portanto, a ANS editou a Resolução Normativa RN 162/2007 disciplinando a matéria, dispondo sobre doenças e lesões preexistentes, de maneira um pouco diferente:

> Art. 5º Nos planos privados de assistência à saúde, individual ou familiar, ou coletivos, em que haja previsão de cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, contratados após a vigência da Lei nº 9.656, de 1998, **o beneficiário deverá informar à contratada, quando expressamente solicitado na documentação contratual por meio da Declaração de Saúde, o conhecimento de DLP**, **à época da assinatura do contrato** ou ingresso contratual, sob **pena de caracterização de fraude**, ficando sujeito à suspensão da cobertura ou rescisão unilateral do contrato, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.656, de 1998. (Redação dada pela RN nº 200, de 2009)
>
> (…)
>
> §4º **É vedada a alegação** de omissão de informação de DLP **quando for realizado qualquer tipo de exame ou perícia** no beneficiário pela operadora, com vistas à sua admissão no plano privado de assistência à saúde.

A súmula usa a expressão "má-fé" do beneficiário, quando a lei e a RN usam a expressão "fraude", o que, no caso concreto, não parece alterar as conclusões. Porém, mudar as palavras quando se pretende dizer

a mesma coisa, é uma estratégia problemática, que abre a possibilidade de interpretações diferentes, podendo culminar com a modificação também do significado ou da compreensão do significado daquilo que se quis regular (da regulação por agência x da regulação pelo Judiciário).

2.2. Recursos repetitivos

(TEMA REPETITIVO: 952) REAJUSTE DE MENSALIDADE DE PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL OU FAMILIAR FUNDADO NA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA DO BENEFICIÁRIO

> **TESE** para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

Seguindo o mesmo método utilizado com as súmulas, verifica-se a previsão na lei nº 9.656/98:

> **Art. 15**. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

A tese do STJ cita expressamente a necessidade de observar as normas expedidas "pelos órgãos governamentais reguladores", enquanto que a lei é expressa no sentido de que essa autoridade é a ANS. No exercício dessa competência, a ANS publicou a RN 63/03, que *define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004*.

(TEMA REPETITIVO: 989) IMPOSSIBILIDADE DE PERMANÊNCIA DE EX-EMPREGADO APOSENTADO OU DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA, COMO BENEFICIÁRIO, NOS PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS CUSTEADOS EXCLUSIVAMENTE PELO EMPREGADOR

> **TESE** para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.

Do exame de compatibilidade com a lei nº 9.656/98 verifica-se:

> Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, **nas mesmas condições de cobertura assistencial** de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral
>
> **§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.**
>
> Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, **nas mesmas condições de cobertura assistencial** de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.
>
> **§ 2º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30. (grifado)**

Depreende-se, pois, que a tese do STJ praticamente repete a previsão legal, não havendo incompatibilidade.

(TEMA REPETITIVO: 990) FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE

> **TESE** Para efeitos do art. 1.040 do NCPC: 1.1. As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. [...] 2.2. É legítima a recusa da operadora de plano de saúde em custear medicamento importado, não nacionalizado, sem o devido registro pela ANVISA, em atenção ao disposto no art. 10, V, da Lei nº 9.656/98, sob pena de afronta aos arts. 66 da Lei nº 6.360/76 e 10, V, da Lei nº 6.437/76. Incidência da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e dos Enunciados nº 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde, respectivamente, A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; e, É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental. 2.3. Porém, após o registro pela ANVISA, a operadora de plano de saúde não pode recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário.

Do artigo 10 da lei nº 9.656/98 se verifica:

> **Art. 10**. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, (…), respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, **exceto**:
>
> (…)
>
> **V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; (grifado)**

Por parte da ANS, a Resolução Normativa 428/2017 (norma mais atualizada sobre o Rol) prevê:

> Art. 19. Os planos privados de assistência à saúde deverão assegurar cobertura para medicamentos registrados/regularizados na ANVISA que sejam utilizados nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos contemplados na presente RN e em seus Anexos, de acordo com a segmentação contratada.

A literalidade do texto demonstra a compatibilidade do entendimento do STJ com a legislação, valendo ressaltar que desta vez o Tribunal, além de citar a lei aplicável, ainda chancelou recomendação (nº 31) e enunciados (nº 6 e 26) do CNJ, sobre a matéria.

2.3. Considerações gerais

Verificou-se que, em geral, as decisões mais importantes do STJ sobre o tema da saúde suplementar vão ao encontro da previsão legal e normativa sobre o setor. Percebe-se, porém, que a forma de decidir, com ênfase nas referências utilizadas e nos termos abertos podem causar certa confusão na recepção da mensagem de uniformização da jurisprudência que se pretende passar.

Exemplificando, podemos retomar a primeira súmula analisada, que "visa promover a função social do contrato, a boa-fé objetiva, a proteção da dignidade humana e a solidariedade social". Como dito, a regra prevista na lei foi explicitada na súmula, sem que esta tenha citado a fonte legal. Em que pese, na prática, o resultado ser o mesmo, a percepção de que o Judiciário criou essa regra com base em valores abertos pode reforçar uma ideia de ativismo, quando na verdade, a discricionariedade de avaliação desses valores foi conferida pelos legisladores, de modo que o juiz não está invadindo a competência de outro Poder ao decidir com base no que a lei prevê.

Outro ponto interessante de análise é que a redação da súmula parece focar na questão contratual, com o reconhecimento reiterado pelo STJ da abusividade da cláusula. Não se discute, porém, que a disposição em contrato de uma cláusula que limite o prazo de internação estaria violando a própria lei, sem que o Judiciário tenha que fazer um exame de abusividade, que normalmente depende de certo juízo discricionário e subjetivo, cujo

ônus argumentativo é bem maior. Além disso, se uma cláusula contratual segue o que está previsto na lei/regulação administrativa e o Judiciário entende que ela é abusiva, pode estar havendo, por via transversa, negativa de aplicação da própria lei, sem declará-la inconstitucional. Por isso, em verdade, a utilização de outros parâmetros seria necessária caso o Tribunal pretendesse elaborar argumentação para afastar a lei, declarando-a inaplicável porquanto a limitação de internação fosse devida. Do contrário, calcar decisões em valores abertos pode aumentar a oportunidade para que Tribunais inferiores divirjam da forma de aplicação da regra.

Situação interessante de se observar, também, é o caso da segunda súmula, em que ocorre repetição do texto de lei, sem que lhe faça referência expressa. Uma súmula que repete o que está previsto em lei pode servir de reforço para a regulação existente, demonstrando que o Judiciário é deferente com aquilo que os reguladores decidiram, aplicando essas regras. Mas quando o Tribunal deixa de citar expressamente o artigo de lei/ato regulatório que contém a previsão por ele reforçada, a referência se perde. Dá-se a entender, a partir daí, que aquela regra foi estipulada pelo próprio Judiciário, o que poderia ser encarado como uma espécie de regulação via judicialização. Essa situação parece trazer desinformação quanto à existência das regras produzidas pela agência reguladora competente para tratar da matéria e confusão quanto ao papel das instituições.

Considerando a hipótese (num exercício não exaustivo) de que o Judiciário teria alternativas de usar seus entendimentos para complementar, esclarecer ou ditar as possíveis interpretações sobre termos usados na regulação, nos litígios levados a juízo, o STJ poderia optar por não só repetir o que está na norma, mas também deixar mais claro para a sociedade como aquilo deve ser aplicado, ou até mesmo delimitar os possíveis sentidos existentes para aquelas regras editadas pela agência reguladora. Parece ter sido isso que ocorreu no caso da cancelada súmula 469, ultrapassada pela súmula 608, hoje vigente com a redação que contém a ressalva quanto a sua aplicação para as empresas classificadas na modalidade de autogestão. O que se vê, portanto, é que a própria jurisprudência do Tribunal se aperfeiçoou e criou um entendimento que faz uma ressalva não contida na redação da lei.

Além dessas observações pode ser adicionado outro elemento, exemplificado na terceira súmula analisada, em que se acrescenta à regra regulatória outros argumentos principiológicos. A utilização de conceitos indeterminados como "desarrazoados" e "aleatórios", não encontra fundamento direto na lei e, por isso, pode trazer grau de subjetivismo que dificulte a uniformização de jurisprudência, trazendo mais insegurança jurídica.

3. REGULAÇÃO VIA JUDICIALIZAÇÃO

Por meio da judicialização sempre haverá a possibilidade de serem criadas regras, cujos efeitos no setor regulado se expandem muito além do caso concreto. Essa criação pode ocorrer quando já existe regra prévia editada por agentes competentes, quando há omissão desses agentes, ou quando a regra editada contraria alguma norma de hierarquia superior. Cada caso poderá abrir um leque de soluções diferentes por parte dos juízes. Não se vislumbra, porém, um sistema capaz de evitar pronunciamentos judiciais que moldem a regulação, sejam por maior ou menor deferência às normas editadas *ex-ante* que se aplicam aos casos em julgamento.

Antes do crescimento das regulações, a responsabilidade civil era a forma clássica que o direito tinha de tentar moderar atividades arriscadas que pudessem causar danos a terceiros, regulando comportamentos por meio da ameaça de medidas cautelares e indenização. Com a modernidade das relações sociais e o aumento das atividades de risco, a ferramentas de regulação se expandiram, sendo aplicadas em conjunto sem, necessariamente, afastar as soluções de mercado e a responsabilidade civil. Numa visão ampla (BALDWIN, 2012, p.3), regulação pode ser encarada como um conjunto de comandos, de influência deliberada do Estado na iniciativa privada, de criação de regras de conduta, sem excluir as autorrestrições pelos particulares (autorregulação), a combinação de regras públicas e privadas, as negociações procedimentais e outras variações que dificultam a elaboração de um conceito fechado.

Comparando regulação e judicialização, Posner (2011, p. 11) traça quatro diferenças básicas: (i) regulação tende a usar formas preventivas (ex

ante) de controle, enquanto a judicialização se vale de controle posterior (ex post); (ii) regulação tende a produzir normatização, ao passo que a judicialização usa padrões de decisão (*standards*); (iii) regulação costuma usar especialistas nas matérias reguladas para criar as normas, ao contrário da judicialização, que tem solução dada no caso concreto por um juiz generalista (ou júri, no caso dos EUA); e (iv) regulação costuma usar mecanismos públicos de reforço (*enforcement*) como, por exemplo, as multas, sendo que a judicialização se vale dos mecanismos privados, como as cláusulas contratuais e a obrigação de indenização privada na relação entre particulares. Segundo Timm (2012), em países que adotam a *common law* é mais comum que haja estímulo ao cumprimento do contrato por meio de perdas e danos (responsabilidade civil), enquanto no *civil law* seria mais habitual a execução específica da obrigação.

Outros estudos (HELLAND, KLICK, 2006) focaram na comparação entre regulação e judicialização e a preferência de um sistema sobre o outro e pesquisas empíricas (SHARKEY, 2016) também tentavam extrair conclusões sobre a substitutividade dos sistemas e a possível evitabilidade de uma estratégia de ação sobre a outra, principalmente quanto à possibilidade de se criar padrões de conduta que impedissem ou diminuíssem o risco de danos via litígios judiciais.

Philipson, Sun e Goldman (2009), por sua vez, ao analisarem o sistema de dupla proteção existente na questão de medicamentos nos EUA, em que existe a regulação feita pelo FDA, sem que se exclua a possibilidade de responsabilização (e criação de padrões de cuidado) perante o Judiciário, entendem que ocorre incremento da segurança:

> No entanto, enquanto o FDA é o principal e mais visível regulador da segurança de medicamentos, a presença de responsabilidade legal após a entrada de um produto no mercado oferece às empresas grandes incentivos para fornecer medicamentos seguros. (tradução nossa)

Vale acrescentar que, com base nesse sistema, que pode duplicar a responsabilização em alguns casos, também há quem aponte para a possibilidade de que um maior índice de litígios levaria a uma menor

necessidade de regulação, assim como o contrário, ou seja, a maior amplitude da regulação levaria a um menor índice de litígios judiciais (SHAVELL, 1984). Porém, estudos empíricos conduzidos por outros pesquisadores (HELLAND, KLICK, 2012) demonstram que isso não ocorre necessariamente na prática. Na melhor das hipóteses, o índice de uma acompanharia a incidência da outra. Em complemento, ainda surge outra questão, quando se fala em sobreposição de sistemas (normas e litígios), que é o controle posterior como mitigador do risco de captura regulatória. Baseados na crítica de Stigler (1971, p.3), de que a regulação existe no interesse do mercado, a possibilidade de recorrer ao Judiciário seria alternativa para aqueles que se sentissem prejudicados pela regulação editada por reguladores capturados.

Sendo assim, como visto, além da face mais evidente, que sujeita as decisões ao rótulo de "ativismo", a judicialização também pode alcançar outros objetivos diretos ou indiretos, como por exemplo, mecanismo de contenção dos reguladores; garantidor de participação democrática no procedimento de produção normativa; mecanismo de contorno para eventual captura do regulador; intensificação de comandos regulatórios pouco contundentes para mudar o comportamento de agentes regulados; ampliação da responsabilização de agentes que pratiquem atividades de risco ou que exponham particulares a situações indesejadas.

No Brasil, o Judiciário é uma via aberta para se desafiar a regulação existente, seja pelas partes envolvidas na contratação de um plano de saúde, seja pelos Ministérios Públicos, órgãos de defesa do consumidor, Defensorias Públicas, entre outras instituições de expressiva importância, até por conta da norma constitucional que garante a inafastabilidade de jurisdição, que incrementa o nível de litígio sobre a gama de regras regulatórias existentes. Somadas as observações expostas sobre os conceitos abertos e valores subjetivos trazidos pela legislação, verifica-se que é necessário algum grau de uniformização por parte das instâncias superiores, sob pena de se perpetuar uma infinidade de entendimentos diferentes partindo dos inúmeros juízes espalhados pelo país.

Essa variedade de casos pode acarretar distorções à regulação administrativa editada com base nas leis setoriais, criando-se novas regras

que influenciam determinado setor regulado, por meio de litígios levados ao Poder Judiciário, encerrados por decisão ou acordo. Tal fenômeno pode ser chamado de regulação via judicialização (REICH, 2001)[3] e ter diversas razões, vislumbrando-se algumas hipóteses, inclusive com referências em casos estudados pelos norte-americanos com esse enfoque.

Uma primeira possibilidade é a dificuldade existente para modificação legislativa, que induz o comportamento de procurar a via judicial como forma de obter posicionamento contrário ao que prescrito em lei. O caso da indústria do cigarro nos EUA, que resultou num acordo de indenização a consumidores de proporções bilionárias, pode ser exemplo de judicialização politicamente orientada, ou com fins regulatórios, sobre luta que não vinha obtendo êxito no parlamento.[4]

Uma segunda hipótese pode ser exemplificada pelo caso em que a Suprema Corte norte-americana reconheceu, pela primeira vez, o direito individual de ter armas por parte de cidadãos.[5] Considerando que as regulações estaduais existentes sobre a matéria foram derrogadas ao não poderem mais restringir o direito do cidadão, o que ocorreu, na prática foi a limitação da regulação pela via da judicialização.

Numa terceira hipótese, pode-se imaginar as ações coletivas cujo resultado pode ser uma decisão que determine a alteração de práticas comerciais por parte de empresas condenadas, que passam a adotar uma postura uniforme a um conjunto de pessoas muito maior. Essas mudanças podem se equivaler a uma adequação a regras regulatórias não previstas em atos normativos, dada a extensão da mudança de padrão que se faz necessária na conduta do agente causador dos danos. Pela natureza

---

[3] Esse termo seria uma tradução possível para *regulation through litigation*, cunhada no comentário sobre ações judiciais como aquelas propostas pelo poder público contra a indústria do cigarro, sob o pretexto de obter indenização por prejuízos ao orçamento público sobrecarregado pelos danos causados aos particulares.

[4] Disponível em <https://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/master-settlement-agreement.pdf> Acesso em: 22 out. 2019.

[5] *D.C. v. Heller,* 554 US 570 (2008) Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/07-290.pdf> Acesso em: 23 out. 2019.

do dano, pela dificuldade a prova, pelo baixo valor individual ou pela dificuldade de acesso à justiça, as ações coletivas funcionam como forma de se facilitar a compensação de danos que ultrapassam a esfera individual e teriam baixa capacidade de serem enfrentados por indivíduos de forma isolada.

Traz-se de exemplo o litígio envolvendo um grupo de contratantes de seguros privados, que acionou um grupo segurador alegando quebra de contrato e fraude contra o consumidor, por conta de uma autorização dada pela seguradora para que as empresas credenciadas fizessem reparos nos carros danificados utilizando peças que não eram originais.[6] Essa *class action* obrigou as empresas envolvidas a usarem apenas peças originais nos consertos dos carros, mudando o comportamento em todas as seguradoras, que passaram a ter que se adaptar à nova regulação criada via judicialização.

Por fim, num exercício de comparação com realidades estrangeiras em que problemas semelhantes são identificados, pode-se ainda vislumbrar o caso de sobreposição da norma regulatória com a decisão judicial que cria indenização formando um parâmetro de precaução geral mais rígido do que aquele previsto em regras administrativas, para casos de omissão de informação, assemelhando-se a uma nova regulação. É o caso em que a indústria farmacêutica foi condenada a pagar indenização pela ausência de informação suficiente que impedisse o dano causado a paciente, mesmo que tenha tido a rotulagem aprovada pelo ente regulador (no caso, a Food and Drug Administration - FDA).[7] Como dito na decisão, os fabricantes são os principais responsáveis pela rotulagem dos medicamentos, e não o FDA, razão pela qual a competência da agência, consubstanciada na autorização de comercialização naqueles determinados termos, não poderia ser interpretada como impedimento de análise do caso pelo Judiciário, nem

---

[6] *Avery v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company.* Nº 5-99-0830. Appellate Court of Illinois, Fifth District. Para consulta ao caso, https://caselaw.findlaw.com/il-court-of-appeals/1141452.html.

[7] *Wyeth v. Levine,* 555 U.S. 555 (2009). Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/08pdf/06- 1249.pdf> Acesso em 10 jun. 2019.

como autorização vinda do Congresso para atuar como última autoridade decisória sobre rotulagem de medicamentos, de modo a impedir ações relacionadas.

Com os exemplos apresentados parece mais confortável reconhecer que as decisões judiciais em matérias regulatórias podem gerar consequências semelhantes a de atos regulatórios. Percebe-se, também, que a regulação pode ser usada em resposta à judicialização e, de igual modo, a judicialização pode ser usada para criar ou limitar a regulação. Essa relação é costumeiramente tensa e nem sempre mantém os sistemas isolados pois, muitas vezes, estes se sobrepõem.

4. O STJ E A REGULAÇÃO

Por quase trinta anos a contratação de planos privados de assistência à saúde se deu numa forma contratual clássica, livre de regras específicas, incidindo apenas os valores do *pacta sunt servanda,* como se houvesse plena liberdade de contratação. Nas relações contratuais não reguladas, os conflitos que desaguavam no Judiciário eram decididos conforme as cláusulas previstas e segundo a interpretação pelos juízes. A liberdade de comercialização e contratação no setor de saúde suplementar, que funcionava sem uma lei específica (MARQUES, 2017), regido pelo Código Civil (de 1916) e, depois, o Código de Defesa do Consumidor (de 1990), como principais limitadores da relação. Com o advento da lei nº 9.656 (em 1998), e a criação da ANS (em 2000), as regras incidentes na contratação e durante a vigência do contrato de plano de saúde foram alteradas, criando-se uma série de padrões, por via de normativos, para regular as relações entre beneficiários e operadoras de planos.

A regulação pode optar por vetar ou restringir determinados contratos e produtos, supondo a incapacidade de entendimento de mecanismos de divulgação de informação, dada a possibilidade de desvios da vontade em decorrência de problemas como assimetria de informação, heurísticas e viéses. Onde existe regulação pode haver regramento sobre a formação e execução dos contratos, com maior detalhamento das

fases anteriores e posteriores à contratação, com incidência de deveres relacionados à informação, confiança legítima e direito de arrependimento, por exemplo.

Observando os contratos de plano de saúde, estes não costumam prever consequências pelo descumprimento de cláusulas, salvo pontuais questões, como a inadimplência no pagamento de mensalidade por parte do beneficiário e fraude para fins de rescisão. Assim sendo, os instrumentos contratuais não servem, geralmente, como antecipadores de resolução de todos os conflitos ou como pré-determinação de danos causados por uma parte à outra, como num caso de negativa da cobertura contratual por parte da operadora, por exemplo. Verifica-se, então, que no setor de saúde suplementar, em que pese a relação ser contratual, não é possível advogar uma liberdade contratual "pura", até porque o próprio Código Civil de 2002 supera a clássica concepção de liberdade dos contratantes quando prevê função social dos contratos, reforçada pelo contexto do CDC. Encontrar elementos de equilíbrio dessas questões é o desafio dos Tribunais para alcançar segurança jurídica e previsibilidade.

Essa forma de encarar o direito contratual, com vistas à realidade de um mundo de trocas constantes e duradouras, influencia a forma de julgar dos juízes, calcados em parâmetros normativos abertos e valores orientativos de interpretação dispostos em lei, ultrapassando a questão meramente doutrinária e se realizando em escolhas sociais (por meio do Legislativo). Como explicam (FALCÃO, ARGUELLES, SCHUARTZ, 2006)

> Um dos problemas enfrentados em decisões judiciais que digam respeito ao cumprimento de contratos é determinar se uma cláusula ou mesmo todo o contrato são válidos do ponto de vista jurídico. Ou seja, se a cláusula em questão é ou não merecedora de *enforcement*. Se, por um lado, cabe ao legislador determinar os padrões pelos quais se determinará a legalidade, e ao juiz, interpretar esses padrões e aplicá-los aos casos concretos, por outro, cabe às partes acionar o Judiciário e submeter à apreciação do juiz as cláusulas livremente pactuadas.

Assim sendo, não podem os julgadores simplesmente omitirem a possibilidade de aplicação desses valores nos casos concretos, motivo pelo qual não é possível descartar a possibilidade de uma atuação influente das decisões judiciais na regulação.

Essas considerações sobre uma realidade em que contratos e regulação e sobrepõem, ajuda a entender determinados julgamentos feitos pelos Tribunais, e em especial pelo STJ, que costuma levar em consideração o fato de que "com o dirigismo contratual os contratos cativos ganham uma normatização protetiva ao aderente, consumidor ou não, que no plano fático por muitas vezes é colocado em situação de desvantagem e detrimento da operadora de plano de saúde" (BRASIL, 2017)

A clássica visão de contrato como acordo de vontade livre entre as partes é relativizada pela existência de regras dispostas em lei sobre a relação entre dois particulares, trazendo outros enfoques sobre as decisões que avaliam o cumprimento desses pactos privados. A violação de uma cláusula contratual pode revelar, na verdade, a inobservância da própria lei/regulação administrativa, motivo pelo qual o julgador teria mais de uma espécie de fundamentação para enfrentar o problema. Pelo lado contratual, usaria o ferramental clássico do direito contratual civil e do consumidor, podendo reputar abusiva a cláusula, por exemplo. Pelo enfoque da regulação, poderia verificar a (i)legalidade do ato normativo que permitia determinada previsão contratual.

Enfim, o que se percebe é que, não raro, as decisões do STJ utilizam conceitos jurídicos indeterminados e os valores principiológicos dispostos em lei, por vezes como complemento das regras regulatórias existentes, por vezes como substitutivo destas. Até onde essa prática ajuda ou atrapalha a interpretação e aplicação do direito nos julgamentos da saúde suplementar depende de análise caso a caso, dada a tênue linha que (nem sempre) separa a regulação da judicialização.

CONCLUSÃO

Como visto ao longo do estudo, é possível que determinados pronunciamentos judiciais produzam efeitos nos setores regulados de forma equivalente a uma norma exarada de uma agência reguladora, o que poderia ser chamado de regulação via judicialização, dado a ampla

dimensão normativa extraída da decisão. Quando produzida essa decisão por Tribunal que tem como uma das finalidades mais importantes, a uniformização de entendimentos para orientação e vinculação de Tribunais inferiores, maior relevância adquire a regra de conduta criada pelo Judiciário.

A possibilidade de se prolatarem decisões com base em parâmetros de elevado grau de subjetividade pode afastar o posicionamento judicial do arcabouço regulatório existente ou, ainda, apontar para uma incerteza sobre os critérios a serem utilizados pelas instâncias inferiores ao decidirem casos semelhantes. Nesses termos, o zelo pela utilização de termos iguais aos previstos em lei ou em atos normativos regulatórios, assim como a definição de parâmetros objetivos na interpretação da regulação, são fatores que parecem transmitir uniformidade e segurança aos agentes regulados e à sociedade em geral.

Se no exame do caso concreto se verificou que ao STJ não pode ser imputada a criação de regulação via judicialização, dada a proximidade de sua jurisprudência mais relevante com a regulação de saúde suplementar, também é possível identificar ganhos no aperfeiçoamento de forma, em relação à redação de súmulas e teses de recursos repetitivos, tornando mais claros os comandos que se pretendem passar para os juízes que vierem a decidir casos semelhantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fatima Nancy. Os planos de saúde privados e o código de defesa do consumidor. Principais questões geradoras de controvérsias In: NOBRE, Milton A. de B. SILVA, Ricardo A. D. da. (coord.) **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. **Understanding Regulation: theory, strategy and pratice**. 2a ed. Oxford University Press. 2012. p. 3.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 12 de fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 251024 SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2ª seção, julgado em 27/09/2000, DJ 04/02/2002. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 962980 SP, Rel. Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 15/05/2012. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Resp. 622882 RS (2014/0308793-5). Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. D. J. 10/10/2017 Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/508490990/agravo-em-recurso-especial-aresp-622882-rs-2014-0308793-5?ref=topic_feed> Acesso em: 10 jan. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses. 2012. p. 2.

FALCÃO, Joaquim. ARGUELLES, Diego W., SCHUARTZ, Luis. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. Revista de Direito Administrativo. v. 243, 2006. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42550> Acesso em 9 nov. 2019. p. 99 e 102.

FRIEDMAN, Laurence M. Judging the judges: some remarks on the way judges think and the way judges act. pp 139-160. *In:* ROBAK, John N. (editor) **Normes and Law**. Cambridge University Press. 2006.

HELLAND, Eric. KLICK, Jonathan. The tradeoffs between regulation and litigation: evidence from insurance class actions. **Journal of tort law.** Vol. 1, issue 3, 2006.

_____. Why aren't regulation and litigation substitutes? pp. 227-244. COGLIANESE, Cary. I*n:* **Regulatory Breakdown: the crisis of confidence in US regulation**, University of Pennsylvania Press, 2012.

MARQUES, Claudia L. et al. (coord.) **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de saúde de assistência privada à saúde.** São Paulo: RT, 1999.

PALMA, Juliana Bonarcorsi de. **Atividade normativa da administração pública.** Tese de doutorado Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/pt-br.php> Acesso em: 09 set. 2019.

PHILIPSON, Tomas. SUN, Eric. GOLDMAN, Dana. The effects of product liability exemption in the presence of the FDA NBER Working Paper No. 15603, 2009. Disponível em <https://www.nber.org/papers/w15603.pdf> Acesso em 10 jun. 2019.

POSNER, Richard A. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): An analytical framework. *In:* KESSLER, Daniel P. **Regulation versus Litigation: perspectives from economics and law**. The University of Chicago Press, 2011.

REICH, Robert. Regulation is out, litigation is in. **The American Prospect.** December 19, 2001. Disponível em <https://prospect.org/article/regulation-out-litigation> Acesso em 27 jul. 2019.

SHAVELL, Steven. Liability for warm versus regulation of safety. **Journal of legal studies.** 13, 1984.

SHARKEY, Catherine M. The Administrative State and the common law: regulatory substitutes or complements? **Emory Law journal** vol 65, pp. 1705, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Common Law e Civil Law. Aproximação. Papel da Jurisprudência e Precedentes Vinculantes no Novo Código de Processo Civil. Demandas Repetitivas.** Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/02/06/common-law-e-civil-law-aproximacao-papel-da-jurisprudencia-eprecedentes-vinculantes-no-novo-codigo-de-processo-civil-demandas-repetitivas/> Acesso em 10 mai. 2019.

TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direito e economia** no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 11.

VORONOFF, Alice. O Poder Judiciário como ator da regulação - relações institucionais, controle adequado e otimização regulatória. **Revista Justiça e Cidadania**. Ed. 121. 2010. Disponível em <https://www.editorajc.com.br/o-poder-judiciario-como-ator-da-regulacao-relacoes-institucionais-controle-adequado-e-otimizacao-regulatoria/> Acesso em 15 jan. 2020.

Eduardo Calasans Rodrigues

Especialista em regulação de saúde suplementar.
Mestre em Direito da Regulação pela FGV/Direito Rio.
Pós-graduado em Direito Público pela FGV/Direito Rio.
Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis.

A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Fábio Lopes Alfaia

A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE*

EXTRASPHISCALITY AS AN INSTRUMENT OF PROTECTION TO THE ENVIRONMENT

Fábio Lopes Alfaia

RESUMO

A ordem constitucional estabelecida desde 1988 fixou a necessidade de adoção de políticas públicas voltadas à defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Como modo de intervenção na ordem econômica por indução positiva ou negativa, a função extrafiscal dos tributos apresenta-se como instrumento de realização de políticas públicas destinadas ao suprimento de bens fundamentais constitucionalmente eleitos. A análise da extrafiscalidade da tributação ambiental enseja o estudo do manejo das espécies tributárias e dos princípios de direito ambiental pelos quais deve orientar-se, com destaque aos princípios do poluidor pagador e do protetor recebedor, com a especificação para o exercício da competência tributária e na repartição de receitas do federalismo constitucional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: EXTRAFISCALIDADE. POLÍTICAS PÚBLICAS. MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIOS. TRIBUTAÇÃO.

ABSTRACT

The constitutional order established since 1988 established the need to adopt public policies aimed at the defense of an ecologically balanced environment and essential to

*Artigo recebido em Fevereiro/2020 e aprovado em julho/2020.

a healthy quality of life. As a mode of intervention in the economic order by positive or negative induction, the extra-fiscal function of taxes is presented as an instrument for the implementation of public policies aimed at the supply of fundamentally constituted fundamental goods. The analysis of the extrafiscality of environmental taxation leads to the study of the management of tributary species and the principles of environmental law that should be oriented, with emphasis on the polluter pays principles and the recipient protector, with the specification for the exercise of tax jurisdiction and in the revenue distribution of Brazilian constitutional federalism.

KEYWORDS: *EXTRASPHISCALITY. PUBLIC POLICY. ENVIRONMENT. PRINCIPLES. TAXATION.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da extrafiscalidade como instrumento de realização de políticas públicas. 2. Da possibilidade de uma política tributária ambiental e de seus modos de realização. Conclusão.

SUMMARY: Introduction. 1. Extrafiscality as an instrument for carrying out public policies. 2. The possibility of an environmental tax policy and its modes of accomplishment. Conclusion.

INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo reside na reflexão sobre o uso da função extrafiscal dos tributos na realização de políticas públicas, notadamente para fins de defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, princípio este ínsito à ordem econômica constitucional e bem fundamental eleito com fins à construção da solidariedade no seio da sociedade brasileira.

O primeiro capítulo enfatizará a extrafiscalidade dos tributos como instrumento de natureza econômica de realização de políticas públicas adotadas para o atendimento de bens fundamentais eleitos pelo legislador constituinte. O segundo capítulo discorrerá sobre a possibilidade do desenvolvimento de políticas públicas de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida fundada na tributação extrafiscal, discriminando-se, ainda que de forma perfunctória

e atento aos limites estreitos deste artigo, as várias formas pela qual se afiguraria possível o exercício da competência tributária.

Ao final, colhidas as considerações externadas nos capítulos anteriores, buscar-se-á a resposta ao questionamento sobre a viabilidade da tributação como meio adequado para a tutela deste bem fundamental.

1. DA EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

No âmbito da função administrativa, o norte da atividade estatal vem a ser dado pelas políticas públicas estabelecidas pela ordem jurídica, seguindo-se os objetivos já traçados pelo Texto Constitucional. Não cabe ao gestor público liberdade na escolha do objetivo constitucional, o qual já está dado pelo bem fundamental eleito.

Nesse ponto, Felipe de Melo Fonte (2015, p. 53) assim conceitua:

> "...as políticas públicas compreendem as ações de programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal. Portanto, são as ações levadas a cabo pela Administração Pública que se encaixam nesta definição."

Em estando vinculada a bens constitucionalmente postos, a Administração Pública adota políticas adequadas para o suprimento dos mesmos. Aqui se estabelecem diretrizes extrajurídicas cuja forma legal deve ser buscada no ordenamento e de modo a aferir o alcance dos resultados pretendidos. Em havendo liberdade no estabelecimento de objetivos para o suprimento dos bens constitucionalmente tutelados (um campo essencialmente próprio da política como forma de sopesamento e de conformação de interesses sociais legítimos), por outro lado devem valer-se de instrumentos legalmente previstos no desenvolvimento da atividade estatal (campo este reservado à ciência e ao ordenamento jurídico).

O gestor público, portanto, aqui pauta a política pública estabelecida por um programa o qual tanto deve nortear-se por critérios de eficiência na busca dos resultados pretendidos quanto deve limitar-se a parâmetros jurídicos inafastáveis, ambos os aspectos imprescindíveis

para garantir a presunção de legitimidade e de legalidade da atividade administrativa.

Conforme leciona Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 42-43):

> "A dimensão material da política pública está contida no programa. É nele que se devem especificar os objetivos a atingir e os meios correspondentes. Os programas bem construídos devem apontar também os resultados pretendidos, indicando, ainda, quando possível, o intervalo de tempo em que isso deve ocorrer. Tais parâmetros serão úteis na avaliação dos resultados da política pública, após a sua implementação."
>
> "O programa contém, portanto, os dados extrajurídicos da política pública. Os instrumentos de formalização jurídica da política podem explicitar de forma mais ou menos clara os termos do programa, mas é certo que quanto mais próximo ambos estiverem, maior é a condição de efetivação jurídica da política. É o que se chama de "modelagem jurídica"."

E arremata (2006, p. 37):

> "A importância de se teorizar juridicamente o entendimento das políticas públicas reside no fato de que é sobre o direito que se assenta o quadro institucional no qual atua uma política. Trata-se, assim, da comunicação entre o Poder Legislativo, o governo (direção política) e a Administração Pública (estrutura burocrática), delimitada pelo regramento pertinente."
>
> "A confluência entre a política e o direito, nesse aspecto, dá-se num campo em que é mais nítida a participação de cada uma das linguagens. À política compete vislumbrar o modelo, contemplar os interesses em questão, arbitrando conflitos, de acordo com a distribuição do poder, além de equacionar a questão do tempo, distribuindo as expectativas de resultados entre curto, médio e longo prazos."
>
> "Ao direito cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-o em leis, normas de execução, dispositivos fiscais, enfim, conformando o conjunto institucional

> por meio do qual opera a política e se realiza seu plano de ação. Até porque, nos termos do clássico princípio da legalidade, ao Estado só é facultado agir com base em habilitação legal. A realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública. O problema passa a ser, então, o de desenvolver a análise jurídica, "de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro"."

Trata-se, aqui, do dever de tutela do Estado exercido em seu âmbito administrativo mediante atividades públicas em benefícios de seus cidadãos, suprindo necessidades fundamentais legitimamente eleitas pela comunidade. O exercício desse dever por meio do tipo e grau de prestações oferecidas dependem do respectivo estado de desenvolvimento social e econômico, da mudança das necessidades, assim como dos recursos que o Estado dispõe num dado momento (ZIPPELIUS, 2016, p. 520).

Sob tais parâmetros, o manejo do sistema tributário em suas diversas funções se apresenta como um desses instrumentos próprios para a realização das políticas públicas adotadas. A tributação é uma atividade estatal com forte incidência na sociedade, vez que afeta essencialmente a dinâmica desta em seu patrimônio e em suas atividades econômicas, financeiras e materiais.

Essa dinâmica afigura-se como uma clássica forma de intervenção na ordem econômica de caráter indutivo, direcionando os agentes econômicos e sociais para a realização dos princípios eleitos por esta mesma ordem para sua regência. "Premiam-se" os agentes econômicos e sociais cujas atividades mais se adequem ao efetivo alcance dos bens fundamentais objetos da atividade estatal interventiva.

Conforme coloca Eros Roberto Grau (2003, p. 128):

> "No caso de normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados

> da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa, no de "leva-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual". Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite – ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza – de "incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado". Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do direito premial."

Segundo coloca o mesmo autor (2006, p. 129), a tributação é uma forma positiva ou negativa de indução: a forma como é realizada pode moldar essa realidade, inibindo, indicando ou estabelecendo comportamentos e reações dessa mesma sociedade com vistas ao atendimento das políticas públicas constitucionalmente estabelecidas. Esse reflexo social pode ser alcançado por diversas formas e é através da análise da estrutura e do conteúdo do meio escolhido para alcançar o resultado social que se delimitará o modo como se dará essa atividade (CARAVELLI, 2015, p. 11).

Neste aspecto, conforme assevera Reinhold Zippelius, a atuação estatal contemporânea se apresenta pelo binômio da orientação e do controle, efetivando-se não apenas por disposições diretamente vinculativas, mas por meio de estímulos para uma conduta "conforme ao plano", isto é, à política pública estabelecida, e de contramedidas – *v.g.*, vantagens e desvantagens fiscais e ofertas de incentivos estatais – as quais deixam aos cidadãos uma maior ou menor liberdade de decisão (2016, p. 532).

A atuação estatal se apresenta de forma reguladora e indutiva, evitando-se a execução direta e atenta à conjuntura sócio-econômica em que se realiza e ao bem fundamental cujo dever de tutela se impõe.

Os tributos, sob tais considerações, possuem sua clássica função fiscal, consistente na manutenção da estrutura da máquina pública, angariando os recursos financeiros necessários para a realização das diversas atividades estatais e, por conseguinte, para o atingimento direto das finalidades constitucionais. Há poucas dúvidas de que vivemos contemporaneamente em um Estado Fiscal que extrai seu *modus vivendi* da sociedade para a qual serve mediante prestações estatais e nela busca fundamento para garantir sua própria legitimidade. Rejeita-se a ideia de um estado patrimonial ou empresarial a viver de suas próprias rendas e de suas atividades econômicas ou de um estado meramente taxador em relações bilaterais ou de mera contraprestação com a sociedade. O Estado como ideia abstrata tem na sociedade seu elemento humano fundamental e por meio dela estabelece seus parâmetros e objetivos éticos e institucionais. A tributação em sua função fiscal apresenta-se como a seiva que o alimenta e norteia.

Nas considerações de José Casalta Nabais (2011, p. 12):

> "O que significa um Estado financiado essencialmente com base na figura dos tributos unilaterais ou impostos, e não com base em outros tributos ou outro tipo de receitas, os quais, acabam assim por ter uma carácter relativamente marginal. Uma ideia que, tendo importantes implicações traduzidas na rejeição de um Estado patrimonial ou empresarial e no reconhecimento da falsa alternativa que representa a ideia de um Estado "taxador", requer ter presente a sua evolução ao longo do século XX para um Estado fiscal social, bem como dar conta dos problemas que presentemente se lhe colocam."

Por outro lado, pode o tributo destinar-se à indução, estabelecimento ou inibição de comportamentos e posturas dos agentes econômicos e sociais por ela atingidos de modo a buscar determinadas finalidades, sendo que a busca por recursos financeiros apresenta-se como um aspecto secundário. Trata-se aqui de sua função extrafiscal.

Conforme coloca Flávia Renata Vilela Caravelli (2015, p. 125):

> "A extrafiscalidade pode ser definida como uma função da norma tributária eleita pelo detentor da competência tributária, como alternativa ao uso do tributo em sua função fiscal. A aptidão para influenciar o comportamento do contribuinte é a essência da norma extrafiscal (e a base do critério funcional, eleito como critério diferenciador entre as normas fiscais e extrafiscais), devendo ser capaz de produzir efeitos indutores de comportamento. A conduta desejada deverá influir, positivamente, para o alcance da proteção ao bem jurídico prestigiado pela norma, como, por exemplo, o mercado, o meio ambiente, o consumo, o estímulo à produção nacional, à pesquisa. A extrafiscalidade se caracteriza, outrossim, por não se prestar a punir a ilicitude. As condutas permitidas devem ser lícitas no ordenamento positivo."

No que é complementado por José Marcos Domingues de Oliveira (*apud* MELO, 201, p. 156-157), a extrafiscalidade se apresenta como

> "Instrumento normativo consistente em estímulos fiscais relativos a desonerações tributárias (isenção, redução da base de cálculo, crédito presumido etc.), concernentes à realização de investimentos em setores produtivos, exportações de produtos, filantropia etc.; ou elevação de carga tributárias (majoração de alíquotas para cigarros a fim de evitar seu consumo). Orienta-se para fins outros que não a captação de dinheiro para o Erário, tais como redistribuição da terra, a defesa da economia nacional, a orientação dos investimentos para serviços produtivos ou mais adequados ao interesse público, a promoção do desenvolvimento regional ou setorial etc. Como instrumento de atuação estatal, o ordenamento tributário pode e deve, por meio da extrafiscalidade, influir no comportamento dos entes econômicos de sorte a incentivar iniciativas positivas, e desestimular aquelas menos afinadas com as políticas públicas de promoção do bem comum – políticas públicas evidentemente legitimadas pela Constituição."

Não há óbices a que o tributo tenha natureza extrafiscal. A leitura do artigo 3º do Código Tributário Nacional não estabelece a função

meramente ou simplesmente arrecadatória como parte de sua definição, exigindo apenas que se apresente como prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (BRASIL, 2017). Logo, esta espécie de exação pública pode e deve atender a finalidades de indução econômica e social quando apta a tanto. Inexiste empecilho legal e constitucional para a utilização do tributo como forma de indução de comportamentos.

Pelo contrário, por sua natureza essencialmente econômica, pode servir de instrumento para a realização de políticas públicas que se norteiem por esse viés de fiscalização, incentivo e de planejamento na condução da ordem econômica estabelecida pelo Texto Constitucional, atendendo-se ao papel de agente econômico e regulador reservado ao Estado pelo artigo 174 da Constituição da República no que se refere ao ordenamento constitucional brasileiro. Podem-se citar aqui diversos exemplos que têm por finalidade precípua a regulação econômica, ao invés da arrecadação de recursos, quais sejam, *v.g.,* os impostos aduaneiros, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre operações financeiras (CARAVELLI, 2015, p. 22).

A extrafiscalidade apresenta-se como um modo de intervenção na ordem econômica por indução, podendo ocorrer em termos positivos ou negativos. A indução positiva configura-se quando o estímulo instrumenta-se mediante desoneração ou isenção tributária, preferência de obtenção de crédito ou subsídios. Por outro lado, a modalidade de indução negativa se apresenta quando o Estado onera por imposto elevado o exercício de determinado comportamento (REALI, 2006, p. 43).

Segundo coloca Darcí Reali (*idem*, *ibidem*):

> "Em termos gerais, pode-se concluir que a indução positiva verifica-se quando a extrafiscalidade instrui a desoneração de tributos, por meio de redução de alíquotas, de diminuição da base de cálculo de incidência ou de isenções tributárias. A indução negativa, por sua vez, ocorre no sentido inverso: a extrafiscalidade instrui a incidência de novas hipóteses tributárias (reconhece n novos fatos

> imponíveis), ou onera as hipóteses existentes, com o aumento das alíquotas tributárias, dependendo dos casos, pela graduação ou progressividade das alíquotas."

Pode o Estado, portanto, dentro das finalidades constitucionais a que se encontra vinculado, adotar as políticas públicas adequadas para o atingimento das mesmas, utilizando o tributo para obter diretamente outras consequências as quais, independentemente da necessária finalidade de arrecadação (que permanecerá, podendo deixar de existir, ser maior ou menor), influirão positivamente na busca dessa finalidade objeto da política pública e que prevalecerão sobre a função de arrecadar receitas desde sempre ínsita na exação a qual, na aplicação da função extrafiscal, restará secundária ou mesmo inexistente na espécie.

2. DA POSSIBILIDADE DE UMA POLÍTICA TRIBUTÁRIA AMBIENTAL E DE SEUS MODOS DE REALIZAÇÃO

A interpretação sistemática dos artigos 3º, I, 170, VI, e 225, todos da Constituição da República (BRASIL, 2017), não permite dúvidas: a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida como princípio da ordem econômica, consolidado como objeto da solidariedade pela qual se deve construir e nortear a sociedade brasileira, apresenta-se como bem fundamental a ser tutelado mediante políticas públicas adequadamente selecionadas e desenvolvidas.

A atividade estatal deve agir de uma maneira que não apenas iniba a degradação do meio ambiente natural, mas igualmente estimule a adoção de atividades econômico-sociais ambientalmente corretas, permitindo-se a internalização dos custos inicialmente mais gravosos na adoção dessas práticas e de modo que sejam replicadas ao conjunto da sociedade.

Nesse ínterim, a tributação apresenta-se como mecanismo adequado para o atingimento desses objetivos. Como atividade estatal de consequências notadamente econômicas e de incidência imediata sobre os agentes econômicos e sociais, o agravamento ou a desoneração das exações tributárias decerto tem condão de inibir ou estimular os mesmos no sentido da finalidade constitucional.

Assevere-se que a Lei Federal n. 6.938/1981 (BRASIL, 2017) endossa em nível infraconstitucional a utilização de instrumentos econômicos que induzam atividades ambientalmente adequadas (art. 9º, XIII).

Conforme leciona Frederico Augusto Di Trindade Amado (2011, p. 593):

> "Operar-se-á a tributação ambiental pela criação de tributos que diretamente se destinem à preservação ambiental, ou seja, aqueles que imediatamente estimulem condutas favoráveis ao ambiente (redução da base de cálculo ou alíquotas, isenções, créditos tributários etc.) ou inibam outras lesivas (mediante a sobrecarga tributária), por meio da vinculação ambiental dentro da própria estrutura da norma tributária."

No que é complementado por Fernando Magalhães Modé (2013, p. 97):

> "A tributação ambiental, enquanto instrumento de indução de comportamentos, propugna a aplicação do princípio primordial de proteção do meio ambiente, o princípio da prevenção. A tributação ambiental, atuando na indução das ações dos diversos agentes econômicos, poluidores em potencial, objetiva que tais agentes econômicos alterem seu comportamento para um modo mais desejável à manutenção do equilíbrio ambiental, agindo assim, antes da ocorrência do ato danoso, afastando sua ocorrência ou minimizando seus efeitos."

Reforça-se, nesse aspecto, a função extrafiscal do tributo legalmente previsto, orientando-se pelos princípios aplicáveis ao direito ambiental. Por conseguinte, as normas tributárias podem atuar no sentido do Poder Público discriminar positivamente os agentes da economia que adotem técnicas compatíveis com o desenvolvimento econômico sustentável, por meio do uso de tecnologias menos agressivas aos recursos naturais, reduzindo proporcionalmente a carga tributária, o que permitirá o equilíbrio concorrencial, pois a empresa terá preços para competir no

mercado, apesar do custo financeiro dos investimentos ambientais (2011, p. 598).

Por outro lado, seguindo-se os princípios da prevenção e da precaução, os empreendedores que adotem voluntariamente novas medidas de prevenção (risco certo) ou de precaução (risco incerto) dos danos ambientais, além do mínimo exigido pela legislação, deverão gozar de benefícios fiscais a título de incentivo e compensação.

Urge igualmente que os custos da exação tributária se aproximem dos correspondentes da atividade ambiental degradadora empreendida de modo que reste atendido o princípio do poluidor pagador, induzindo os agentes poluidores a adotarem alternativas ambientalmente corretas, bem como se apresentem compensáveis e devidamente internalizados os custos mais gravosos da atividade ambientalmente adequada mediante a desoneração das prestações fiscais, atendendo-se aqui o princípio do protetor-recebedor, este último orientando-se de modo a estimular que o agente econômico-social se porte como um protetor excepcional do meio ambiente, gerando externalidades positivas à sociedade por ampliar a preservação dos recursos ambientais, fazendo jus a uma "recompensa" por isso ou, ao menos, que sejam conferidos instrumentos que facilitem/estimulem esse tipo de comportamento mais protetivo, tornando-o economicamente vantajoso (BRITO, 2017, p. 199).

Perceba-se aqui que a tributação ambiental exerce aqui um caráter dúplice, vez que

> "Se de um lado, portanto, o Estado cobra do poluidor, sob a forma de tributo, uma quantia baseada em sua atividade atentatória ao meio ambiente, por outro pode também incentivar atividades ou sistemas de produção ambientalmente corretos, o que, certamente, estimulará as demais empresas a implementar tecnologias "limpas" em seus processos produtivos."
>
> "Podemos, assim, verificar que há uma certa dualidade na tributação ambiental, a qual poderá servir tanto como sanção às empresas degradadoras, como também forma de incentivo às empresas que

> empregam tecnologias limpas em sua produção." (ARAÚJO *et alli*, 2003, p. 32)

Por sua vez, a tributação sobre a propriedade territorial urbana e rural (a saber, IPTU e ITR) cumpre a função de zelar pela realização de sua função socio-ambiental de maneira a desonerar a exação tributária.

Por fim, no âmbito federativo, o atendimento de políticas públicas ambientais se apresenta pela repartição de receitas tributárias privilegiando-se os entes políticos que exerçam efetivamente sua competência constitucional material, citando-se como exemplo a Lei Complementar Estadual n. 59/1991 (PARANÁ, 2017), do Estado do Paraná, o qual destina 5% (cinco por cento) da arrecadação de ICMS aos municípios que abriguem em seu território unidades de conservação ambiental ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou aqueles com mananciais de abastecimento público (artigos 1º e 4º[1]), resultando em um aumento de 160%(cento e sessenta por cento) de espaços territorialmente protegidos naquele ente federativo entre os anos de 1991 e 2005 (AMADO, 2011, p. 601).

Trata-se de um federalismo fiscal ambiental, assim compreendido por Paulo Affonso Leme Machado (2012, p. 440):

> " A União, portanto, deve existir e subsistir através da felicidade dos entes que dela fazem parte. Essa felicidade é constituída de vários elementos, entre os quais a implementação do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e propício a uma

---

[1] Art.1º. São contemplados na presente lei, municípios que abriguem em seu território unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou aqueles com mananciais de abastecimento público.
(...)
Art.4º. A repartição de cinco por cento (5%) do ICMS a que alude o artigo 2º da Lei Estadual nº 9491, de 21 de dezembro de 1990, será feita da seguinte maneira:
- cinqüenta por cento (50%) para municípios com mananciais de abastecimento.
- cinqüenta por cento (50%) para municípios com unidades de conservação ambiental.
Parágrafo único. No caso de municípios com sobreposição de áreas com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, será considerado o critério de maior compensação financeira.

> sadia qualidade de vida (art. 225, caput, da CF). É óbvio, mas merece ser salientado: a existência da Federação não pode basear-se na felicidade de alguns Municípios, construída sobre a infelicidade de outros Municípios, isto é, o desenvolvimento de uma parte da Federação não pode ser conseguido à custa da poluição e da degradação da natureza da outra parte, ainda que seja do menor, do mais pobre e do mais distante dos Municípios."

Em admitindo-se, portanto, a tributação ambiental para os fins constitucionalmente acima discriminados e em denotando-se seu caráter evidentemente extrafiscal e sua orientação pelos princípios de direito ambiental, não há óbices para que sejam utilizados tanto os tributos de natureza unilateral (*v.g.*, impostos) quanto de natureza bilateral (*v.g.*, taxas de prestação de serviços públicos ou decorrentes do exercício de poder de polícia).

Os impostos se apresentam como uma figura mais óbvia, vez que podem ser concedidas desonerações tributárias conforme se busque o estímulo por atividades econômicas ou sociais ambientalmente vantajosas ou ser agravada a exação tributária conforme se desejem inibir atividades potencialmente degradadoras.

Os incentivos fiscais aqui se apresentam como forma de estimular os contribuintes a fazer algo que a ordem jurídica considere conveniente, interessante e oportuno, criando mecanismos ou adotando atividades ou assumindo custos que poluam menos o meio ambiente, o que pode ser compensado por meio da diminuição, ou até mesmo da supressão, da carga tributária, mediante estímulos e subsídios fiscais.

Trata-se aqui de "isenções fiscais verdes", consistentes em "exoneração tributária concedida com escopo extrafiscal de induzir ou recompensar comportamentos ambientalmente benéficos" (BRITO, 2017, p. 235) e com fundamento explícito no princípio ambiental do protetor recebedor, assim definido por Paulo Sérgio Miranda Gabriel Filho (2014, p. 83):

> "O princípio do Protetor Recebedor defende que o agente público ou privado que de alguma forma protege um bem natural que reverte em benefício da comunidade, deve receber uma compensação financeira como incentivo pelo serviço prestado. Esse princípio serve de incentivo econômico a quem protege áreas e representa um símbolo de justiça econômica no momento em que valoriza os serviços ambientais prestados, remunerando esse serviço. Parte do pressuposto que se tem valor econômico, é justo que se receba por ele."

Opta o legislador e, por conseguinte, o gestor público por premiar os empreendedores que busquem atividades socio-econômicas ambientalmente adequadas ainda que sob maiores custos.

Nas considerações de Luís Antônio Brito (2017, p. 236):

> "...realizando a orientação jurídico-normativa do princípio do protetor-recebedor, considerou-se que, com a concessão de uma isenção fiscal verde, o legislador optou por realizar a política pela via positiva, sendo o custo imposto à sociedade pela renúncia de receita plenamente compensado pelos benefícios intrínsecos de promoção ambiental, como a melhora da qualidade de vida, bem como pela contrapartida financeira de eliminação dos gastos com recuperação e administração ambiental."

Apresentam-se os benefícios fiscais como uma via cada vez mais utilizada na tributação ambiental. Têm evidentemente uma função promocional e orientam-se por uma política pública de cunho promocional em seu estímulo aos agentes econômicos e sociais, sendo válidas as considerações de José Casalta Nabais (2011, p. 53):

> "...compreende-se que os benefícios fiscais, porque constituem despesas ou gastos fiscais que se caracterizam por terem um carácter passivo, assumindo assim um especial melindre em sede do seu controlo orçamental, venham, em consequência disso, bem como da necessidade imperiosa de introduzir maior equidade na tributação e de simplificar os actuais sistemas fiscais, a ser objecto de

> crescente preocupação no sentido de reduzir a sua percentagem face ao PIB e às receitas fiscais. Todavia, não obstante essa preocupação dos Estados, devemos dizer que têm sido os benefícios fiscais a via tributária de tutela do ambiente a que se tem revelado mais activa, concretizando-se sobretudo em isenções fiscais. O que, de algum modo, não admira, uma vez que por detrás dessa atractividade não deixa de estar presente a "função promocional do direito" de que nos fala Norberto Bobbio."

No que é complementado Cléucio Santos Nunes (2005, p. 163):

> "A adoção de incentivos, em vez de majoração de tributos, poderá trazer resultados mais eficientes, visto que estimula o empreendedor a adquiri novas técnicas de preservação. Ninguém gosta de pagar tributos! Se o Estado abre mão de seu crédito, exigindo em contrapartida certos compromissos de preservação, estar-se-á diante de uma dupla vantagem: i) colaboração do Estado como corretor de externalidades negativas (Pigou); ii) maior eficiência na conscientização da necessidade de preservação do meio ambiente (princípio da cooperação)."

No âmbito da competência tributária municipal, o agravamento ou desoneração das exações fiscais, notadamente as de natureza unilateral *(v.g*, ISS e IPTU), deve pautar-se conforme se deseje a restrição ou o estímulo ao desenvolvimento de um setor terciário poluidor ou ambientalmente adequado, ou promover-se a função socio-ambiental da propriedade urbana na municipalidade.

O princípio do protetor recebedor encontra aqui um assento claro e adequado, vez que a concessão de isenções fiscais pode ser realizada por meio de incentivos no seio da tributação sobre o setor terciário e sobre a propriedade territorial urbana.

Exemplo das colocações acima pode ser colocado pela Lei Ordinária n. 3.135/2007 (AMAZONAS, 2017), do Estado do Amazonas, pela qual se adotaram hipóteses de extrafiscalidade na incidência de ICMS e de IPVA a fim de incentivar atividades que reduzam a poluição.

Com efeito, conforme estabelecem os artigos 15 e 16 da referida lei[2], poderá o governador do Estado diferir, reduzir base de cálculo, isentar, dar crédito outorgado e outros incentivos fiscais relativos ao ICMS nas seguintes operações: com biodigestores que contribuam para a redução da emissão de gases de efeito estufa; com biodiesel, inclusive insumos industriais e produtos secundários empregados na sua produção; de geração de energia baseada em queima de lixo, dentre outro. Relativamente ao IPVA, este poderá ter isenção ou redução de base de cálculo nas seguintes situações: que o veículo, mediante a adoção de sistemas ou tecnologias, comprovadamente reduzam, no mínimo, percentual definido em regulamento aplicado sobre suas emissões de gases de efeito estufa; mediante substituição do combustível utilizado por gás ou biodiesel, reduza, no mínimo, percentual definido em regulamento aplicado sobre suas emissões de gases de efeito estufa.

É certo que os tributos unilaterais não se apresentam como instrumento imune a críticas quanto a sua adequação. Certa doutrina

---

[2] **Art. 15.** Fica o Poder Executivo autorizado a conceder, na forma e condições que estabelecer:
I - diferimento, redução da base de cálculo, isenção, crédito outorgado e outros incentivos fiscais relativos ao ICMS, nas seguintes operações:

a) com biodigestores que contribuam para a redução da emissão de gases de efeito estufa;

b) com metanol, inclusive insumos industriais e produtos secundários empregados na sua produção, destinado ao processo produtivo de biodiesel;

c) com biodiesel, inclusive insumos industriais e produtos secundários empregados na sua produção;

d) de geração de energia baseada em queima de lixo;

e) realizadas pelas sociedades empresárias que se dediquem exclusivamente ao ecoturismo, que tenham práticas ambientais corretas e que instituam programa de educação ambiental em mudanças climáticas por intermédio de estrutura de hospedagem, observada a quantidade de leitos prevista em regulamento e desde que localizada fora das zonas urbanas;

II - benefícios de redução de base de cálculo ou isenção relativos ao IPVA, nos seguintes casos:

a) veículo que, mediante a adoção de sistemas ou tecnologias, comprovadamente reduzam, no mínimo, percentual definido em regulamento aplicado sobre suas emissões de gases de efeito estufa;

b) veículo que, mediante substituição do combustível utilizado por gás ou biodiesel, reduza, no mínimo, percentual definido em regulamento aplicado sobre suas emissões de gases de efeito estufa.

Art. 16. Ocorrerá aumento da carga tributária, mediante a redução ou revogação de benefício fiscal, na forma de regulamento, na aquisição de motoserras ou prática de quaisquer atos que impliquem o descumprimento da política instituída por esta lei.

(FIORILLO, 2005, p. 57) coloca que o produto da arrecadação proveniente da receita dos impostos não pode ser destinado ou afetado a determinado aparelhamento estatal ou paraestatal nem a entidades privadas que persigam finalidades de interesse público. Tal crítica pode ser contornada pela facilidade no manejo dos incentivos fiscais, cuja natureza é própria a esta espécie tributária.

Por seu turno, os tributos bilaterais igualmente se afiguram aptos para a função extrafiscal da tributação ambiental. Seu fundamento se apresenta no princípio ambiental do poluidor pagador, vez que concretizaria a ideia de cada um suportar, pagar a poluição que produz, financiando-se as correspondentes despesas públicas ambientais através de taxas em vez de impostos (NABAIS, 2011, p. 15).

Com efeito, as atividades econômicas ou projetos de empreendimentos que venham a respeitar o meio ambiente mediante técnicas menos poluidoras ou que simplesmente não pratiquem ilícitos ambientais não poderão arcar com a mesma carga tributária do empreendedor que não adote tais cuidados. Exsurge evidente que este último deverá pagar taxa de licença mais elevadas que o outro bem como o particular que adote alternativas depuradoras do meio ambiente não podem ser onerados mediante taxas de serviço de coleta de lixo por exemplo. Quem não venha a fazer a mesma opção deverá ser tributado como meio de se inibir tal comportamento (NUNES, 2005, p. 165).

Não se trata, todavia, de ideia imune a resistências, apresentadas inclusive por José Casalta Nabais, o qual considera que, mesmo admitindo que a internalização dos custos pelas atividades degradadoras ambientais pelos agentes econômicos encontra sede adequada por meio das taxas, é certo que uma política pública ambiental indutora como é próprio da extrafiscalidade possui seus instrumentos mais aptos por meio do manejo de impostos. Conforme leciona o referido autor:

> "Com efeito, o que caracteriza a natureza ambiental dos tributos é o objectivo ou finalidade extrafiscal ecológica primordial, traduzida na preservação e melhoria do meio ambiente assumida pelo legislador ao cria-los e discipliná-los e, bem assim, a efectiva possibilidade de prossecução desse objectivo ou finalidade, e não o destino ecológico

> das receitas proporcionadas pelos mesmos. Pois este, mesmo quando as receitas se encontram vinculadas à realização de uma atividade de tutela ambiental, através da técnica de consignação de receitas, constitui um problema situado à jusante das correspondentes relações tributárias, inserindo-se verdadeiramente na política de realização de despesas e na de obtenção de receitas fiscais." (2011, p. 47)

Na prática, as taxas ambientais têm sido regularmente aplicadas, admitindo-se sua extrafiscalidade conforme a fiscalização efetuada no exercício do poder de polícia com a gradação da exação tributária de acordo com os custos a serem suportados pelo poluidor ou mesmo na prestação de serviços públicos como ocorre na taxa de coleta de lixo, admitindo-se uma possível distinção no valor da exação conforme o usuário separe ou não os itens visando à reciclagem (CARAVELLI, 2015, p. 80), ou mesmo na necessidade de aparelhamento dos órgãos executivos ambientais.

Nesse ponto, seu caráter contraprestacional, seja mediante serviços públicos de proteção ao meio ambiente natural – notadamente quando exercidos por entes administrativos ambientais integrantes da Administração Pública Indireta e de modo a custear sua estrutura administrativa[3] - seja mediante o regular exercício de fiscalização decorrente do poder de polícia ambiental, deve corresponder ou aproximar a exação dos custos da atividade poluidora, forçando-se à internalização dos mesmos pelos agentes econômicos e sociais. A legitimidade da exação fiscal corresponderá à atividade pública à qual se encontraria diretamente vinculada.

Como exemplo de taxa tributária ambiental, pode-se citar o exemplo do Município de Barcelos, onde resta abrigada uma vibrante atividade de turismo de pesca esportiva (BARCELOS, 2017), e que editou

---

[3] Pode-se citar como exemplo a Taxa de Controle e de Fiscalização Ambiental – TCFA, instituída pela União por meio da Lei Federal n. 10.165/2000 e cuja capacidade tributária ativa foi transferida ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, sendo os recursos arrecadados pela autarquia federal afetados à utilização em atividades de controle e fiscalização ambiental (Apud AMADO, *Op. Cit.*, p. 596).

a Lei Ordinária n. 502 (BARCELOS, 2010), de 10 de agosto de 2010, a qual "institui o pagamento por serviços ambientais a serem cobrados dos praticantes da pesca esportiva no Município de Barcelos e dá outras providências"[4], criando-se a vulgarmente conhecida "taxa de turismo" na rotina da municipalidade barcelense, sendo que a referida exação possui previsão legal expressa pelos artigos 1º e 10 da referida lei municipal, dando conta de que, em sendo mensurados conforme os dias de pesca esportiva a serem desenvolvidos pelos respectivos praticantes, os valores cobrados se destinariam ao custeio dos serviços ambientais e turísticos prestados pelo Município de Barcelos bem como *"à melhoria da infraestrutura municipal, apoio às comunidades tradicionais, desenvolvimento de projetos de pesquisa*

[4] É pertinente a transcrição dos já citados dispositivos legais os quais referem-se especificamente à referida exação pública:
LEI MUNICIPAL N. 502/2010:
Art. 1º - Fica instituído o pagamento por serviços ambientais a serem cobrados pelo Município de Barcelos dos praticantes de pesca esportiva, com o objetivo de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e ainda, de preservar as florestas, a fauna e a flora no seu espaço territorial.
(...)
Art. 4º - Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a participar de uma única Fundação Privada, sem fins lucrativos, cuja finalidade e objeto se destinem a gerenciar os serviços ambientais prestados em decorrência desta Lei.
(...)
Art. 6º - Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a efetuar doação no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a uma única instituição em que, nos termos do artigo 4º desta Lei, esteja autorizada a participar, objetivando assim fomentar as ações necessárias ao cumprimento dos objetivos institucionais da Fundação.
(...)
Art. 10 – O pagamento por serviços ambientais instituído por esta Lei é obrigatório e será cobrado individualmente de cada praticante da pesca esportiva como preço público a ser fixado por Decreto do Chefe do Poder Executivo, que também definirá os procedimentos de reajuste e revisão, cuja edição se dará no prazo de trinta dias a contar da publicação desta Lei.
Art. 11 – Visando o gerenciamento dos valores correspondentes ao pagamento pelos serviços ambientais que venham a ser instituídos, a Prefeitura Municipal de Barcelos implantará o Sistema de Pagamento por Serviços Ambientais, a ser regulamentado por Decreto do Chefe do Poder Executivo, no prazo de trinta dias a contar da publicação desta Lei.
(...)
Art. 13 – Compete aos agentes ambientais do Município de Barcelos exercer a fiscalização e proceder à atuação dos pescadores que estejam praticando a pesca esportiva sem a comprovação por serviços ambientais instituídos por esta Lei.

(biologia, recursos pesqueiros, botânica, fauna, sócio-economia, zoneamento ambiental), formação de recursos humanos, dentre outros".

A despeito de censuras judiciais que levaram à declaração incidental de inconstitucionalidade material perante a justiça comum estadual amazonense (processo n. 0000791-91.2011.804.0007 na terminologia atual do Poder Judiciário do Estado do Amazonas[5]), a Lei Ordinária Municipal n. 502/2010 apresentou-se como legítima manifestação de política pública ambiental desenvolvida pelo Município de Barcelos por meio de sua competência tributária, reforçando-se o caráter extrafiscal da tributação instituída.

Em suma, admite-se plenamente uma política tributária ambiental, que se caracteriza – reitere-se – por uma função dúplice, qual seja primeiro cobrar do poluidor, sob a forma de tributo, o valor referente à sua atividade poluidora ou potencialmente poluidora; em seguida, sob a forma de incentivo fiscal, cuja finalidade seria estimular processos e tecnologias ambientalmente corretos (ARAÚJO *et alli*, 2003, p. 32). Ambos esses objetivos de natureza econômica, induzindo os agentes atuantes na ordem capitalista e constitucionalmente a promoverem suas atividades dentro de padrões minimamente degradadores.

CONCLUSÃO

A ordem constitucional estabelecida pela Lei Maior de 1988 fixou a necessidade de adoção de política pública com vista à defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida como princípio ínsito à ordem econômico-constitucional e cuja natureza de bem fundamental exsurge do objetivo de construção de uma ideia de solidariedade a nortear a sociedade brasileira.

O dever de tutela deste bem fundamental pode efetivar-se mediante a adoção de instrumentos de natureza econômica representados por meio de tributação extrafiscal, seara na qual a função meramente

---

[5] AMAZONAS (Estado). Tribunal de Justiça do Amazonas. Reexame Necessário n. 0007534-22.2014.8.04.0000, Associação dos Operadores de Barco de Turismo (requerente) e Município de Barcelos (requerido), instaurado em 19 de outubro de 2010.

fiscal ou simplesmente arrecadatória se apresenta secundária, impondo-se como forma de intervenção na ordem econômica por indução positiva ou negativa, de modo a inibir atividades poluidoras e a estimular a adoção de comportamentos ambientalmente adequados, com a internalização dos custos pelos agentes econômicos e sociais atingidos.

A necessidade de tutela de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade reflete-se na repartição de receitas tributárias, instituindo-se um federalismo fiscal ambiental, beneficiando-se com maior aporte de receitas as unidades federativas que instituam uma política ambiental consequente.

A tributação extrafiscal deve orientar-se pelos princípios de direito ambiental aplicáveis, destacando-se o do poluidor pagador, de maneira que os custos da atividade poluidora sejam suportados pelo sujeito passivo da obrigação tributária, e que encontram seu instrumental adequado por meio de tributos bilaterais (taxas). Por outro lado, observa-se igualmente o princípio do protetor recebedor, de modo que se premiem os empreendedores que adotem atividades ambientalmente corretas mediante desonerações tributárias ("isenções fiscais verdes"), e que se maneja sobretudo mediante tributos unilaterais (impostos).

O reforço da função extrafiscal da tributação é um caminho legítimo para a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Impõe-se que atenda às imprescindíveis limitações postas a esse poder estatal de inequívoca violência sobre o conjunto da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado.** 2ª ed. revista, atualizada e reformulada. São Paulo: Método, 2011.

AMAZONAS (Estado). **Lei Ordinária n. 3.135, de 05 de junho de 2007**. Disponível em:<http://sapl.al.am.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/7590_texto_integral>. Acesso em: 30 July 2017.

AMAZONAS (Estado). Tribunal de Justiça do Amazonas. Reexame Necessário n. 0007534-22.2014.8.04.0000, Associação dos Operadores de Barco de Turismo (requerente) e Município de Barcelos (requerido), instaurado em 19 de outubro de 2010.

ARAÚJO, Maria Campos de, FERREIRA, Maria Isabel Reis, RODRIGUES, Patrícia Castilho, e SANTOS, Simone Marques dos. **Meio Ambiente e Sistema Tributário.** São Paulo: SENAC São Paulo, 2003.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELOS. **Lei Municipal n. 502, de 10 de agosto de 2010**. Barcelos: Câmara Municipal, 2010.

BARCELOS (Amazonas). In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Barcelos_(Amazonas)>. Acesso em: 29 july 2017.

BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 July 2017.

BRASIL, **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 29 July 2017.

BRASIL, **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 29 July 2017.

BRITO, Luís Antônio Monteiro de. **Direito Tributário Ambiental: Isenções fiscais e proteção do meio ambiente.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, In: **Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico** – Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARAVELLI, Flávia Renata Vilela. **Extrafiscalidade: (Re)construção conceitual no contexto do Estado Democrático de Direito e Aplicações no Direito Tributário.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

COSTA, Regina Helena**. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e FERREIRA, Renata Marques. **Direito Ambiental Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2005.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GABRIEL FILHO, Paulo Sérgio Miranda. **Curso de Direito Tributário Ambiental.** Curitiba: Editora CRV, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012

MELO, José Eduardo Soares de. **Dicionário de Direito Tributário: Material e Processual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação Ambiental: A função do tributo na proteção do meio ambiente.** 9ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2013.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Lisboa: Almedina, 1998.

_____. Da sustentabilidade do Estado Fiscal, In: **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise** – Coord. José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva. Lisboa: Almedina, 2011.

NIEVES, Fábio. **Tributação ambiental: a proteção ao meio ambiente natural.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente.** São Paulo: Dialética, 2005.

PARANÁ (Estado). **Lei Complementar n. 59, de 01 de outubro de 1991**. Disponível em:< http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=8383&codItemAto=77876>. Acesso em: 30 sept 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 8ª ed. revista e atualizada. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

REALI, Darcí. **Os municípios e a tributação ambiental.** Caxias do Sul: Educs, 2006.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALIBA, Ricardo Berzosa. **Fundamentos do Direito Tributário Ambiental.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado – Ciência Política**. Tradução de António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016.

Fábio Lopes Alfaia

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP (2020).
Especialista em Direito Público: Constitucional e Administrativo pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas - CIESA (2006).
Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (2004).
Juiz de Direito de 1ª Entrância do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas - titular da 1ª Vara da Comarca de Coari desde 2007.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

Guilherme Ribas da Silva Santos
Marcos Aurélio Pereira Valadão

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA*

Guilherme Ribas da Silva Santos

Marcos Aurélio Pereira Valadão

RESUMO

O artigo analisa aspectos da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário brasileiro. Objetiva demonstrar avanços normativos sobre o tema. Utiliza o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Discute questões relacionadas à definição da segurança jurídica, seus fundamentos e suas dimensões, especialmente as relacionadas com a previsibilidade, a proteção da confiança e a certeza do direito. Discorre sobre preceitos e princípios constitucionais direcionados à segurança jurídica, especialmente no campo tributário. Retrata problemas na disciplina dos tributos sobre consumo, decorrentes do sistema constitucional e relativos ao número excessivo de normas jurídicas, a ensejar complexidade normativa e demandar constante atuação do Poder Judiciário. Ao final, relaciona aperfeiçoamentos na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e na atuação judicial da Fazenda Nacional, no sentido de prestigiar a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: SEGURANÇA JURÍDICA. DIREITO TRIBUTÁRIO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS.

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

ABSTRACT

The article analyzes aspects of legal certainty within the scope of Brazilian Tax Low. It aims to demonstrate normative advances on the topic. It uses the bibliographic and jurisprudential research method. Discusses issues related to the definition of legal certainty, its foundations and dimensions, especially those related to predictability, protection of trust and certainty of the law. It discusses constitutional precepts and principles aimed at legal certainty, especially in the tax field. It portrays problems in the legal discipline of consumption taxes, arising from the constitutional system and related to the excessive number of legal rules, giving rise to regulatory complexity and demanding constant action by the Judiciary. In the end, it relates improvements in Federal Constitution, in the Civil Procedure Code, in the Law of Introduction to the Brazilian Rules (LINDB) and the judicial performance of the National Treasury, in the sense of honoring legal certainty.

KEYWORDS: *LEGAL CERTAINTY. TAX LAW. CONSTITUTIONAL TAX PRINCIPLES.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Segurança jurídica: teoria e dimensões. 3. Segurança jurídico-tributária na Constituição Federal 4. Complexidade normativa. 5. Evolução normativa. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os cidadãos e as sociedades empresárias necessitam exercer suas profissões, suas atividades, mediante observância das normas jurídicas, as quais necessitam ser claras e precisas e, quando submetidas por eventual incompreensão do seu conteúdo ao Poder Judiciário, devem receber uma resposta célere, definitiva e segura.

De fato, decisões de investimentos e relacionadas ao mercado, geradoras de renda e emprego, são tomadas a partir das implicações provenientes dos atos normativos. A depender da disciplina legal e da expectativa que daí se estabelece, as pessoas são conduzidas a adotar determinadas condutas. Se o ordenamento jurídico não oferece mínima garantia de estabilidade jurídica, principalmente no âmbito tributário, muitos investimentos deixam de ser realizados, o que compromete o desenvolvimento do país.

Nesse contexto, o presente estudo tem por finalidade abordar a segurança jurídico-tributária, utilizando-se o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Para tanto, o ponto de partida será a análise de questões relacionadas à definição da segurança jurídica, seus fundamentos e suas dimensões, discorrendo sobre sua condição de princípio de direito, assim como a respeito dos ideais que se lhe mostram inerentes, tais como os pertinentes à previsibilidade, proteção da confiança e certeza do direito.

Adiante, examina-se o princípio da segurança jurídica na conformidade em que se encontra inserido no ordenamento jurídico brasileiro, com especial enfoque no sistema tributário constitucional. Apontam-se alguns problemas estruturantes, decorrentes, em especial, da complexidade normativa, a demandar constante atuação do Poder Judiciário.

Ao final, serão verificados os avanços existentes no sistema jurídico brasileiro, principalmente de ordem constitucional e processual, que se entende apontam no sentido de dar maior efetividade ao princípio da segurança jurídica.

2. SEGURANÇA JURÍDICA: TEORIA E DIMENSÕES

O estudo tem por finalidade discutir temas relativos à segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário, de modo que, de início, se propõe a abordar aspectos teóricos, como ênfase nas suas dimensões mais relevantes.

Para Paulo de Barros Carvalho, a segurança jurídica deve ser compreendida como um sobreprincípio, e, apesar de não estar no ordenamento como uma regra explícita, pode ser percebida pela conjugação de outros princípios tributários, como a igualdade, a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade (2016, p. 22).

No entanto, prevalece na doutrina a compreensão de que se trata de um princípio. Alinha-se a essa compreensão Regina Helena Costa, que esclarece:

> Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poderes e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (2012, p. 72).

Roque Antonio Carrazza, Nelson Nery Junior e Tércio Sampaio Ferraz Junior reforçam esse entendimento, ao lecionar que o "princípio da segurança jurídica ajuda a promover os valores supremos da sociedade, influindo não só na edição das leis e dos atos administrativos, como no próprio alcance das decisões judiciais" (2009, p. 44).

Na doutrina internacional, verifica-se uma indeterminação de sentidos, que enseja certa confusão quanto à demarcação clara do princípio da segurança jurídica. A título de exemplo, nos países de língua espanhola e francesa, na linha da doutrina brasileira, fala-se em *seguridad jurídica* e *sécurité juridique*, respectivamente. Na Itália utiliza-se a expressão *certezza del diritto*, assim como nos países anglo-saxônicos, em que se adota *legal certainty* (além das variações *certainty of the law* ou *certainty in the law*) (TORRES, 2012, p. 24).

No âmbito da doutrina brasileira, o princípio da segurança jurídica é acolhido em um sentido amplo, albergando todas as suas dimensões ou conteúdos. Para fins do presente artigo, serão abordadas a previsibilidade, a proteção da confiança e a certeza do direito.

Na sua dimensão previsibilidade, a segurança jurídica demanda que a atuação estatal "seja guiada por regras claras, transparentes e preestabelecidas, a fim de garantir aos cidadãos um mínimo de previsibilidade em relação às condutas que eles poderão adotar no curso de suas vidas" (BECHO; BASSO, 2019, p. 153). Ressalte-se que, para

promoverem o desenvolvimento econômico, o capitalismo e o liberalismo necessitam de clareza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado.

A previsibilidade tem importância capital para a vida dos contribuintes, como certeza de orientação para que possam planejar suas atividades e atos patrimoniais cientes das repercussões fiscais das suas condutas. É a segurança jurídica sobre o futuro, resguardando o contribuinte pela prevenção de riscos, sanções e conflitos (TORRES, 2012, p. 24).

Essa dimensão configura fator essencial no planejamento e, portanto, no desenvolvimento econômico e social, conforme pode se defluir da lição de Takis Tridimas:

> The principle acquires particular importance, *inter alia*, in economic law. Economic and commercial life is based on advance planning so that clear and precise legal provisions reduce transactions costs and promote efficient business. Legal certainty may thus be seen as contributing to the production of economically consistent results[1] (2006, p. 242).

A proteção da confiança, por sua vez, refere-se à aplicação subjetiva e concretamente orientada do princípio da segurança jurídica, relativa aos deveres comportamentais que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos na esfera jurídica dos cidadãos.

Nesse sentido, constitui instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular exerce sua liberdade, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por mudança, revogação ou anulação, quer por declaração de sua invalidade (ÁVILA, 2016, p. 48).

Ainda no tocante às dimensões do conteúdo da segurança jurídica, cabe discorrer, por fim, sobre a certeza do direito, que se refere, igualmente, à inteligibilidade do Direito, ou seja, à determinação de clareza das leis.

Ao tratar da certeza do direito, Heleno Torres a qualifica como princípio que tem como base a legalidade. Aduz que a certeza ou orientação gera uma expectativa de confiabilidade no sistema jurídico, pela ação dos órgãos de produção de normas, mas também sobre direitos assegurados. E conclui, "a função 'certeza' cumpre um papel fundamental em face dos destinatários da ordem jurídica e das condutas normadas" (2012, p. 206-207).

De fato, o Direito, para servir efetivamente de orientação ao corpo social, precisa, necessariamente, ser compreendido pelo destinatário. Deve ser claro e preciso, porque não se pode obedecer a uma norma cujo conteúdo não possa ser apreendido por quem que deve cumpri-la (ÁVILA, 2017, p. 48).

A propósito, colhe-se a doutrina de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz:

> [...] la seguridad jurídica y la certeza de las normas son dos parámetros básicos del Estado de Derecho. Es más, el grado e la intensidad del Estado de Derecho mucho tiene que ver con el grado y la intensidad con que la seguridad y la certeza jurídica resplandezcan en el panorama normativo[2] (2013, p. 145).

Desse modo, pode-se afirmar que a previsibilidade, a proteção da confiança e a certeza do direito constituem aspectos, dimensões ou conteúdos fundamentais do princípio da segurança jurídica.

3. SEGURANÇA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição preside todo e qualquer processo interpretativo na ordem jurídica. A certeza primeira do ordenamento é a preservação das competências, das regras de organização e dos direitos e poderes estabelecidos no texto supremo (TORRES, 2012, p. 293).

A linguagem constitucional revela preceitos que se apresentam portadores de elevada carga axiológica direcionada à garantia da segurança, como valor social fundamental e estrutural a ser resguardado pelo ordenamento jurídico e, por outro lado, confere à segurança jurídica o *status* de princípio.

Constata-se a preocupação do constituinte no sentido de, logo no preâmbulo e nos primeiros artigos, tratar dos direitos e garantias fundamentais. O art. 5º, inciso II, versa sobre o princípio da legalidade. O inciso XXXVI prevê que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Adiante, em seu inciso LIV, garante que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Todos esses preceitos constituem expressão significativa da segurança jurídica, sendo que os mencionados incisos do art. 5º têm âmbito jurídico mais estrito, e a referência no preâmbulo e no *caput* do referido dispositivo constitucional um sentido bem mais amplo, abarcando outros aspectos da segurança, inclusive a segurança pública, que deve ser garantida pelo Estado.[3]

Muito embora tanto o preâmbulo quanto o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal tenham adotado a expressão "segurança", ao invés de "segurança jurídica", há autores, como Humberto Ávila, que entendem que essa previsão, para ter algum sentido, somente pode mesmo se referir à segurança em toda a sua abrangência, inclusive como segurança jurídica, quer como segurança do Direito, quer como segurança pelo Direito (2016, 221).

De fato, a segurança jurídica, apesar de constar raras vezes de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro e, assim, apresentar-se desprovida de consistente e precisa definição, constitui princípio de índole constitucional, seja pela sua grandeza, seja pelos próprios princípios ali previstos, que lhe conferem suporte.

Em matéria tributária, a Constituição Federal brasileira é extremamente analítica. Os princípios da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade, igualdade tributária, dentre outros, consagram a segurança jurídica. Maurício Dalri Timm do Valle, com proficiência, lembra que "o legislador constitucional foi cauteloso e resolveu inserir disposições específicas, que prestigiam os ideais de certeza e de previsibilidade, no capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional" (2016, p. 413).

O princípio da legalidade projeta-se sobre todos os domínios do direito. Nas relações jurídico-tributárias, alcança ainda feição de maior severidade, por força do disposto no art. 150, inciso I, da Lei Fundamental: "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

Com efeito, o princípio da legalidade estrita em matéria tributária consubstancia uma indubitável segurança jurídica para o contribuinte. Afasta-o de eventuais atos arbitrários, sujeitando-o ao dever de pagar tributos tão somente em observância aos estritos elementos constantes da norma tributária.

Nesse sentido, a importância da disciplina legal estrita vem destacada na doutrina de Flávio Couto Bernardes, para quem tão somente a lei pode determinar intervenção tributária na propriedade e liberdade dos cidadãos, desde que observados os parâmetros legais insculpidos e, sobretudo, "atenda ao princípio da legalidade exaustiva, em seu conceito fechado: todos os elementos da norma tributária, sem margem para avaliações subjetivas, devem estar previstos na lei" (2008, p. 138).

Desse modo, verifica-se que as pessoas políticas de direito constitucional interno poderão, nos limites de suas competências, instituir tributo ou aumentá-los, desde que seja por meio de lei. Sem diploma legal anterior que descreva o fato imponível e demais elementos inerentes, a obrigação tributária não nasce. Em outras palavras, não se estabelece vínculo tributário válido.

Com a finalidade de evitar possíveis efeitos retroativos e providos do indesejável elemento surpresa advindo da lei nova, a Constituição Federal preconiza os princípios da irretroatividade e da anterioridade em matéria tributária, que traduzem, igualmente, positivação do princípio da segurança jurídica.

O princípio da irretroatividade da norma tributária representa relevante expressão da segurança jurídica, ao proibir os entes tributantes, por força das disposições contidas no art. 150, inciso III, alínea "a", da Lei Fundamental, de cobrarem tributos "em relação a fatos geradores ocorridos antes do início de vigência da lei que os houver instituído ou aumentado".

Consagra o texto constitucional a ideia de que a lei deve irradiar seus efeitos apenas para o futuro. Protege, por conseguinte, as situações consolidadas ao abrigo das disposições contidas no diploma legal anterior, de modo que o contribuinte se encontra protegido de eventuais incursões do Estado tendentes a exigir-lhes tributos sobre fatos geradores pretéritos.

A garantia da irretroatividade de normas que criem ou aumentem tributos representa o respeito ao direito adquirido do contribuinte de ser tributado quanto a fatos geradores ocorridos no momento da sua constituição (TORRES, 2011, p. 53).

Registre-se que a proibição de retroatividade das leis tributárias limita-se aos conteúdos gravosos, quer dizer, aqueles que aumentam a carga direcionada ao contribuinte, suprimindo-lhe vantagens ou direitos. Desse modo, a retroação mais benigna não ofende nenhum princípio ou valor consagrado em nosso ordenamento.

O princípio da anterioridade da lei tributária, por sua vez, constitui relevante e inequívoca forma de se dar efetivação ao princípio da segurança jurídica, na medida em que faz com que o cidadão saiba, num dado exercício financeiro, que no exercício seguinte, ou no prazo de 90 (noventa) dias, no mínimo, suportará uma carga tributária nova ou majorada. É, pois, previsibilidade objetiva, concedida ao contribuinte, no que diz respeito à tributação (RABELLO FILHO, 2002, p. 100).

A Constituição Federal, além de impedir a retroatividade da lei tributária, assegura ao contribuinte que os diplomas legais que aumentarem ou instituírem tributos tenham, com a finalidade de evitar o indesejável elemento surpresa, sua eficácia postergada em alguns casos, de modo a conferir ainda mais efetividade à segurança jurídica, por força do princípio da anterioridade.

Conforme o magistério de Leandro Paulsen, não se trata, efetivamente, de simplesmente evitar a surpresa, o sobressalto, o inesperado, mas de garantir um interstício de "tempo entre a publicação da lei nova mais gravosa ao início da sua incidência, permitindo que o contribuinte se prepare para aquilo que sabe, por força de lei já publicada, que lhe será imposto" (2017, p. 181).

O princípio da isonomia ou igualdade tributária no âmbito do Direito vem preconizado no art. 150, inciso II, da Carta Magna, que dispõe ser vedado aos entes tributantes "instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente".

É oportuno consignar que o princípio da igualdade em matéria tributária não significa, contudo, que todos os contribuintes devem receber tratamento idêntico em qualquer circunstância, mas, sim "que as pessoas físicas ou jurídicas, encontrando-se em situações econômicas idênticas, ficarão submetidas ao mesmo regime jurídico, com as particularidades que lhes forem próprias" (CARVALHO, 2015, p. 292-293).

De fato, a Constituição Federal, ao menos em dois momentos, a saber: arts. 145, §1º, segunda parte e 151, inciso I, segunda parte, não apenas "permite" mas efetivamente "determina/autoriza" o tratamento tributário diferenciado, mesmo que entre contribuintes que se encontram, formalmente, em situações econômicas idênticas.

A segurança jurídica, exatamente sob esses termos, não está expressa na Constituição Federal, mas não há dúvidas de que o texto constitucional procurou prestigiá-la por toda a sua extensão, mormente na disciplina dos tributos.

4. COMPLEXIDADE NORMATIVA

Especificamente no âmbito do Direito Tributário, os contribuintes necessitam sopesar as consequências fiscais de suas escolhas de forma antecipada, com o máximo de previsibilidade, a fim de avaliar o impacto financeiro de sua opção. Devem compreender, com exatidão, o significado das regras a que se encontram submetidos, para que possam tomar decisões seguras.

A segurança jurídica demanda conhecimento satisfatório dos textos normativos. O cidadão deve compreender o sentido e o alcance possíveis das normas jurídicas, a fim de que possa conduzir-se em conformidade com o direito.

Contudo, a autonomia constitucionalmente assegurada a todos os entes federativos para legislar sobre matéria tributária constitui um

elemento estruturante que contribui, de início, para a proliferação de normas jurídicas.

A configuração jurídica consagrada no texto constitucional reflete bem a complexidade de um Estado igualmente complexo. Seria até ingenuidade supor que em um sistema em que convivem pessoas dotadas de autonomia legislativa, financeira, administrativa e política "pudessem existir diretrizes simples e transparentes que, em conjugação elementar com outras providências, tivessem o condão de esquematizar uma organização operativa e eficiente" (CARVALHO, 2016, p. 7).

Além da intensa atividade legiferante exercida pelo Poder Legislativo, no desenho constitucional exposto, as autoridades tributárias de todos os entes federativos exercem o poder regulamentar e, por esse motivo, encontram-se na contingência de expedir decretos, portarias, pareceres e demais atos infralegais.

Heleno Taveira Torres, a propósito, assevera que o Estado passou de uma forma soberano-central para um sistema de rede de fontes normativas. Quer dizer, de uma visão centralizada e monista da produção do direito para um ordenamento pluricêntrico, de produção normativa infinita, o que contribui para um severo alargamento da complexidade interna do sistema (2012, p. 109-110).

Antônio Delfim Neto e Akihiro Ikeda ressaltam que, além de impor uma elevada carga, o sistema tributário brasileiro é complexo, com enorme quantidade de leis, decretos, portarias e instruções normativas que continuam sendo modificados com enorme apetite, encontrando-se recheado de detalhes e exceções (2010, p. 53).

Nessa linha de entendimento, Cleucio Santos Nunes atribui essa complexidade à estrutura federativa brasileira e ao acúmulo temporal de normas:

> [...] Essa complexidade e o emaranhado de normas é explicável em função da estrutura da federação brasileira que, além dos estados e do Distrito Federal, inclui os municípios na estrutura federada, resultando, portanto, no número de normas que compõem o sistema. Seguramente, de todos os sistemas normativos previstos

> a partir do texto constitucional, o sistema tributário é o que conta com o maior número de normas infraconstitucionais.
>
> Tal complexidade não é uma característica que se constata de um instante para o outro, é o resultado de um trajeto de muitas normas que foram se sucedendo ou se acumulando conforme a passagem do tempo (2019, p. 36).

É bem verdade que o sistema tributário brasileiro, no que diz respeito à tributação de consumo, é extremamente complexo se comparado com outros países, mas não tão complexo no que diz respeito à tributação da renda e do patrimônio.

Cabe registrar que essa denominação "tributos sobre o consumo" se apresenta como uma nova classificação na ordem jurídica brasileira. Na doutrina, verifica-se a existência de poucas produções científicas que a contemplam. Na jurisprudência, se pesquisarmos tal expressão nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não encontraremos nenhum acórdão que trate do tema, mas tão somente algumas decisões monocráticas que a ele fazem referência, muitas vezes reproduzindo o que constava nos acórdãos proferidos pelos tribunais de origem.

O modo peculiar dessa tributação foi ressaltada por João Paulo de Souza Carregal, para quem, por ser um tributo que recai sobre uma produção ou circulação, o fato gerador de um estará necessariamente ligado ou interconectado a eventual fato gerador posteriormente realizado, "pois, o objetivo de quem produz, industrializa ou faz circular uma mercadoria é que a de que o produto chegue ao consumidor final, atravessando uma ou várias etapas do ciclo produtivo" (2013, p. 300).

Na verdade, os tributos sobre o consumo assimilam considerações de ordem econômica e adquiriram relevância, em termos de estudos jurídicos, principalmente a partir da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 45/2019, de iniciativa da Câmara dos Deputados, que se encontra em tramitação e, ao prever a instituição do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), procurou reunir em um único imposto os seguintes tributos: Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de

Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS); Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS); Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)[4].

Registre ainda que, antes da apresentação da PEC 45/2019, já verificávamos posicionamentos doutrinários nesse sentido, quer dizer, pela compreensão de que os tributos sobre o consumo albergam as seguintes exações: IPI, ICMS, ISS, PIS e COFINS (TAKANO, 2014, p. 87-93).

Na tributação do consumo, temos múltiplas incidências sobre os mesmos fatos econômicos, com competências distribuídas entres os entes federativos, e uma multiplicidade de legislações tratando diferentemente dos mesmos aspectos, o que gera infindáveis conflitos, inclusive entre os entes tributantes.

De maneira geral, a lei não consegue disciplinar integralmente a relação jurídico-tributária. Tem-se o CTN com as normas gerais, as leis complementares específicas para alguns tributos (ISS e ICMS) e as leis ordinárias de cada tributo (não é incomum as leis dos entes federativos extrapolarem os marcos estabelecidos nas leis complementares).

Além disso, o mundo fenomênico e em constante mudança, das bases econômicas, faz com que se torne indispensável a edição de atos normativos infralegais com a finalidade de orientar autoridades tributárias e o contribuinte na prática de seus atos, sem que isso determine ofensa ao princípio da legalidade. E isto vale para qualquer tributo, embora os mais simples, como as taxas, em geral demandem pouca regulamentação.

De fato, a ação administrativo-tributária não se resume à lei. Apresenta-se imprescindível o exercício da atividade regulamentar, que depende da hermenêutica da autoridade tributária, de modo a conferir aplicabilidade ao conjunto normativo. Note-se, também, que há a possibilidade de consulta tributária, nos casos em que o contribuinte tem dúvida na aplicação de determinada norma tributária. Instituto que é pouco usado, mas que é um instrumento eficaz na prevenção de conflitos.

Por outro lado, verifica-se, com determinada frequência, a edição de atos infralegais que não encontram validade nas leis que regulamentam, ensejando a indesejável declaração de ilegalidade pelos órgãos jurisdicionais.

A título exemplificativo, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 1.221.170/PR[5], representativo de controvérsia repetitiva, em sessão de julgamento de 22/02/2018, declarou "ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003."

Na hipótese, observe que o contribuinte se encontrava, desde 2002, procedendo ao creditamento da contribuição ao PIS e da COFINS mediante observância de critérios estabelecidos pela autoridade tributária, de acordo com os atos normativos em tela, que se mostraram, em tese, em desconformidade com as leis de regência. Ou seja, em flagrante inobservância da segurança jurídica, foi prejudicado, por longo período, considerando a prolação do acórdão em 2018, pela indevida interpretação conferida pela administração tributária.

Em outro caso, aquela Corte Superior, ao julgar o REsp 1.089.998/RJ[6], declarou ilegal a Instrução Normativa da SRF 468/2004, que definiu o que seria "preço determinado" para fins de cobrança da Contribuição ao PIS e da COFINS no regime não cumulativo instituído pela Lei 10.833/2003. Asseverou que essa definição, ao estabelecer que "o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços", conferiu, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da COFINS (de 3% para 7,6%).

O disciplinamento de normas legais por atos infralegais é uma constante em todos os sistemas, mas no Brasil tem-se uma profusão de discussões sobre este aspecto, nem sempre encontradiça em outros sistemas. Devido às especificidades dos atos e fatos econômicos e sua dinamicidade é inviável que a lei (lei *stricto sensu*) traga todos os detalhes e seja modificada constantemente[7], considerando o tempo da tramitação legal, mas, por outro lado, o ato regulador não pode ir além dos preceitos legais.

De fato, não se trata, vale destacar, de abolir as regulações administrativas, que deveriam ser afastadas somente quando fossem frontalmente contrárias à lei. Tal entendimento foi firmado pela Suprema Corte dos EUA no caso Chevron[8], mas infelizmente não é observado pelos

tribunais brasileiros. Ademais, a forma analítica como a Constituição estabelece princípios e outras regras tributárias conduz a uma persistente contestação das leis tributárias em face do Texto Maior.

5. EVOLUÇÃO NORMATIVA

No âmbito tributário, diante da complexidade normativa proporcionada pelo nosso sistema normativo constitucional, conforme exposto, a atuação do Poder Judiciário mostra-se ainda mais relevante para fins de segurança jurídica, de modo que não deveria mais refletir instabilidade jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988, ao longo do tempo, vem recebendo relevantes alterações em seu texto, com a finalidade de conferir maior segurança jurídica aos pronunciamentos judiciais, principalmente os oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

De início, a Emenda Constitucional 3/1993 deu nova redação ao art. 102, inciso I, alínea "a", para introduzir a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) – instrumento distinto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), esta última já prevista no texto originário –, com o objetivo de estabelecer um mecanismo para dirimir, em caráter antecipado e definitivo, eventuais incertezas acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Com a superveniência da Emenda Constitucional 45/2004, instituiu-se a sistemática de julgamento em repercussão geral dos recursos extraordinários e o instituto da súmula vinculante, que atribuíram observância obrigatória aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, também no controle difuso de constitucionalidade.

No âmbito do sistema processual, cabe ressaltar a tendência evolutiva, a qual se verifica, em especial, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que criou mecanismos visando reduzir decisões judiciais divergentes, ao tempo que tem assegurado o fortalecimento do papel dos tribunais superiores.

A legislação processual brasileira passou a adotar de modo expresso a doutrina do precedente, segundo a qual não se admite mais que os provimentos jurisdicionais prolatados pelas instâncias ordinárias deixem de seguir o entendimento já exarado pelas Cortes Superiores, sob a simples justificativa de que "não concordam" com a questão assim decidida.

Ao ressaltar a importância da adoção de sistemática de precedentes como instrumento de observância do princípio da segurança jurídica, em seu conteúdo previsibilidade, ensina Ricardo Villas Bôas Cueva:

> Um sistema de precedentes obrigatórios ou vinculantes justifica-se com base nos princípios da segurança jurídica e da isonomia. A segurança jurídica enfeixa as noções de previsibilidade das decisões judiciais, contribuindo para maior eficiência do sistema de justiça, já que, por um lado, os aplicadores do direito não terão de, a cada caso, refazer o percurso hermenêutico que determina a incidência da norma ao fato (2018, p. 111)

A força vinculante do precedente judicial representa o reconhecimento da necessidade de se conferir o devido respeito à interpretação conferida pelos órgãos jurisdicionais de cúpula, em decorrência do valor que deve ser dado à igualdade e à segurança jurídica.

A propósito, colhe-se a lição de Daniel Mitidiero, para quem, sendo parte integrante do ordenamento jurídico, "o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem pública e para promoção da segurança" (2013, p. 76).

Nesse passo, a adoção da doutrina dos precedentes oportuniza a redução do campo de equivocidade inerente ao direito e, por conseguinte, observa a segurança jurídica, consoante defende Luiz Alberto Gurgel de Faria:

> O respeito aos precedentes assegura, portanto, a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as teses já firmadas, o que estratifica a confiança legítima: os jurisdicionados

> passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão os mesmos tratamentos e as soluções serão idênticas para os casos iguais (2018, p. 323-324).

Assim, a instituição da sistemática de julgamento em repercussão geral dos recursos extraordinários e do regime dos recursos especiais representativos de controvérsia repetitiva aponta, sem dúvida, para uma tendência de conferir força vinculativa a pronunciamentos em caráter definitivo dos tribunais superiores.

Com a finalidade de solucionar o denominado "limbo jurisdicional", os arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 passaram a prever a aplicação da técnica da fungibilidade recursal, mediante a abertura de prazo para a parte que interpôs o recurso especial manifestar-se sobre eventual existência de repercussão geral, a fim de viabilizar a abertura da via extraordinária.

Sobre essa inovação legislativa, leciona Sérgio Luiz Kukina:

> Como decorrência dessas incertezas, ao longo da vigência do Código Buzaid (1974 a 2016), frequentes eram os desfechos embaraçosos impostos às partes recorrentes que, mesmo lançando mão simultaneamente dos recursos especial e extraordinário (por ter o acórdão recorrido se utilizado de fundamentação constitucional e infraconstitucional – cf. Súmulas 283 do STF e 126 do STJ), terminavam, ainda assim, privadas de jurisdição recursal, como consequência de o STJ não vislumbrar conotação infraconstitucional no tema e o STF concluir que a alegada ofensa constitucional, acaso existente, seria não mais que reflexa.
>
> Todavia, com a incorporação da técnica da fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, como prevista no CPC/15 (arts. 1.032 e 1.033), o referido vácuo de jurisdição deverá, naturalmente, perder espaço (2018, p. 848).

Em termos de Direito Tributário, no propósito de uma tributação mais justa, espera-se, por imperativo de segurança jurídica, que a interpretação dos textos constitucionais e legais seja uniforme, observadas as garantias do devido processo legal e da coisa julgada, permitindo que

o Estado Democrático de Direito atue na concretização dos direitos e liberdades fundamentais (TORRES, 2012, p. 286).

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 332, passou a prever o indeferimento liminar da inicial, por exemplo, quando o pedido veiculado contrariar súmulas dos tribunais superiores ou decisões proferidas em repetitivos ou em repercussão geral. O art. 926, por sua vez, de forma absolutamente salutar para a segurança jurídica, prescreve: "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

Cuida-se de uma mensagem dirigida aos tribunais, a fim de que procurem adotar uma conduta serena na nobre atividade de dizer o direito, com respeito aos precedentes que eles próprios produziram. Nesse sentido, a lição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

> Nesse aspecto, o princípio da segurança jurídica impõe não apenas o dever aos precedentes judiciais – e aos diversos efeitos que lhe são atribuídos pelo ordenamento – como também o dever de o tribunal uniformizar a jurisprudência, evitando a propagação de teses jurídicas díspares acerca de situações de fato semelhantes (2016, p. 483).

De outro lado, de maneira a não engessar o sistema jurisdicional, passou-se a prever alguns mecanismos de revisão de entendimento, com base na experiência do *common law*, quais sejam, o *distinguishing*, segundo o qual o precedente deixa de ser aplicado em virtude da constatação de que o caso é diverso, e o *overruling*, pelo qual se propõe o rejulgamento da tese com base em fundamentos não levados em consideração, ou então porque houve mudança na compreensão da controvérsia (OLIVEIRA, 2015, p. 116).

Além disso, a modulação dos efeitos da decisão judicial foi expressamente acolhida pelo CPC/2015, em três artigos: 525, § 13, 535, § 6º, e 927, § 3º. Os dois primeiros cuidam da inexigibilidade da obrigação pela declaração de inconstitucionalidade de lei no cumprimento definitivo de sentença e no cumprimento de obrigação pela Fazenda Pública, e

preconizam que "os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica", enquanto que o art. 927, § 3º, autoriza a modulação dos efeitos da decisão pelos Tribunais Superiores no caso de alteração de jurisprudência dominante ou revisão de teses firmadas em recursos repetitivos.

Na seara tributária, não há como deixar de se ponderar a respeito dos impactos econômicos e financeiros provenientes de mudança de entendimento jurisprudencial, a demandar cautela na modulação dos efeitos do posicionamento que vier a prevalecer.

A inexistência de modulação pode ensejar, de um lado, o comprometimento das contas públicas, principalmente de entes municipais menos favorecidos financeiramente, e, de outro lado, se a decisão for desfavorável aos contribuintes, pode determinar a extinção de sociedades empresárias, caso tenham que recolher vultosas quantias aos cofres públicos.

Pode-se concluir que as mencionadas alterações pretendem obstar, ao máximo, a jurisprudência vacilante, permissiva de soluções diversas para idênticas controvérsias, mediante a instituição de mecanismos de natureza processual, inclusive no âmbito das instâncias ordinárias, tendentes a prestigiar a verticalização com a necessária homogeneidade de decisões.

Cabe ressaltar que, no âmbito tributário, em idêntica questão de direito, deve haver semelhante prestação jurisdicional, porquanto "o princípio da não discriminação integra as limitações constitucionais ao poder de tributar, para garantir que contribuintes que se encontrem em situação equivalente recebam o mesmo tratamento" (TORRES, 2012, p. 378). De fato, a oscilação jurisprudencial, além de comprometer a ordem jurídica, repercute nas relações econômicas e na organização dos negócios.

Mais recentemente, importante alteração normativa decorreu da entrada em vigor da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a finalidade de estabelecer normas de segurança jurídica na aplicação do direito público.

Como se trata de lei destinada a regulamentar outras normas, a LINDB assume, em nosso sistema normativo, papel central, de modo que

se revelou absolutamente salutar a introdução, em seu corpo normativo, de preceitos destinados a atribuir maior estabilidade e efetividade às relações jurídicas.

Com efeito, as disposições contidas nos arts. 23 e 24 do referido diploma legal refletem a preocupação do legislador em assegurar um regime de transição, no tocante à aplicação de nova orientação sobre normas jurídicas, mormente quando se estabelecer novo dever ou novo condicionamento de direito, assim como em resguardar a manutenção das situações prévia e plenamente constituídas, nas hipóteses em que se verificar a revisão da validade de orientações que se encontravam vigentes.

O cuidado com a segurança jurídica revelou-se explícito na carga axiológica atribuída ao art. 30 da LINDB, com a redação da Lei 13.655/2018, segundo o qual a atuação das autoridades públicas deve ser voltada no sentido de "aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas".

Por fim, outro avanço extremamente relevante que se tem verificado em termos de segurança jurídica relaciona-se com a atuação judicial da advocacia pública, especialmente no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, com base em atos normativos, vem desistindo de recorrer quando o Poder Judiciário pacifica sua orientação, em caráter definitivo, em favor dos contribuintes.

De início, foi editada a Medida Provisória 1.110/1995, chamada de MP do CADIN, a qual trouxe no seu art. 17 alguns casos de dispensa de constituição de créditos pela Fazenda Nacional, de inscrição de dívida ativa e de ajuizamento de execuções fiscais, tendo por base litígios nos quais já havia se firmado jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal.

Desde então, sucessivos diplomas legais foram aperfeiçoando a legislação de regência, com destaque para a superveniência da Lei 10.522/2002, que sofreu modificações pelas Leis 12.844/2013 e, mais recentemente, pela Lei 13.874/2019, para disciplinar que as renúncias e autorizações de desistência de feitos da Fazenda Nacional devem ter como fundamento parecer de seu Procurador-Geral, não demandando jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, tampouco aprovação do Ministro da Economia.

A finalidade dessa última alteração legal foi albergar matérias que se encontram sob a jurisdição do microssistema dos Juizados Especiais Federais, nem sempre objeto de pronunciamento dos Tribunais Superiores, assim como diminuir a burocracia, ao deixar de se exigir aquiescência do Ministro de Estado da Economia.

Essas normas jurídicas representam uma nova visão, em especial, do princípio da indisponibilidade do interesse público, que fundamentava condutas históricas dos advogados públicos, no sentido de recorrer infinitamente de decisões judiciais, ainda que pautadas em entendimentos consagrados pelos Tribunais Superiores, e que contribuíam sobremaneira para a morosidade dos julgamentos e, por conseguinte, causavam grande insegurança jurídica.

Cabe ressaltar que o advogado público tem a missão constitucional de defender os interesses da pessoa jurídica de direito público, devendo representá-la com o máximo de eficiência, o que não significa sustentar entendimentos incompatíveis com a jurisprudência pacificada, principalmente no campo do Direito Tributário, em que se vislumbra uma repercussão na esfera jurídica e econômica ampla, albergando diversos contribuintes.

Nesse contexto, a atuação judicial da Fazenda Nacional tem sido redimensionada, de modo a compreender que o respeito ao ordenamento jurídico perpassa pela absorção dos posicionamentos definitivos do Poder Judiciário. Esse exemplo deveria ser seguido pelos demais entes federativos, pois a atuação da advocacia pública destina-se à observância dos princípios consagrados no texto constitucional, em especial o relativo à segurança jurídica.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica é consagrada no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um especial fundamento que se observa, de forma evidente, na variedade de princípios que o texto constitucional alberga, especialmente em matéria tributária.

Não obstante as históricas dificuldades vividas no tocante à observância da segurança jurídica, constata-se tendência evolutiva positiva em nosso ordenamento, no sentido de orientar o aplicador do direito quanto ao respeito à segurança jurídica e de criar mecanismos visando reduzir decisões judiciais divergentes, ao tempo que tem assegurado o fortalecimento do papel dos tribunais superiores, na busca de criar maior estabilidade aos pronunciamentos judiciais.

Esse aperfeiçoamento normativo confere um sentimento de previsibilidade e de estabilidade quanto aos efeitos da regulação de conduta e tranquiliza os contribuintes, de modo que abre espaço para que os cidadãos e as sociedades empresárias projetem, com a devida confiança, ações futuras, porque cientes do modo pelo qual a aplicação das normas jurídicas se realiza, ou seja, a certeza do Direito.

Desse modo, ainda longe do que pode se ter como ideal, a segurança jurídico-tributária tem sido prestigiada, mormente pelas recentes modificações no plano normativo procedimental. Essa evolução apresenta-se digna de aplausos e aponta para um cenário jurídico com adequado respeito aos ideais de certeza e previsibilidade, o que contribui para o nosso desenvolvimento econômico, por ensejar, em matéria tributária, maior confiança e estabilidade na organização dos negócios.

NOTAS

[1] O princípio da segurança jurídica adquire particular importância, entre outros, na economia. A vida econômica e comercial baseia-se no planejamento antecipado para que disposições legais claras e precisas reduzam os custos das transações e promovam negócios eficientes. A segurança jurídica pode, assim, ser vista como contribuição para a produção de resultados economicamente consistentes (tradução nossa).

[2] A segurança jurídica e a certeza das normas são dois parâmetros básicos do Estado de Direito. E mais, o grau e a intensidade do estado de direito tem muito a ver com o grau e a intensidade com que a segurança e a certeza jurídica refletem o panorama normativo (tradução nossa).

[3] Sem entrar no mérito a questão de se tratar de um direito ou uma garantia, nos termos do art. 5º da Constituição, cumpre trazer à baila o entendimento de José Afonso da Silva no sentido de que o direito à segurança abarca um conjunto de garantias e as enumera: segurança do domicílio; segurança das comunicações pessoais, segurança em matéria penal; e segurança em matéria tributária (objeto deste estudo). SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 437-442. Ver tb., ibidem p. 243, onde o mesmo autor trata de segurança pessoal, como garantia (rem. aos incisos XLV e LXIX do art. 5º da Constituição).

[4] BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0971B0E6601D00880A97C9478F1E44CD.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019>. Acesso em: 03 mar. 2020.

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.221.170/PR, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 24 abr. 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1221170&repetitivos=JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 05 fev. 2020.

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.089.998/RJ, Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 30 nov. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271089998%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271089998%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja.>. Acesso em: 03 mar. 2020.

[7] Talvez o melhor exemplo deste aspecto seja a regulação sobre preços de transferência nos EUA. Com base em Apenas um artigo do *Internal Revnue Code* (lei aprovada pelo Congresso - 26 U.S. Code § 482. *Allocation of income and deductions among taxpayers*), produziu-se cerca de quinhentas páginas de Regulamentações (*Code of Federal Reguiations*) de observância obrigatória pelos contribuintes norte-americanos (que corresponde aos nossos decretos, embora com feições de instrução normativa). Porém, a maioria discussões decorrentes de lançamentos contestados pelos contribuintes não gira em torno da legalidade dos *Regulations*, mas da aplicação material da norma em si. Já no Brasil, a grande maioria das discussões sobre o mesmo tema giro em torno da legalidade das instruções normativas.

[8] Ver US SUPREME COURT. Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984). O caso gerou a chamada doutrina da deferência administrativa, pela qual uma regulação administrativa de uma lei deve ser preservada, ainda que seja discutível, a menos que contrarie frontalmente a lei regulada ou o próprio Poder Legislativo o reconheça.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BECHO, Renato Lopes; BASSO, Bruno Bartelle. A Segurança jurídica tributária como fundamento para o desenvolvimento econômico brasileiro. **Revista *Juris Plenum***, Caxias do Sul, v. 15, n. 88, p. 151-168, jul. 2019.

BERNARDES, Flávio Couto. Conflito de competência no ICMS: os convênios, o princípio da legalidade e a reforma tributária. *In*: SILVA, Paulo Roberto Coimbra, et al. (Orgs.). **Tributação sobre o consumo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri: Manole, 2009.

CARREGAL, João Paulo de Souza. Tributos indiretos sobre o consumo – Um breve paralelo entre a França de Luis XIV e o Brasil na atualidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas (RTribv)**, São Paulo, v. 21. n. 13, p. 285-308, nov./dez. 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** linguagem e método. 6 ed. São Paulo: Noeses, 2015.

_____. O Sobreprincípio da segurança jurídica e os primados que lhe objetivam no direito positivo brasileiro. *In:* **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**. Porto Alegre: Magister, v. 10, n. 58, p. 5-27, set./out. 2016.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º, do novo CPC). *In:* ARAÚJO, Raul; MARCONI, Cid; ROCHA, Tiago Asfor. **Temas atuais e polêmicos na justiça federal**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DELFIM NETO, Antônio; IKEDA, Akihiro. Aspectos econômicos do sistema tributário brasileiro. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTRO, Paulo Rabello de; MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva (org.). **O direito tributário no Brasil:** reflexão sobre o sistema tributário realizada por juristas e economistas. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. V. 2. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. O novo CPC e a vinculação aos precedentes – breves considerações. *In*: ARAÚJO, Raul; MARCONI, Cid; ROCHA,

Tiago Asfor (orgs.). **Temas atuais e polêmicos na justiça federal**. Salvador: JusPodivm, 2018.

KUKINA, Sérgio Luiz. Temas comuns e soluções diversas no STJ e no STF. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et ali. (Orgs.). **Processo civil contemporâneo**: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. *In*: VALIM, Rafael et ali. (Orgs.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. São Paulo: Editora Fórum, 2013.

NUNES, Cleucio Santos. **Justiça tributária**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. *In:* **Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)**. Brasília, v. 12, n. 64, p. 109-126, jul./ago. 2015.

PAULSEN, Leandro. **Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RABELLO FILHO, Francisco Pinto. **O princípio da anterioridade da lei tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAKANO, Caio Augusto. Tributação sobre o consumo nas importações: neutralidade, competitividade e limitações constitucionais. **Revista Fórum de Direito Tributário** (RFDT), Belo Horizonte, v. 12, n. 67, p. 75-97, jan./fev. 2014.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Temporalidade e segurança jurídica – irretroatividade e anterioridade tributárias. *Temporality and legal certainty – Predictability and Prohibition of retroactivity in Brazilian tax law.* **Revista da PGFN**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 45-62, jan./jun. 2011.

TRIDIMAS, Takis. **The general principle of EU law**. 2. ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2006.

VALLE, Maurício Dalri Timm do. **Princípios constitucionais e regras-matrizes de incidência do imposto sobre produtos industrializados – IPI**. São Paulo: Noeses, 2016.

Guilherme Ribas da Silva Santos

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB.
Pós-graduado em Direito Tributário pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF.
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF.
Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Marcos Aurélio Pereira Valadão

Pós-Doutorado em Direito -UnB.
Doutor em Direito - SMU (EUA).
Mestre em Direito Público - UnB.
MBA em Administração Financeira - IBMEC/DF.
Especialista em Administração Tributária - PUC-GO.
Bacharel em Direito - PUC-GO.
Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB).
Consultor tributário.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA "VAQUEJADA" SEGUNDO O STF E O POSTERIOR EFEITO *BACKLASH* NO CONGRESSO NACIONAL

Isabelle Almeida Vieira
Pedro Ricardo Lucietto Piccinini

A INCONSTITUCIONALIDADE DA "VAQUEJADA" SEGUNDO O STF E O POSTERIOR EFEITO *BACKLASH* NO CONGRESSO NACIONAL*

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE "VAQUEJADA" ACCORDING TO THE STF AND THE BACKLASH EFFECT ON THE NATIONAL CONGRESS

Isabelle Almeida Vieira
Pedro Ricardo Lucietto Piccinini

RESUMO

O presente trabalho, cujo campo de estudo é o Direito Constitucional, tem por objetivo analisar o movimento conservador realizado pelo Congresso Nacional, por meio da edição da Emenda Constitucional nº. 96/2017, a qual passou a permitir práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam consideradas manifestações culturais (caso da Vaquejada), após o julgamento da ADI nº. 4.983/CE, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade da Lei nº. 15.299, do Estado do Ceará, a qual buscava regulamentar a Vaquejada como prática desportiva e cultural. A abordagem é realizada por meio do método de estudo de caso, uma vez que analisada a fundamentação utilizada pelos Ministros do STF no julgamento da ADI nº 4.983/CE. Ademais, o método dialético de pesquisa também é utilizado, buscando-se analisar a existência de colisão entre os direitos fundamentais da manifestação cultural (art. 215, §1º, da CF) – prática da Vaquejada - e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, §1º, VII, da CF) – vedação de práticas que submetam os animais à crueldade - a fim de se concluir, ao final, após a ponderação dos dois direitos

*Artigo recebido em Janeiro/2020 e aprovado em julho/2020.

fundamentais envolvidos, que a Emenda Constitucional nº 96/2017 (decorrente do efeito *backlash* no Congresso Nacional) é inconstitucional, ao permitir que, com a prática da Vaquejada, os animais sejam expostos à crueldade.

PALAVRAS-CHAVE: VAQUEJADA. MEIO-AMBIENTE EQUILIBRADO. MANIFESTAÇÃO CULTURAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 96/2017. EFEITO *BACKLASH*.

ABSTRACT

The present paper, whose field of study is Constitutional Law, aims to analyze the conservative movement fulfilled by the National Congress, through the edition of the Constitutional Amendment nº. 96/2017, which started to allow sports practices that use animals, as long as they are considered cultural manifestations (Vaquejada's case), after the judgment of ADI nº. 4.983/CE, in which the Supreme Court (STF) declared the unconstitutionality of Law nº. 15.299, of the State of Ceará, which aimed to regulate Vaquejada as a sport and cultural practice. The approach is fulfilled by the case study method, once the arguments used by the STF Ministers in the judgment of ADI nº. 4.983/EC are analyzed. Furthermore, the dialectical method of research is also used, seeking to analyze the existence of a collision between the fundamental rights of cultural manifestation (art. 215, §1º, of the CF) - Vaquejada practice - and the ecologically balanced environment (art 225, §1, VII, of the CF) - prohibition of practices that subject animals to cruelty - in order to conclude, at the end, after considering the two fundamental rights involved in the case, that the Constitutional Amendment nº. 96/2017 is unconstitutional, by allowing, with the practice of Vaquejada, animals to be exposed to cruelty.

KEYWORDS: *VAQUEJADA. BALANCED ENVIRONMENT. CULTURAL MANIFESTATION. CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 96/2017. BACKLASH EFFECT.*

INTRODUÇÃO

O parágrafo primeiro, do artigo 215, da Constituição Federal, prevê que caberá ao Estado proteger as manifestações das culturas populares. Todavia, quando determinada manifestação cultural envolver a utilização de animais, necessário se faz verificar se essas práticas acabam por violar a proteção ao meio ambiente, mais precisamente no que diz respeito à vedação de submissão dos animais à crueldade, que também detém

proteção constitucional (artigo 225, parágrafo primeiro, inciso VII, da Constituição Federal). Nessa hipótese, torna-se necessária a atuação estatal para resolver o impasse, a fim de que se possa analisar a constitucionalidade de tal prática.

A situação em abstrato acima mencionada se operou de forma concreta no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983/CE, a qual foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a Vaquejada como prática desportiva e cultural. A referida ação foi julgada em 06 de outubro de 2016, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo como posição vitoriosa, por maioria apertada (6 votos a 5), o voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio, o qual foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Em síntese, destaca-se que o argumento que prevaleceu entre os ministros foi o de que a Vaquejada, ainda que possa ser considerada uma manifestação cultural e esportiva típica do Estado do Ceará, consiste na prática de ato cruel para com os animais, em decorrência das inúmeras lesões sofridas pelos que dela participam (lesões confirmadas por laudos técnicos carreados aos autos), motivo pelo qual não deve prosperar em detrimento da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse aspecto, a ADI nº 4.983/CE foi julgada procedente, para o fim de declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará.

No entanto, ainda que a decisão tenha sido paradigmática e festejada pelos órgãos de proteção aos animais, a referida declaração de inconstitucionalidade ficou restrita à lei cearense, ou seja, eventuais outras leis que tratassem sobre o tema iriam permanecer válidas. Nessa esteira, necessária seria a impugnação judicial específica de cada uma delas.

Ciente da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal e em oposição ao seu desfecho, em 1º de novembro de 2016, a Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal deliberou pela aprovação

do Projeto de Lei nº 24/2016 da Câmara dos Deputados (posteriormente convertido na Lei Federal nº 13.364/2016), o qual visava à elevação do Rodeio e da Vaquejada à condição de manifestação da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Todavia, a edição da Lei Federal nº 13.364/2016 de forma isolada não teria força jurídica suficiente para superar o entendimento do STF em contrariedade à realização da Vaquejada, sendo necessário se operacionalizar a modificação do texto constitucional.

Nesse sentido, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 304/2017 (posteriormente convertido na Emenda Constitucional nº 96/2017), para o fim de incluir o parágrafo 7º, no art. 225, da CF. No aludido parágrafo, foi positivado que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que essas práticas sejam manifestações culturais registradas como bens de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro. Em outras palavras, a inclusão do referido parágrafo no texto constitucional em combinação com a Lei Federal nº 13.364/2016 tornou legítima e constitucional a prática da Vaquejada (e as práticas análogas, como, por exemplo, o Rodeio e o "Tiro de Laço").

Observa-se, assim, que a Lei Federal nº 13.364/2016 e a Emenda Constitucional nº 96/2017 se constituem em uma reação contrária do Poder Legislativo à decisão de inconstitucionalidade tomada pelo STF. Essa oposição ao teor da decisão do Poder judiciário é denominada pela doutrina de "efeito *backlash*", que se traduz em um movimento conservador, através da política, contra eventual decisão judicial de cunho liberal sobre tema considerado polêmico, vindo o parlamento a legislar com o intuito de retornar ao *status quo ante*.

Nesse aspecto, no presente estudo será abordada a (in) constitucionalidade da EC nº 96/2017, a partir dos argumentos jurídicos utilizados na ADI nº 4.893/CE, analisando-se a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito de terceira dimensão), traduzido pela proibição de práticas cruéis contra animais, como cláusula pétrea.

1. ADI Nº 4.983/CE: DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL REGULAMENTADORA DA VAQUEJADA

Inicialmente, antes de se analisar o julgamento da ADI nº 4.983/CE pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário conceituar e discorrer acerca da prática da Vaquejada. A Vaquejada, como manifestação cultural nordestina[1] que remonta à antiga necessidade de os fazendeiros reunirem o gado, consiste em uma competição em que dois peões montados em cavalos distintos buscam a derrubada de um boi através de puxões em seu rabo, com o objetivo de acumular pontos caso consigam derrubá-lo dentro de uma área específica. Se obterem êxito e o animal ficar dentro da demarcação com as quatro patas para cima, o árbitro da

[1] Em relação à origem da aludida manifestação cultural, José Euzébio Fernandes Bezerra relata que: "Na verdade, tudo começou aqui pelo Nordeste com o Ciclo dos Currais. É onde entram as apartações. Os campos de criar não eram cercados. O gado, criado em vastos campos abertos, distanciava-se em busca de alimentação mais abundante nos fundos dos pastos. Para juntar gado disperso pelas serras, caatingas e tabuleiros, foi que surgiu a apartação. Escolhia-se antecipadamente uma determinada fazenda e, no dia marcado para o início da apartação, numerosos fazendeiros e vaqueiros devidamente encourados partiam para o campo, guiados pelo fazendeiro anfitrião, divididos em grupos espalhados em todas as direções à procura da gadaria solta pelos "campos tão bonitos", no dizer do poeta dos vaqueiros, que em vida se chamou Fabião das Queimadas. Naquele tempo, o fazendeiro também fazia o "serviço de campo" [...]. O gado encontrado era cercado em uma malhada ou rodeador, lugar mais ou menos aberto, comumente sombreado por algumas árvores [...]. Um certo número de vaqueiros ficava dando o cerco, enquanto os outros continuavam a campear. Ao fim da tarde, cada grupo encaminhava o gado através de um vaquejador, estrada ou caminho aberto por onde conduzir o gado para os currais da fazenda. O gado era tangido na base do traquejo, como era chamada a prática ou jeito de conduzi-lo para os currais. Quando era encontrado um barbatão da conta do vaqueiro da fazenda-sede, ou da conta de vaqueiro de outra fazenda, era necessário pegá-lo de carreira. Barbatão era o touro ou novilho que, por ter sido criado nos matos, se tornara bravo. Depois de derrubado, o animal era peado e enchocalhado. Quando a rês não era peada, era algemada com uma algema de madeira, pequena forquilha colocada em uma de suas patas dianteiras para não deixá-la correr. Se o vaqueiro que corria mais próximo do boi não conseguia pegá-lo pela bassoura, o mesmo que rabo ou cauda do animal, e derrubá-lo, os companheiros lhe gritavam: Você botou o boi no mato!" (BEZERRA, 1978, p. 7-8). Ainda, segundo Luís da Câmara Cascudo, a Vaquejada é o festejo mais tradicional do ciclo de gado nordestino, representando o labor diário do vaqueiro, em que este "derruba o animal que persegue para poder enchocalhá-lo, mascará-lo, peá-lo e trazê-lo para o curral" (CASCUDO, 1976, p. 783).

competição proferirá ao público a expressão "valeu boi!", significando que a dupla pontuará.[2]

A realização da referida atividade encontra tanto críticos quanto defensores. As associações protetoras dos animais são contrárias à prática da Vaquejada, alegando que os bois e cavalos envolvidos sofrem maus tratos e que, frequentemente, remanescem sequelas decorrentes das agressões e do estresse que passam. Por outro lado, os defensores da atividade sustentam que os animais não sofrem maus tratos e que a referida prática é centenária, fazendo parte do patrimônio cultural do povo nordestino. Não obstante, também alegam que se trata de um esporte e que os eventos envolvendo a sua prática geram inúmeros empregos e renda para a região do nordeste.

Em face da notícia de que o proceder da competição envolve a flagelação dos animais que dela participam, o Procurador-Geral da República ajuizou a ADI supramencionada buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, a qual regulamentava a Vaquejada como prática desportiva e cultural. Dentre os argumentos que motivaram o ajuizamento da ação, destaca-se o de que, com a profissionalização da Vaquejada, algumas práticas passaram a ser adotadas, como o enclausuramento dos animais antes de serem lançados à pista, momento em que são açoitados e instigados a entrar agitados na arena quando da abertura dos portões, o que acarreta danos e se constitui em prática cruel contra os animais (indo em direção contrária ao que preconiza o artigo 225, § 1º, VII, da CF).

Corroborando esse argumento, o *Parquet* juntou aos autos laudos técnicos comprovando que as Vaquejadas provocam consequências nocivas à saúde dos animais que delas participam, a exemplo de fraturas nas patas, ruptura dos ligamentos e dos vasos sanguíneos, traumatismos, deslocamento da articulação do rabo e até seu arrancamento, resultando

---

[2] Nesse sentido, a Associação Brasileira de Vaquejada, em seu Regulamento Geral da Vaquejada, aduz que a Vaquejada é uma "atividade cultural-competitiva, com características de esporte, praticado em uma pista sobre um colchão de areia com espessura mínima não inferior a 40cm, no qual dois vaqueiros montados a cavalo têm o objetivo de alcançar e emparelhar o boi entre os cavalos, conduzi-lo até o local indicado, onde o bovino deve ser deitado" (ABVAQ, *online*, p. 2).

no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, além de dores físicas e sofrimento mental.

Nesse aspecto, foi suscitada a ocorrência de colisão entre dois direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, quais sejam, o da proteção ao meio ambiente (artigo 225, §1º, VII, da CF) e o da manifestação cultural (artigo 215, da CF), de forma que, por meio da técnica da ponderação, deveria prevalecer a norma constitucional de preservação ao meio ambiente, diante da crueldade dispensada aos animais que participam da Vaquejada.

Desse modo, o requerente pugnou pela adoção do entendimento exarado nos precedentes relacionados à "Rinha de Galo" (ADI nºs 1.856/RJ e 2.514/SC) e à "Farra do Boi" (Recurso Extraordinário nº 153.531/SC), o qual impôs limites jurídicos às manifestações culturais quando dispensada crueldade aos animais que dela participam.

Antes de julgar o pedido, o Relator designado, Ministro Marco Aurélio, em respeito ao contraditório, determinou a intimação do Estado do Ceará, ente público que emanou a lei impugnada, para que se pronunciasse sobre a constitucionalidade da norma. Atendendo ao comando judicial, o ente estatal se manifestou no sentido de que a norma atacada possuía dispositivos prevendo a proteção dos bens constitucionais supostamente violados, uma vez que determinava aos organizadores e aos participantes das Vaquejadas a adoção de condutas que evitassem os maus tratos aos animais, bem como estabelecia sanções para os que infringissem tais regras. Ainda, alegou-se que a Vaquejada consiste em bem de natureza imaterial, integrante do patrimônio cultural do povo nordestino, o qual é tutelado como um direito fundamental pelo artigo 216, da CF.

Intimada a se manifestar acerca da ADI, nos termos do artigo 12, da Lei nº 9.868/99, a Advocacia-Geral da União defendeu a procedência do pedido da Procuradoria-Geral da República, uma vez que a prática da Vaquejada, embora tenha nítido valor cultural, expõe à crueldade e a maus tratos os animais que dela participam.

O julgamento da ação teve seu início no mês de agosto de 2015, encerrando-se apenas em 06 de outubro de 2016, quando o

Relator, seguido pela maioria de seus pares, votou pela procedência da demanda (inconstitucionalidade da lei cearense), sob o argumento de que a Vaquejada, ainda que possa ser considerada como uma manifestação cultural e esportiva, em razão da ocorrência de uma série de lesões aos animais que dela participam (confirmadas por laudos técnicos), implica prática cruel que não merece prevalecer em detrimento da proteção ao meio ambiente.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a votação da ADI nº 4.983/CE se deu em julgamento apertado: 6 ministros a favor de sua procedência e 5 ministros a favor de sua improcedência. Pela inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 15.299 votaram os Ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Pela constitucionalidade da referida lei (vencidos) votaram os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Diante do julgamento acirrado, faz-se necessário, ainda que de forma breve, analisar os principais argumentos dos votos exarados pelos ministros em relação à suscitada inconstitucionalidade da referida lei. Inicialmente, o Relator, Ministro Marco Aurélio, em seu voto, destacou que a Corte novamente teria que solucionar controvérsia originada do embate entre normas de direitos fundamentais (meio ambiente e cultura) através da ponderação, semelhante ao que ocorreu quando do julgamento dos precedentes da "Farra do Boi" e da "Rinha de Galo". Para o Relator, o rumo interpretativo adequado a nortear a solução da controvérsia seria o mesmo do que os referidos precedentes, em que a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado com a consequente proteção da fauna e da flora, conforme estabelecido no art. 225, da Constituição Federal, deveria prevalecer em relação ao direito à manifestação cultural, diante do inequívoco e inerente envolvimento de práticas cruéis contra bovinos durante a Vaquejada.

A Ministra Rosa Weber e o Ministro Ricardo Lewandowski, em seus votos, concordaram com a argumentação do Relator, salientando que a crueldade intrínseca à Vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. Já o Ministro Barroso votou no mesmo sentido que

o Relator, porém com fundamentação diversa, o que foi seguido pelos Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Em seu voto, o Ministro Barroso inferiu que a proteção dos animais consubstanciada na vedação de práticas que os submetam à crueldade, prevista no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, constitui proteção constitucional autônoma, devendo-se resguardar os animais contra atos cruéis independentemente de haver consequências para o meio-ambiente, para a função ecológica da fauna ou para a preservação das espécies, ou seja, os animais não podem ser reduzidos à mera condição de elementos do meio-ambiente. Em relação a tal argumento, defendeu que a prática da "Farra do Boi" e da "Rinha de Galo" não colocavam em risco o equilíbrio do meio-ambiente e, mesmo assim, foram declaradas inconstitucionais por submeterem à crueldade os animais envolvidos.

O Ministro Barroso referiu, ademais, que, embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, estes, como seres sencientes, têm pelo menos o direito moral de não serem submetidos à crueldade, o que vai ao encontro da corrente que prega uma ética animal, segundo a qual o sofrimento animal importa por si só. Para o Ministro, nenhuma regulamentação, a exemplo da proposta pelo Poder Legislativo do Ceará, seria capaz de evitar a prática cruel aos animais participantes da Vaquejada, de modo que o julgamento do colegiado, a fim de resguardar os interesses albergados nas normas constitucionais em colisão, deveria fazer constar o seguinte enunciado: manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais à crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1., VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada.

O Ministro Fachin, inaugurando os votos contrários à declaração de inconstitucionalidade da lei cearense, ressaltou que a Vaquejada, enquanto manifesta expressão cultural, está resguardada expressamente no caput e no §1º do art. 215, da Constituição Federal. Sustentou, ainda, acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, que não há prova cabal de que os animais envolvidos na Vaquejada sejam, de modo sistemático, submetidos à crueldade, abusos e maus tratos. Em relação a tal argumento, o Ministro

Gilmar Mendes, em seu voto, defendeu que a Vaquejada, enquanto manifestação cultural, não tem por objetivo machucar, mutilar ou matar os animais envolvidos, diferentemente dos precedentes da farra do boi e da rinha de galo.

Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki, em seu voto, defendeu que a mera declaração de inconstitucionalidade da lei não acarretaria a declaração de inconstitucionalidade da prática da Vaquejada no Ceará e nos demais estados brasileiros. Sustentou, acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, que, mesmo que fosse proferido o enunciado sugerido pelo Ministro Barroso, o pronunciamento da Corte não barraria a continuidade da prática da Vaquejada, o que levaria a sua manutenção de forma clandestina, conforme estudos apontaram em relação à reiterada realização de farra do boi no interior de Santa Catarina mesmo após o julgamento proferido pelo STF. Por fim, o Ministro Teori Zavascki, acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, referiu que a legislação cearense, por propor diretrizes que visam a diminuir a crueldade a que os animais envolvidos são submetidos na Vaquejada, deveria ser declarada constitucional.

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, defendeu que a ponderação entre princípios pode ser feita pelo Judiciário ou pelo Legislativo. Na hipótese, o Ministro entendeu que o Judiciário deveria ser deferente à ponderação entre as normas fundamentais em questão realizada pelo legislador cearense, uma vez que este avaliou os impactos positivos e negativos em relação à regulamentação da prática da Vaquejada.

Nesse passo, pode-se observar que, dentre os principais argumentos extraídos do julgamento, destacam-se aqueles que afirmam que o dever de proteção ao meio ambiente previsto no artigo 225, da CF, sobrepõe-se aos valores culturais da atividade desportiva, principalmente em razão da nítida crueldade que é dispensada aos animais participantes da Vaquejada. A manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental de terceira dimensão[3], passa pela proteção da

[3] A manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de terceira geração, fundado na solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado de "altíssimo teor de humanismo e universalidade" (BONAVIDES, 2001, p. 523).

fauna e da flora, havendo vedação constitucional expressa em relação à prática de crueldade contra os animais (conforme dispõe o inciso VII, do parágrafo 1º, do artigo 225, da CF).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão[4], também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, "trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difuso" (SARLET, 2015, p. 48).

Nesse sentido, tem-se que a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado não é somente um dever, como também um direito de todos (direito-dever fundamental)[5] (CRUZ, 2009, p. 202), em benefício das gerações do presente e do futuro, pois o bem ambiental[6] transita entre o Direito Público e o Direito Privado, "permeando pela prevalência do interesse de toda a coletividade na sua proteção, não excluindo da proteção ambiental o âmbito da proteção em uma perspectiva individual" (SARLET; FENSTERFEIFER, 2014, p. 328).

Diante do exposto, verifica-se que a Vaquejada se trata de tema polêmico e de pouca estabilidade no atual cenário jurídico-político em que vivemos. Ademais, caso a matéria seja objeto de nova análise constitucional, é possível que o placar se apresente de modo diverso, considerando-se que a votação se deu por maioria de apenas um voto (6x5), bem como que a composição do STF atualmente já se encontra diferente da época do

---

[4] Ainda que haja doutrinadores que se utilizem da classificação dos direitos fundamentais sob a denominação de "geração", "acredita-se que, em razão dos direitos fundamentais terem experimentado transformações e um reconhecimento progressivo, a palavra "geração" enseja uma falsa impressão da substituição de uma geração pela outra. Portanto, para melhor enquadrar a terminologia, será utilizada a denominação "dimensão" (SARLET, 2015, pp. 45-6).

[5] "O dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável. A problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito" (BRASIL, 2016, *online*).

[6] É um "bem de livre uso e fruição a todos os cidadãos, agindo o Poder Público no sentido de administrar a manutenção de sua integridade, exercendo a vigilância necessária para tal" (SARLET; FENSTERFEIFER, 2014, p. 325).

julgamento, com o ingresso do Ministro Alexandre de Moraes no lugar do falecido Ministro Teori Zavascki.

2. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 96/2017 E O EFEITO *BACKLASH*

Embora os Ministros do STF tenham se posicionado, em sua maioria, pela inconstitucionalidade da Vaquejada no julgamento da ADI nº 4.983/CE, tal decisão não se estendeu aos demais Estados do Brasil e nem tem força jurídica para impedir que uma Lei Federal ou uma Emenda Constitucional sejam editadas em sentido contrário à jurisprudência da Suprema Corte, na medida em que a lei impugnada na referida ação se tratava de uma Lei Estadual. Nesse sentido, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade somente se estenderam à lei do Estado do Ceará, motivo pelo qual as demais leis que eventualmente tratem do tema devem ser especificamente impugnadas perante o STF.

Destarte, com o referido julgamento não é possível concluir que a prática da Vaquejada esteja proibida em todo o território nacional. Atenta-se para o fato de que o efeito vinculante da ADI genérica se estende apenas ao Poder Judiciário e à Administração Pública, não atingindo o Poder Legislativo no exercício de sua função típica de legislar.

Em consonância com o que foi acima inferido, cerca de um mês após o julgamento da ADI nº 4.983/CE, o Congresso Nacional editou a Lei Federal nº 13.364/2016, elevando a Vaquejada à condição de manifestação da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial. Tal legislação caracteriza-se, de forma nítida, em uma reação contrária do Poder Legislativo à decisão tomada pelo STF.

Ocorre que apenas a edição da Lei nº 13.364/2016 não teria força jurídica suficiente para superar a decisão do STF, tendo em vista que, na visão da Suprema Corte, a prática da Vaquejada não é vedada por ausência de lei regulamentadora, mas sim pela sua inconstitucionalidade, em face da violação do artigo 225, parágrafo 1º, VII, da CF.

Dessa forma, além de editar a aludida lei federal, o Congresso Nacional houve por bem alterar a Constituição Federal, fazendo nela inserir o parágrafo 7º no artigo 225, da CF, por meio da Emenda Constitucional

nº 96/2017, passando a prever de forma expressa a possibilidade de realização de práticas desportivas que utilizem animais, desde que se constituam em manifestações culturais[7]. A inserção desse parágrafo enseja preocupação, tendo em vista que torna legítima e não cruel toda e qualquer manifestação/prática que envolva o uso de animais, desde que tida como manifestação cultural (nos termos da própria CF e da legislação específica que a regulamenta), não gerando infração ao disposto no inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da CF (SARLET, 2017, *online*).

Nesse aspecto, ao se elevar a Vaquejada à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial (Lei Federal 13.364/2016), percebe-se que os parlamentares, através da reforma constitucional (inclusão do parágrafo 7º ao artigo 225, da CF), excluíram a possibilidade de as referidas práticas serem consideradas cruéis, mesmo que de fato a crueldade seja intrínseca à realização da atividade, o que demonstra a latente incongruência do novo texto constitucional.

Ademais, atribuindo tal liberalidade ao legislador infraconstitucional, defere-se que este tenha "relativamente ampla liberdade de conformação em inclusive ampliar tal espectro, ainda que a legislação deva, nos termos do novo dispositivo constitucional, assegurar o bem-estar dos animais" (SARLET, 2017, *online*).

E foi o que efetivamente ocorreu por meio da edição da Lei Federal nº 13.873/2019, a qual incluiu, além da previsão da Vaquejada e do Rodeio, as atividades de Laço dentre as práticas consideradas manifestações culturais nacionais, sendo elevada à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro (artigo 1º, da Lei Federal nº 13.873/2019).

Toda a situação acima destacada se configura como uma tentativa de o Congresso Nacional superar, por meio de atuação legislativa, a

[7] Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

jurisprudência do STF, o que se denomina "reversão jurisprudencial". No ponto, frisa-se a possibilidade de o Poder Legislativo agir de tal forma, evitando-se a ocorrência do inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição (mutação constitucional pela via legislativa), em que o Poder Legislativo pode legislar em sentido diverso e, inclusive, contrário, à decisão exarada pelo STF[8], sob pena de, em sendo vedada essa atividade, ocorrer a petrificação da evolução social (LENZA, 2017, p. 338).

Sob esse aspecto, a EC nº 96/2017 é um exemplo do que a doutrina denomina de "efeito *backlash*". O efeito *backlash*[9] consiste em uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas (em geral, do parlamento) diante de uma decisão de cunho liberal tomada pelo Poder Judiciário em face de um determinado tema polêmico, como é o caso da Vaquejada[10].

Esse efeito pode ocorrer, a título exemplificativo, quando existir uma matéria que divida a opinião pública e o Poder Judiciário proferir uma decisão liberal de vanguarda no que toca à defesa dos direitos fundamentais e, como parte da população ainda não está conscientemente madura a respeito do tema, a camada conservadora da sociedade critica de forma intensa a referida decisão judicial. Nesse cenário, o grupo político conservador consegue aprovar leis e outras medidas contrárias à decisão

---

[8] Não foi somente no caso da Vaquejada que houve reação por parte do Congresso. Após a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 9.504/97, que tratavam do uso do Fundo Partidário e do uso da propaganda eleitoral gratuita por partidos novos, o Congresso aprovou a Lei nº 12.875/2013, que trazia conteúdo idêntico ao da lei anteriormente declarada inconstitucional (SANTANA, 2017, p. 12).

[9] "*Backslash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of law crashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy*" (POST, 2015, p. 13).

[10] Algo semelhante ocorreu nos Estados Unidos após o julgamento do caso *Furman v. Georgia*, em 1972. No referido caso, a Suprema Corte americana havia entendido que a pena de morte era incompatível com a oitava emenda da constituição norte-americana. Após um grupo conservador obter a maioria dos votos nas eleições seguintes, estes conseguiram aprovar diversas leis aumentando o rigor da legislação penal, inclusive ampliando as possibilidades de aplicação de pena de morte (KLARMAN, 2011, *online*).

liberal, ocasionando, muitas vezes, um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa até mesmo pior do que a anterior à decisão judicial.

Ainda que não seja o objetivo desta abordagem, destaca-se que a problemática em tela poderia ser amenizada por meio da realização de audiências públicas, de modo que, não somente os cidadãos afetados pela possível decisão, como também a sociedade (como um todo), pudessem expor sua opinião e, conforme leciona Sunstein, construir, de forma positiva, um consenso[11] (a fim de se evitar decisões políticas que sejam contraditórias ao texto constitucional).

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 96/2017 EM FACE DO DESRESPEITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O parágrafo 7º, do artigo 225, da CF, introduzido pela EC nº 96/2017, dispõe que:

> Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

O referido dispositivo constitucional, em outras palavras, passou a prever que práticas desportivas que utilizam animais não são consideradas cruéis, desde que se configurem como manifestações culturais, como é o caso da Vaquejada, a qual foi elevada ao *status* de manifestação cultural pela Lei nº 13.364/2016. Contudo, vale observar que o fato de a atividade ser tratada legislativamente como manifestação cultural não elimina, por si só, a crueldade sofrida pelos animais por meio dessa prática.

Desse modo, o referido acréscimo legislativo não tem o condão de desconsiderar a Vaquejada como atividade que expõe os animais envolvidos

[11] "Well-functioning legal systems often tend to adopt a special strategy for producing agreement amidst pluralism" (SUNSTEIN, 1995, *online*).

à crueldade. O fato de a lei mencionar de forma expressa que essas práticas não são consideradas atos cruéis contra os animais não supera a conclusão dos laudos técnicos em sentido contrário, que comprovam que a Vaquejada provoca consequências nocivas à saúde dos animais participantes.

Ainda, importa referir que a Lei Federal nº 13.873/2019 acrescentou o artigo 3º-B, primeiro e segundo parágrafos, à Lei Federal nº 13.364/2016, passando a dispor que regulamentos devem estabelecer regras que assegurem a proteção ao bem-estar animal e prever sanções para os casos de descumprimento. Observa-se, dessa forma, que o bem-estar animal teve seu tratamento relegado a singelos regulamentos, sem maior disciplina no corpo da referida lei. Nota-se, assim, que o problema envolvendo a crueldade dos animais por meio da prática da Vaquejada não foi solucionado e segue existindo. A bem da verdade, mesmo que se adotem certos cuidados para tentar preservar o bem-estar animal, essas condutas serão meramente paliativas, pois o sofrimento dos animais é intrínseco à Vaquejada da forma como é executada.

Não é crível, assim, que apenas o registro da atividade e a regulamentação por meio de lei específica sejam suficientes para afastar a ocorrência de crueldade com os animais na prática da Vaquejada. Portanto, certamente essa não foi a melhor escolha política adotada pelo Congresso Nacional, considerando que a proteção às manifestações culturais prevaleceu em detrimento da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem que fosse apresentado embasamento jurídico mais aprofundado que justificasse tal escolha.

Nesse ponto, interessante trazer à lume a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a qual tenta solucionar, de forma teórica, a questão da colisão entre direitos fundamentais, como ocorre no caso sob análise. A referida teoria entende como método de solução do conflito existente entre dois direitos fundamentais a ponderação do peso abstrato dos direitos envolvidos, aplicando-se a lei de colisão.[12]

---

[12] Quando dois princípios forem considerados equivalentes em abstrato, terá prevalência, no caso concreto, aquele que tiver maior peso diante das circunstâncias, não havendo que se falar na atribuição de prioridade absoluta de um sobre o outro.

O aludido autor refere que "se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder." Prossegue, referindo que essa situação não significa, contudo, "nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições". Por fim, sustenta que o conflito entre direitos fundamentais deve "ser resolvido "por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes". O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível- tem maior peso no caso concreto" (ALEXY, 2008, p. 93 – 95).

Ainda quanto à temática, José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que:

> Os chamados limites imanentes são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie,* cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia (CANOTILHO, 1993, p. 609).

Nesse passo, para a edição da EC nº 96/2017, o Congresso Nacional deveria, por meio de argumentação mais intensa e aplicação da técnica da ponderação de direitos fundamentais, ter demonstrado por qual motivo o direito fundamental à manifestação cultural prevaleceu em detrimento do direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado.

Diante do exposto, surge um questionamento: seria a EC nº 96/2017 inconstitucional, por violar um direito fundamental de terceira dimensão, qual seja, o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, traduzido pela proibição de crueldade com os animais?

Na hipótese de reversão jurisprudencial por meio de reação legislativa proposta por emenda constitucional (manifestação do poder constituinte derivado), a invalidação somente poderá ocorrer nos restritos casos de violação aos limites previstos no artigo 60, e seus parágrafos, da CF.

No tocante à manifestação do Poder Constituinte Derivado, vale referir que:

> A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60, da CF (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais (LENZA, 2017, p. 338-339).

Desse modo, conclui-se que o controle judicial de emenda constitucional só pode se operar sobre os limites ao poder de reforma fixados pela própria Constituição Federal.

Em síntese, se o Congresso Nacional editar uma emenda constitucional procurando modificar a interpretação dada pelo STF para determinado tema, como na presente hipótese, essa emenda somente poderá ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte se ofender uma cláusula pétrea ou o processo legislativo para edição de emendas.

Dispõe o art. 60, parágrafo 4º, da CF, que não será permitida a edição de emenda constitucional tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. Os incisos acima citados compreendem as chamadas "cláusulas pétreas", ou seja, as situações constitucionais que não comportam modificação, mesmo que por emenda constitucional.

A problemática, no entanto, consiste em enquadrar a proibição de que os animais sofram tratamento cruel, prevista no artigo 225, §1º, VII, da CF, como um direito ou garantia individual (artigo 60, §4º, IV, CF). Não obstante, é possível sustentar o referido enquadramento, levando em consideração ser o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental de terceira dimensão, que não pode ser abolido e nem restringido, ainda que por emenda constitucional.[13]

---

[13] De acordo com tal entendimento, "o direito fundamental ao ambiente não admite retrocesso ecológico, pois está inserido como norma e garantia fundamental de todos, tendo aplicabilidade imediata, consoante art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, da Constituição" (MORATO LEITE, 2007, p. 198).

A partir de tal afirmativa e, de acordo com o que foi exposto no primeiro capítulo do presente estudo, tem-se que os deveres ecológicos são permeados de uma "natureza defensiva (não fazer) e prestacional (fazer), de modo que a tutela ao bem jurídico, no âmbito jurídico-constitucional, seja completa (isenta de lacunas) e preventiva (princípio da precaução)" (SARLET *et al.*, 2017, p. 729). Nesse aspecto, a partir da análise do núcleo essencial da proteção do ambiente como direito fundamental, "tais direitos e deveres encontram-se protegidos contra-reformas (constitucionais ou legislativas) que objetivem a supressão ou esvaziamento do seu conteúdo" (SARLET *et al.*, 2017, p. 730).

Assim, medidas que visem à limitação da proteção ambiental, como é o caso da EC nº 96/2017, não devem ser aprovadas, diante do *status* de cláusula pétrea conferida ao bem jurídico ambiental (direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a consequente proteção da fauna e da flora), bem como em razão da garantia constitucional de proibição do retrocesso socioambiental. O reconhecimento da proteção ambiental como cláusula pétrea concede um "valioso atributo de durabilidade" à proteção ambiental no âmbito do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, que "funciona como barreira à desregulamentação e a alterações ao sabor de crises e emergências momentâneas, artificiais ou não" (BENJAMIN, 2007, p. 79).

Limitar a proteção ambiental demonstraria o desmoronamento do Estado Socioambiental de Direito[14], tendo em vista que "acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das cláusulas pétreas" (SARLET *et al.*, 2017, p. 731).

Diante dos argumentos acima destacados, infere-se que há substancial inconstitucionalidade na EC nº 96/2017, ao menos na forma como redigida, de tal sorte que "uma alternativa — talvez a mais apropriada — seria a de promover uma interpretação e aplicação em sintonia com

[14] "Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável". (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 317)

a proibição constitucional categórica de crueldade com os animais" (SARLET, 2017, *online*). Nesse sentido, caso haja questionamento judicial acerca da constitucionalidade da referida emenda constitucional, caberá à Corte Suprema fazer essa análise. Todavia, equivocam-se aqueles que acreditam que a provável decisão culminará no mesmo desfecho da ADI nº 4.983/CE, pois tal conclusão merece ponderar duas circunstâncias.

A primeira delas diz respeito ao fato de que, no presente momento, já houve expressa manifestação de vontade do Congresso Nacional, que é composto por representantes eleitos pelo povo, em permitir a prática da Vaquejada. A referida vontade foi consagrada por meio da elaboração de uma emenda constitucional, a qual possui quórum qualificado de aprovação - votação de três quintos dos membros, em dois turnos, em ambas as casas legislativas (artigo 60, §2º, CF).

A segunda circunstância diz respeito à votação apertada do tema pelo STF quando da análise da ADI nº 4.983/CE, que recebeu 6 votos favoráveis à inconstitucionalidade da Vaquejada e 5 votos contrários, aliado ao fato de que a composição do STF já sofreu alteração após o referido julgamento, com o ingresso do Ministro Alexandre de Moraes no lugar do falecido Ministro Teori Zavascki.

Assim, em que pese o STF já tenha se manifestado de forma contrária à prática da Vaquejada (no ano de 2016), existem novas circunstâncias que podem alterar o referido entendimento em uma eventual e futura análise acerca da constitucionalidade da EC nº 96/2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou tecer considerações a respeito da (in) constitucionalidade da EC nº 96/2017, a partir dos argumentos jurídicos utilizados na ADI nº 4.893/CE, analisando-se a necessária proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito de terceira dimensão), traduzido pela proibição da crueldade aos animais, como cláusula pétrea. A abordagem foi feita com base na análise a respeito da colisão entre os direitos fundamentais da manifestação cultural (art. 215, §1º, da CF) –

prática da Vaquejada - e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, §1º, VII, da CF) – vedação de práticas que submetam os animais à crueldade.

A fim de permitir uma melhor compreensão sobre o tema, inicialmente, fez-se uma breve abordagem sobre o julgamento da ADI nº 4.983/CE, explanando os argumentos contrários e favoráveis à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.299, do Estado do Ceará, que buscava regulamentar a prática da Vaquejada. Destacou-se que a declaração de inconstitucionalidade ficou restrita à lei cearense, o que permitiu que o Congresso Nacional editasse a Lei Federal nº 13.364/2016, elevando a Vaquejada à condição de manifestação da cultura nacional e do patrimônio cultural imaterial, bem como alterasse a Constituição Federal, através da EC nº 96/2017, por meio da inclusão do parágrafo sétimo no artigo 225, da CF, tornando legítima e não cruel as práticas que envolvam o uso de animais, desde que reconhecidas como manifestações culturais.

Através da exposição dessa linha do tempo fática, constatou-se a ocorrência do efeito *backlash*, que consiste na reação conservadora das forças políticas diante de uma decisão liberal tomada pelo Poder Judiciário quando do julgamento de tema polêmico, como é o caso da Vaquejada. Nesse aspecto, ainda que legítimo o proceder do Congresso Nacional, questionou-se sua adequação com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, traduzido pela proibição de crueldade aos animais (proteção da fauna), como um direito fundamental de terceira dimensão, que não pode ser abolido nem restringido, ainda que por emenda constitucional, por ser considerado como cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º, IV, da CF).

A prática da Vaquejada, indubitavelmente, expõe à crueldade os animais que dela participam, conforme restou demonstrado por meio de laudos técnicos que constataram a presença de fraturas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamentos de articulações. Assim, o reconhecimento da proteção ambiental como cláusula pétrea, de modo a assegurar o Estado Socioambiental de Direito, tem por uma de suas funções barrar eventuais alterações legislativas que

sejam prejudiciais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em observância ao princípio da precaução e da vedação ao retrocesso ambiental, mesmo quando, do outro lado, esteja havendo colisão com outro direito fundamental, como é o caso da manifestação cultural.

Por derradeiro, considerou-se que há substancial inconstitucionalidade na EC nº 96/2017, ao menos no estado em que a arte se encontra. Todavia, ainda que o STF já tenha se posicionado a favor da inconstitucionalidade de práticas culturais que venham a expor animais à crueldade, deve-se atentar para o fato de que o julgamento da ADI nº 4.983/CE foi apertado (6 votos favoráveis e 5 contrários), havendo, inclusive, nova composição na Corte Suprema. Ademais, necessário também se considerar que o Congresso Nacional, como representante da vontade popular, aprovou emenda constitucional respeitando o quórum qualificado necessário para aprovação, o que poderá vir a influenciar o entendimento dos magistrados em uma eventual e futura análise acerca da constitucionalidade da referida emenda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA. *Regulamento Geral da Vaquejada*. Disponível em: <https://drive.google.com/open?id=1J38Zil0uY MCqa1IC9umCXf3cwB dUppbF>. Acesso em: 06 de junho de 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In* CANOTILHO, J. J. Gomes. LEITE, Jose Rubens Morato (orgs). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2007.

BEZERRA, José Euzébio Fernandes. *Retalhos do meu sertão.* Rio de Janeiro: Leão do Mar, 1978.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.364, de 29 de novembro de 2016.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.873, de 17 de setembro de 2019.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13873.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE*. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 06 de outubro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASCUDO, Luís da Câmara. *A Vaquejada nordestina e sua origem*. Natal: Fundação José Augusto, 1976.

CRUZ, Branca Martins da. Importância da Constitucionalização do Direito ao Ambiente. *In:* BONAVIDES, Paulo, et al. (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Cesar Asfor Rocha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash. In: Hart Lecture at Georgetown Law Center*, march 31, 2011. Disponível em: <http://tinyurl.com/bz4cwqk>. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORATO LEITE, José Rubens. Sociedade de risco e Estado. *In:* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitucionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, p. 376. *In:* BOLONHA, Carlos; *et al*. Os direitos fundamentais, a argumentação do STF e o desafio de uma teoria institucional. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. vol 8, p. 155-182, ago/2015, p. 13)

SANTANA, Heron; *et al*. Direito animal e a instabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 88/2017, pp. 183-200, out/dez, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015. p. 73.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil – o caso da EC 96/2017*. São Paulo: Consultor Jurídico (Conjur), 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-

fundamentais-protecao-constitucional-animais-ec-962017>. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*, vol. 108, nº 7, p. 1733, 1995. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299 5488>. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

Isabelle Almeida Vieira

Mestranda em Direito, Bolsista do CNPq, na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.
Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.
Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.
Advogada.

Pedro Ricardo Lucietto Piccinini

Mestre em Direito, Bolsista da CAPES, na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.
Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.
Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.
Advogado.

DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS E A POSSE DE MÁ-FÉ

Ivo Waisberg

DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS E A POSSE DE MÁ-FÉ*

RIGHT OF RETENTION AND THE POSSESSION FOR BAD FAITH

Ivo Waisberg

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o direito de retenção no âmbito do direito material, bem como examinar a posição do possuidor de má-fé frente a este instituto. Para tanto, apresenta-se, inicialmente, o conceito, a origem e o histórico do direito de retenção, abordando, posteriormente, a evolução desse instituto nas legislações brasileiras e delimitando os requisitos para o seu exercício, destacando-se o da boa-fé, previsto no artigo 1.220 do Código Civil. Por fim, diante de tais requisitos, sobretudo o da boa-fé, busca-se analisar, à luz do princípio da equidade, se o direito de retenção assiste o possuidor de má-fé.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO DE RETENÇÃO. POSSE. BOA-FÉ. POSSE DE MÁ-FÉ.

ABSTRACT

This article intends to analyze the right of retention in the sphere of the substantive law, as well as to examine the position of the possessor in bad faith in view of the mentioned institute. For this purpose, initially a presentation is made regarding the concept, origin and history of the right of retention, later approaching the evolution of this institute as per Brazilian law and delimiting the requirements for its application, highlighting the general need of good faith provided for in article 1.220 of Brazilian Civil Code. At last, in face of these requirements, especially the need to act in good

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

faith, it seeks to analyze, in light of the principle of equity, if the right of retention assists the possessor in bad faith.

KEYWORDS: *RIGHT OF DETENTION. POSSESSION. GOOD FAITH. POSSESSION IN BAD FAITH.*

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a analisar o direito de retenção no âmbito do direito material de forma a delimitar os requisitos para o seu exercício. Pretende também apresentar a posição do possuidor de má-fé frente ao instituto.

O direito de retenção é uma figura jurídica que sempre causou grandes divergências doutrinárias, (FONSECA, 1944, p. 9) seja por sua complexidade, por sua importância social ou mesmo pela falta, em nosso ordenamento, de uma regulação geral para o instituto.

Não são poucas as vezes em que o possuidor, de boa ou de má-fé, vê-se compelido a devolver ao proprietário, em razão da reivindicação, o bem possuído, tendo no mesmo realizado benfeitorias. O direito de retenção é, quando possível sua utilização, o único meio eficiente de defesa para este possuidor.

Em razão disto, o *jus retentionis* é um instrumento de suma importância para a consecução do fim almejado pelo Direito, a regulação justa das relações sociais.

2. HISTÓRICO

O direito de retenção passou a tomar as feições que o individualizam no direito romano. No tempo do *jus strictum*, anterior ao processo formulário, o possuidor não poderia opor qualquer exceção contra o reivindicante, em razão do rigor do citado procedimento. (LIMA, 1995, p. 23)

Seu surgimento data do período do processo *per formulas.* O pretor, então, para garantir a equidade, em situações que justificassem a retenção, permitia ao possuidor, em razão de crédito conexo com a reivindicação, que opusesse ao pedido reivindicatório uma *exceptio doli generalis* (MOREIRA ALVES, 1972, p. 58). Por meio da *exceptio doli* o autor alegava o direito de retenção, sendo que somente no período pós-

clássico, na *extraordinaria cognitio* é que *o jus retentionis* se distingue dela, recebendo caracteres próprios de meio de defesa indireto. (MOREIRA ALVES, 1972, p. 58)

José Carlos Moreira Alves aponta as seguintes características do direito de retenção no direito romano: a) que o retentor já detivesse a coisa; b) que possuísse direito de crédito contra o proprietário; c). a existência de conexidade entre o crédito e a coisa e; d) a inexistência de convenção ou dispositivo legal que afastasse o direito de retenção. (MOREIRA ALVES, 1972, p. 57)

Conforme se vê, dentre os requisitos apontados não estava presente a boa-fé do possuidor, que é um requisito presente em nossa legislação.

3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O direito de retenção já pode ser encontrado nas ordenações do Reino de Portugal, em razão de despesas necessárias e proveitosas. (Liv. 4, Tit. 54, §.1 e Tit. 95, §1).

No Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas, o §6º do artigo 3.934 possibilitava ao réu de ação reivindicatória opor exceção alegando ter direito de reter a coisa reivindicanda por benfeitorias e despesas, a cujo pagamento o autor estava obrigado. O artigo 3.969 dava direito ao possuidor de boa-fé de reter a coisa até que indenizado pelas despesas úteis e necessárias, que por sua vez vinham conceituadas no artigo 3.968.[1]

---

[1] Art. 3.934. A Reivindicação fundada em direito de possuir verdadeiro (ar. 3.917), o réu pode opor as seguintes exceções:
6º Que tem direito de retê-La por benfeitorias e despesas, a cujo pagamento o autor está obrigado.
Art. 3.968. São despesas necessárias ou úteis a bem da coisa reivindicada, a cuja indenização o réu tem direito (artigo 3.959, nº 4).
1º O pagamento de foros e impostos atrasados do imóvel reivindicado.
2º O pagamento de hipotecas que já p oneravam ao tempo em que entrou na posse dêle.
3º As despesas a deduzir dos frutos pendentes (artigo 3.964).
4º Os dinheiros e materiais convertidos em benfeitorias necessárias ou úteis da coisa reivindicada, se estas existirem ao tempo da restituição (art. 905).
Art. 969. Até que seja indenizado das despesas necessárias ou úteis a bem da coisa reivindicada (art. 3.968), o réu terá direito de retê-la, e poderá opor a retenção antes da sentença (art. 3.934, nº 6), ou na execução.
Condenado a restituir duas ou mais coisas, e só tendo feito despesas a bem de uma delas; essa únicamente terá direito de reter, e não a outra ou as outras.

O Código Comercial de 1850 ao regrar a evicção na compra e venda mercantil, garante ao comprador o direito de retenção da mercadoria até que seja indenizado pelas benfeitorias nela realizadas.[2]

O Código Civil de 1916 contemplava expressamente o direito de retenção no livro II Direito das Coisas, título I (Da Posse) Capítulo III (Dos Efeitos da Posse), artigo 516. Dispõe o referido artigo:

> **Art. 516. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, ao de levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis poderá exercer o direito de retenção.**

Assim, o direito de retenção é tido na legislação como um efeito da posse, mas, como se verá mais adiante, somente da posse de boa-fé.

No capítulo referente às acessões (Livro III, Título III (Da propriedade), Capítulo II (Da propriedade Imóvel, artigos 1.248 até 1.259), o diploma civil não trazia menção expressa ao direito de retenção.

O Código Civil de 2002 manteve redação parecida, dispondo:

> **Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, ao de levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.**
>
> **Art. 1.220 Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.**

---

[2] Art. 216. O comprador que tiver feito benfeitorias na coisa vendida, que aumentem o seu valor ao tempo da evicção, se esta se vencer, tem o direito a reter a posse da mesma coisa até ser pago do valor, das benfeitorias por quem pertencer.

Como se vê, as leis foram expressas ao negar ao possuidor de má-fé o direito de retenção.[3] [4]

4. O CONCEITO DO DIREITO DE RETENÇÃO E SEUS REQUISITOS

Consiste o direito de retenção no direito do possuidor de boa-fé de reter a coisa até que seja ressarcido das benfeitorias úteis e necessárias que realizou na coisa. Ensina J. M. Carvalho de Mendonça que:

> **O direito de retenção consiste em poder o possuidor conservar a coisa em seu poder, até ser embolsado das despesas, a que tem direito pelas benfeitorias necessárias e úteis.**
>
> **O direito de retenção é um prolongamento da detenção anterior de uma coisa além do momento em que, pelo título originário, deveria cessar, exigindo, pois, como condição indispensável para o seu exercício que a mesma coisa se encontre em poder do detentor, ou, pelo menos, à disposição dele. (MENDONÇA, 1937, p. 220-221)**

Também Maria Helena Diniz expõe:

> **O jus retentionis é um meio direto de defesa que a lei, excepcionalmente concede ao possuidor para conservar em seu poder coisa alheia além do momento em que deveria devolver, como garantia de pagamento das despesas feitas com o bem.**
>
> **Permite que o possuidor se oponha à restituição da coisa até ser pago, o que se justifica em razão da eqüidade, que não se compraz com o fato do possuidor devolver o bem para somente depois ir reclamar o que lhe é devido.**

---

[3] As leis especiais, de locação (Lei nº 8.245, de 1991) e do parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766 de 1999), contém dispositivos específicos no sentido de assegurar a indenização por benfeitorias, com direito a retenção, em ambas hipóteses para aquelas necessárias, ou, quando autorizadas previamente, as úteis.

[4] Contudo, se no caso dos contratos de locação, se aceita a cláusula de não indenizar (artigo 35, Lei nº 6.766/1999), inclusive com o prestígio da Súmula 335 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o mesmo não sucede naqueles voltados a incorporação imobiliária (artigo 34, Lei nº 6.766/1999). Afinal, não se pode equiparar locatário com adquirente, ainda que inadimplente.

> **O possuidor de boa fé, privado do bem em favor do reivindicante ou evictor, tem, pelo art. 516 do Código Civil, direito de ser indenizado das benfeitorias necessárias (que são as que visam conservar a coisa ou evitar que ela se deteriore - CC, art. 63 § 3º) e úteis (que pretendem aumentar ou facilitar o uso do bem - CC, art. 63 § 2º); de levantar, desde que não danifique a coisa, as voluptuárias (que, segundo o art. 63 § 1º, do CC, são as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor) e de exercer o direito de retenção, pelo valor das benfeitorias necessárias ou úteis. (CPC, art, 744; STE, Súmula 158). (DINIZ, 1994, p. 73)**

Medeiros da Fonseca, em obra insuperável sobre o tema, assim define o direito de retenção:

> **Faculdade, concedida pela lei ao credor, de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detenha legitimamente, além do momento em que a deveria restituir se o seu crédito não existisse, e normalmente até a extinção deste. (FONSECA, 1944, p. 112)**

Condição legal para o exercício do direito de retenção[5] em nossa legislação, é que o possuidor esteja de boa-fé. Antes de analisarmos no que consiste esta boa-fé e sua real exigência, discorreremos brevemente sobre os outros requisitos do direito de retenção.

Na lição de Washington de Barros Monteiro (1995, p. 68),[6] são requisitos da retenção: 1) a detenção da coisa, 2) a existência de um crédito do retentor e 3) a relação de causalidade entre o crédito e a coisa retida.

---

[5] Embora seja uma condição legalmente prevista e majoritariamente aceita pela doutrina e jurisprudência, não é um requisito pacífico, tendo se levantado contra ele o Professor Alvino Lima, com as objeções que serão analisadas mais adiante detalhadamente.

[6] "Não são taxativos os casos em que prevalece esse direito, mas é fora de dúvida que o mesmo deve ser aplicado com reserva a extremos de prudência, não sendo lícito ao juiz, como ensina ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, atribuir direito de retenção a quem quer seja, cabendo-lhe apenas declarar se justa ou injusta, legal ou ilegal a retenção exercida. A retenção é direito negativo. Consiste na faculdade de sustar a entrega da coisa, até que se indenize o retentor. Estes os seus pressupostos: a) — a detenção da coisa; b) — a existência de um crédito do retentor; c) — a relação da causalidade entre esse crédito e a coisa retida."

A detenção da coisa é essencial, pois se já houver devolvido a coisa, o possuidor somente poderá valer-se da indenização (FULGÊNCIO, 1980, p. 185)[7]. No caso de imóvel, deve o possuidor estar imitido na posse do mesmo para exercer seu direito permanecendo ali até o pagamento das benfeitorias.

A existência do crédito é um requisito óbvio. É necessário que tenham sido realizadas as benfeitorias e que exista um crédito líquido e certo (PONTES, 1978, p. 215)[8].

A relação de causalidade exige que o crédito seja conexo com a retenção, isto é, deve ser originário da posse exercida no bem a ser restituído.

De modo absolutamente distinto é o tratamento dispensado às benfeitorias eventualmente feitas em bens públicos: não se cogita de indenização. No caso, por que a Súmula 619 também do Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece que "a ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias".

Ademais, o direito de retenção não é absoluto, na medida em que encontra limites dentro da ordem jurídica, especialmente em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa, bem como da própria boa-fé objetiva. Neste sentido, a jurisprudência já reconheceu que a retenção não pode se dar

---

[7] "a) O direito de retenção não é mais que uma recusa legítima de restituição: o possuidor não é obrigado a abrir mão da coisa possuída em virtude de ação real ou pessoal intentada contra si. b) ausência do direito de seqüela: se o possuidor perde a posse, nenhum outro meio tem de retomar a posse."

[8] "A existência da dívida líquida, certa e exigível não pode realmente deixar de constituir condição essencial para que se legitime o exercício do direito de retenção, porque sem essa cautela a permissão outorgada ao oficial mecânico, de reter as coisas que lhe são entregues para conserto, degeneraria em abuso e valeria mesmo por um outorga legal de esbulho de alheio, sujeito a perpetuar-se, pela impossibilidade do proprietário fazer o pagamento ou o depósito da dívida, não só devido à indeterminação deste até a um limite que tornasse impraticável o seu resgate. E a lei, evidentemente, não quis atribuir ao credor este privilégio absurdo de fixar arbitrariamente o quantum do seu crédito e de ter assegurado o pagamento integral do mesmo pela antecipada e indefinida retenção do bem a ele confiado, de boa-fé."

de forma perene e indeterminada, bem como que não cabe ao possuidor de boa-fé que retém a coisa, usufruir da coisa ou perceber seus frutos.[9]

5. A BOA-FÉ E O DIREITO DE RETENÇÃO

O mais complexo e discutível requisito do direito de retenção, no caso de benfeitorias, é a boa-fé do possuidor. Embora seja elemento expresso no artigo 1220 do Código Civil, não é exigido em boa parte das legislações e, a justificativa dessa exigência encontra seus opositores.

Cumpre, em primeiro lugar, ainda que de forma sintética, uma análise do que consiste a posse de boa-fé. Dispõe o artigo 1.201 do Código Civil:

> **Art. 1.201 É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa**

A ignorância pelo possuidor do vício que existe na sua posse é a baliza para a determinação da boa-fé.

Duas correntes existem doutrinariamente para justificar a boa-fé em se tratando de posse: a primeira, dita psicológica, sustenta que a boa-fé consiste na falta de intenção de lesar o direito de outrem, isto é, somente na ignorância do vício. A segunda entende que é necessária a existência de um título, ainda que nulo, que justifique a posse, pois ninguém pode acreditar estar com a posse de forma juridicamente correta se não possui ao menos um título para justificá-la.

Defensor da primeira corrente, numa análise do artigo 490 do Código Civil de 1.916, expôs Arnoldo Medeiros:

> **Em nosso direito, assim, não é possível ir além, parecendo que o Código, ao conceituar a posse de boa-fé, em seu art. 490, sofreu a influência predominante do direito canônico, no qual**

[9] STJ, REsp 613.387-MG, Rel. Nancy Andrighi, J. 02/10/2008.

> **se acentuou o caráter ético de boa-fé, transcurando-se, por vêzes, o elemento material da justa causa, que se afirmava no título, apoiada, a construção jurídica da posse de boa-fé, como observou WALTER D'AVANZO, principalmente sôbre a falta de conhecimento dos vícios da posse, de modo a poder considerar-se de boa-fé o possuidor que não sabia que a coisa, objeto de sua posse, pertencia a outrem, não obstante a inexistência de título, enquanto que, se o possuidor tivesse notícia do direito alheio, isso bastava para ser considerado de má-fé, apesar de se haver a sua posse iniciado legitimamente.**
>
> **Essa mesma conclusão fôra explícitamente sustentada por LAFAYETTE, em face do direito anterior.**
>
> **O que o Código estabelece, no parág. Único do art. 490, é apenas uma presunção juris tantum de boa-fé, que, quando a posse se basear em justo título, só cederá diante da prova contrária, não se podendo, para êsse efeito, como justificação de boa-fé, interpretar tal referência a título com rigor maior do que o adotado em face de outras legislações que a êle expressamente aludem como condição da própria boa-fé. O título nulo ou mesmo putativo há de bastar para que a presunção de boa-fé se estabeleça. (MEDEIROS, 1944, p. 220)**

Na defesa da segunda corrente, majoritária, posicionou-se Miguel Maria de Serpa Lopes:

> **Como já o dissemos, pelo sistema vigente em nosso direito, a aquisição da propriedade, tanto mobiliária como imobiliária, precípuamente esta última, exige, para sua perfectibilidade jurídica, um título, e mais ainda uma publicidade. Por conseguinte, ninguém pode-se dizer possuidor de boa-fé, sem estar amparado por uma justa causa jurídica, a qual, na quase totalidade das vêzes, consiste no título legítimo. A ignorância do possuidor que produz o seu estado de boa-fé assenta no não conhecimento do vício ou obstáculo decorrente do título, quer**

> **quanto à substância, quer quanto à forma. (SERPA LOPES, 1964, p. 142)** [10]

Sob este prisma, bem conceituou a posse de boa-fé, seguindo a lição de Montel, Octávio Moreira Guimarães:

> **Desde que o possuidor acredite na existência do título e êsse seu pensamento derive de um êrro escusável, sua posse há de se tornar legítima, porque fruto de uma justa causa erroris, base e argumento da boa-fé.**
>
> **Assim, para que haja posse de boa-fé, é necessário, como assinala MONTEL:**
>
> **a) que o possuidor possua no seu próprio nome;**
>
> **b) que sua posse se funde no título de per si idôneo à transferência ou à constituição do direito, mais inidôneo, na espécie, porque afetado de vícios;**
>
> **c) que, no momento da aquisição, o possuidor ignore a existência e tais vícios. (GUIMARÃES, 1953, p. 25)**

A posse de boa-fé pode até transformar-se em posse de má-fé em caso do vício que era ignorado passar a ser conhecido, nos termos do artigo 1.202 do Código Civil,[11] sendo certo que para a determinação do direito de indenização e de retenção deve-se ter em mente a natureza da posse no momento da realização das benfeitorias.

Como bem observa Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon (1999, p. 92-94), posse de boa ou má-fé não se confunde com posse justa ou injusta, dependendo aquela do elemento subjetivo e esta do elemento objetivo, isto é, ser violenta, clandestina ou precária. A posse pode ser

---

[10] San Tiago Dantas se posiciona no mesmo sentido: "De sorte que, essa diferenciação é fundamental. A posse decorre de um título; esse título é a razão jurídica em virtude da qual o possuidor se julga no direito de possuir. Todo possuidor d boa fé tem um título, tem um justo título para possuir. Não há dúvida nenhuma de que, quem estabeleceu a sua posse sem título não pode ser possuidor de boa fé. Os títulos é que podem ser válidos ou não, podendo ser anulados ou não, mas têm de existir, ao menos formalmente, para que se possa admitir a boa fé." (DANTAS, 1979, p. 64)

[11] Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

injusta e de boa-fé, ou justa e de má-fé. O que é determinante para a extensão do direito à indenização é o elemento subjetivo, boa ou má-fé.

Aliás, nessas questões a envolver financiamento imobiliário e retenção por pagamento de benfeitorias, oportuno destacar que, conforme jurisprudência do STJ, tão logo ajuizada a execução hipotecária, a posse se torna de má fé[12] como também não persiste esse direito se se cuidarem de benfeitorias realizadas por terceiros sobre o imóvel dado em garantia[13].

Por outro lado, ainda na interpretação do Tribunal da Cidadania, o direito a indenização, consequentemente o de retenção, deve ser deduzido na primeira oportunidade de oposição à propriedade ou posse, ou, na contestação. Nesse vértice, além de não ser razoável surpreender, também não é alongar o exercício de um direito já concedido.

6. A BOA-FÉ COMO REQUISITO DA RETENÇÃO E A EQUIDADE

Não obstante a expressa determinação legal da existência da boa-fé do possuidor para que seja concedido o direito de retenção, elemento este que é aceito pela majoritária doutrina,[14] o jurista Alvino Lima, em obra monográfica sobre o tema, posicionou-se em sentido contrário.

Para ele, dado que a ocorrência ou não do crédito do possuidor bem como sua valoração, tomavam como elemento a boa ou má-fé, uma vez nascido o crédito, não seria lícito novamente ter como base o elemento subjetivo para conceder ou não o direito de retenção.

Defende o citado autor que, uma vez existentes, os créditos são iguais, são um novo título diferente daquele que originou a posse e, portanto, devem ser tratados da mesma forma sob pena de afrontar-se o princípio da igualdade. Se a um é concedido o direito de retenção como forma de garantir o crédito, ao outro também o deve ser. Nas palavras do autor:

---

[12] STJ, REsp 1.399.143-MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 07/06/2016.

[13] STJ, REsp 1.762.597-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, J. 16/10/2018.

[14] Washington de Barros Monteiro, ob. cit, p. 69, Maria Helena Diniz, ob. cit. p. 72, Orlando Gomes, Direitos Reais, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 72. Clóvis Bevilaqua, Direito das Coisas, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 106.

> **Mas, se é justo que se tratem diversamente as duas categorias de possuidores, a maneira de exigir e garantir o crédito escapa à ação do princípio de boa fé [...]**
>
> **[...] Uma vez proclamado o direito de crédito do possuidor de má fé, pelo texto legal, cumpre apenas assegurar a realização deste direito, como uma de suas funções primordiais, jamais submetê-lo novamente ao princípio da boa fé, para restringir-lhe a eficácia ou sacrificar-lhe a existência.**
>
> **Delimitados, pois, os direitos de cada possuidor, em face do princípio da boa fé, urge assegurar, no mesmo pé de igualdade, o direito reconhecido, tal como foi proclamado, para que o mesmo não sucumba [...]**
>
> **[...] Existirá, por ventura, eqüidade em se negar o direito de retenção ao possuidor de má fé, depois de reconhecer-lhe o direito de indenização das benfeitorias necessárias, direito absolutamente igual e reconhecido ao possuidor de boa fé?**
>
> **Como se admitir, sob o fundamento da eqüidade, que direitos de créditos perfeitamente iguais sejam diversamente tratados, como verdadeiro ato de castigo ou vingança contra o possuidor de má fé?**
>
> **Que igualdade entre as partes pode existir, se, reconhecido o direito de crédito do possuidor de má fé, direito absolutamente igual ao do possuidor de boa fé, nega-se àquele possuidor a garantia do direito de retenção?**
>
> **Aos defensores da teoria do enriquecimento injusto objetaremos: Se é verdade que a actio de in rem verso tem por fim estabelecer o equilíbrio dos patrimônios, evitando o enriquecimento injusto, como negar a segurança deste equilíbrio, o meio seguro de evitar o enriquecimento injusto, não concedendo-lhe o direito de crédito reconhecido pela lei?** [15]

Não obstante o respeito à opinião majoritária, presa à letra da lei, concordamos com o ilustre professor. Uma vez concedido o direito

[15] ob. cit. p. 26-27 e 44-45.

de crédito ao possuidor de má-fé, regulando sua extensão em razão do princípio da boa-fé, não é razoável que, de novo, seja o elemento subjetivo o fundamento da garantia ou não do crédito por meio do direito de retenção. Como diz o próprio autor, seria como se a lei concedesse um favor, e não um direito ao possuidor de má-fé.[16]

Aliás, uma análise das definições transcritas dos Professores Carvalho Santos e Medeiros da Fonseca, que tem como objeto o instituto em si e não a nossa legislação, resta claro que o direito de retenção está ligado ao crédito, é um direito outorgado ao credor.

Assim, é o crédito que o justifica, sendo a posse um elemento necessário para o seu exercício, pois não se pode reter algo que não se possui.

Esta crítica já havia sido feita por Josserand (1951, p. 409), afirmando que seria compreensível que a lei rejeite o direito à indenização ao possuidor de má-fé, mas uma vez que não o fez, não é razoável que não lhe conceda o direito de retenção.[17]

---

[16] "Dar, consequentemente, a este direito de crédito, destinos diversos na sua execução; proteger e assegurar, de modo absoluto, o crédito do possuidor d boa fé e ao possuidor de má fé deixá-lo aos azares de uma demanda, é submeter, de novo, a execução e a segurança de um direito proclamado, a princípios que já foram o cadinho pelo qual o mesmo direito passou a ser reconhecido.
E pior: é submeter ao princípio de boa fé a garantia de um direito, para restringi-lo, e quiçá, inutilizá-lo, depois do mesmo ter sido proclamado e reconhecido em nome daquele princípio!
Se a ambos os possuidores é conferido o direito de indenização das benfeitorias necessárias, não há diferença alguma entre os possuidores nas suas relações de crédito com o proprietário. Fazer a distinção entre direitos absolutamente iguais é dar a impressão, segundo judiciosamente observa Elekes, de que o legislador concedeu, ao possuidor de má fé, não um verdadeiro direito, mas um favor." (Ob. cit., p. 92.)
E a lei não faz favores; regula situações jurídicas, conferindo direitos, na defesa do equilíbrio social.

[17] "al poseedor de mala fe despojado por La reivindicación dirigida contra él por el propietario; el pago de La indemnización a que puede tener derecho (art. 555; véase t. I, nº 1668) no está garantizado por el derecho de retención. El poseedor debe restituir primeramente; después se arreglarán las cuentas (13). Esta última solución es particularmente criticable; se comprendería en rigor que La ley rehusara toda indemnización al poseedor de mala fe, pero, desde el momento en que le concede una, deberían dársele los medios de recuperarla; que el poseedor sea de buena o mala fe, La conexión no deja por elho de existir entre La cosa y el crédito del poseedor; hay aquí debitum cum re junctum. Por lo demás, un poseedor de mala fe no es necesariamente un pícaro; puede ser un detentor o un poseedor que sabía no tener la propiedad exclusiva de La cosa (arrendatario, copropietario, etc.): La jurisprudencia se deja por un argumento de falso sentimentalismo."

Foi o que fez o legislador brasileiro em relação às acessões, isto é, concedeu o direito de crédito, a indenização, apenas àquele que construiu ou semeou de boa-fé (art. 1.255 do Código Civil).

O Código Civil diferencia várias vezes o efeito da posse entre a posse de boa-fé e a posse de má-fé, como nos artigos 1.214, 1.216, 1.217, 1.218 e 1.222.[18] Em todos esses dispositivos, direitos de cunho material foram dados ao possuidor de boa-fé e negados ao possuidor de má-fé, direitos esses que serão aplicados no cálculo de eventual indenização, ou seja, o possuidor de má-fé já está sendo punido na amplitude do direito de ser indenizado.

No caminho trilhado pelo nosso ordenamento, o Código Civil não concede o direito de retenção ao possuidor de má-fé expressamente, no caso de benfeitorias.

É preciso entender, concordando com o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 47), e neste ponto discordando do professor Alvino Lima,[19] que o fundamento do direito de retenção é a equidade.

Na situação dos possuidores, uma vez que, tanto o possuidor de boa-fé como o de má-fé são titulares de créditos, que são distintos da

---

[18] Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.
Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.
Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.
Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.
Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.
Art. 1.222. O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

[19] Entende o autor que a natureza jurídica do direito de retenção reside na aplicação da justiça privada (ob. cit., p. 39.) descartando a teoria da equidade.

relação original (do negócio subjacente à posse) tendo já a natureza da posse influído no dimensionamento deste novo título, não há equidade em se dar a um crédito um meio eficaz da retenção para garantí-lo e ao outro, exatamente igual, se negar esse meio.

Ao agir desta forma, a lei pune novamente o possuidor de má-fé e dá-se ensejo a um possível enriquecimento sem causa do reivindicante, o que contraria o ordenamento e o princípio geral de equidade, base do instituto em apreço.

Efetivamente, a boa-fé é a base e a medida da existência ou não do crédito e de sua valoração. Mas, nascido o crédito para o possuidor de má-fé, nasce uma obrigação exatamente igual àquela que existe entre o possuidor de boa-fé e o reivindicante, não sendo razoável distinguir os meios de garantir o crédito.

7. CONCLUSÃO

A legislação brasileira é expressa ao negar ao possuidor de má-fé o direito de retenção por benfeitorias. No entanto, essa negativa, uma vez que a lei concede a ambos os possuidores o direito de serem indenizados, não guarda pertinência lógica com o sistema e não segue a equidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Coisas.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BOURGUIGNON, Alvaro Manoel Rosindo. **Embargos de Retenção por Benfeitorias.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Saraiva: São Paulo, 1994. v. 4.

FONSECA, Arnoldo Medeiros. **Direito de Retenção**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

FULGÊNCIO, Tito. **Da Posse e das Ações Possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUIMARÃES, Octavio Moreira. **Da boa-fé no Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

JHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Trad. Pinto de Aguiar. Bauru: Edipro, 1998.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Bosch Y Cia Editores, 1951. v. 2, t. 2.

LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé**. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995.

MEDEIROS, Arnoldo. **Direito de Retenção**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editor, 1944.

MENDONÇA, J. M. Carvalho de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editor, 1937. v. 7.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 32. ed. Saraiva: São Paulo, 1995. v. 3.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 2.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 4.

PONTES, Tito Lívio. **Da Posse**. 2. ed. São Paulo: Leud, 1978.

RIBEIRO, Renato Ventura. Direito de retenção no contrato de empreitada. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 26, p. 229-244, abr./jun. 2006.

SANTOS, Ceres Linck dos. Natureza da obrigação de indenização de construção em terreno alheio. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 85, p. 15-38, jul./dez. 2018.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Freitas Bastos Editor, 1964. v. 6.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 5, p. 112-117.

Ivo Waisberg

Livre Docente em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.
Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.
Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.
LLM em Direito da Regulação pela New York University School of Law – NYU.
Bacharel em Direito pela PUC-SP.
Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Advogado, sócio no Thomaz Bastos, Waisberg, Kurzweil Advogados.

REGRAS DE CONFORMIDADE E REGULAÇÃO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A GOVERNANÇA CORPORATIVA NA SAÚDE PRIVADA DO BRASIL

José Luiz Barbosa Pimenta Junior

REGRAS DE CONFORMIDADE E REGULAÇÃO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A GOVERNANÇA CORPORATIVA NA SAÚDE PRIVADA DO BRASIL*

COMPLIANCE AND REGULATION RULES: BRIEF NOTES ON CORPORATE GOVERNANCE IN PRIVATE HEALTH IN BRAZIL

José Luiz Barbosa Pimenta Junior

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a possibilidade da aplicação conjunta das regras de conformidade e dos instrumentos de Regulação do Estado, como forma de construção de um sólido modelo de governança corporativa no segmento de saúde privada no Brasil. Em consequência, cuida-se de investigar se as regras ditadas pelo sistema regulatório da saúde privada no Brasil se mostram suficientes para o atingimento de padrões razoáveis de integridade, considerando a premissa que importa aos sujeitos deste segmento econômico estar em conformidade com a Lei. Em assim agindo, terão as corporações maior proveito e melhores resultados, em um ambiente empresarial que valoriza a conduta ética nas relações de mercado.

PALAVRAS-CHAVES: CONFORMIDADE. INTEGRIDADE. SAÚDE. REGULAÇÃO.

ABSTRACT

The current essay aims at analyzing the possibility of the joint application of the compliance rules and Public Regulatory instruments, as a way of building a solid

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

corporate governance model in the segment of private health care in Brazil. For this purpose, it investigates if the rules dictated by the regulatory system of private health care in Brazil are sufficient to achieve reasonable standards of integrity, considering the premise that it is better for the subjects of this economic segment to be in accordance with the Law. In this way, corporations will have greater advantage and better results in a business environment that values ethical conduct in market relations.

KEYWORDS: *COMPLIANCE. INTEGRITY. HEALTH. REGULATION.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a possibilidade da aplicação conjunta das regras de conformidade e dos instrumentos de Regulação do Estado, como forma de construção de um paradigma de governança corporativa no segmento de saúde privada no Brasil. Em consequência, cuida-se de investigar se as regras ditadas pelo sistema regulatório da saúde privada no Brasil se mostram suficientes para o atingimento de padrões razoáveis de integridade, considerando a premissa que importa aos sujeitos deste segmento econômico estar em conformidade com a Lei. Em assim agindo, terão as corporações maior proveito e melhores resultados, em um ambiente empresarial que valoriza a conduta ética nas relações de mercado.

A estruturação deste artigo se prendeu a ordenar os capítulos, de modo a melhor promover o entendimento das linhas mestras do temário regulação e conformidade no segmento de saúde privada no Brasil, partindo-se dos conceitos estruturais utilizados no presente estudo, em especial, os atinentes aos termos *Compliance, Governança Corporativa e Integridade e Conformidade*.

No segundo capítulo, buscou-se analisar os elementos do Sistema de Regulação do Estado, com ênfase na intervenção do Estado na economia, traçando-se, inclusive, o marco histórico que se originou do eixo de privatização de ativos públicos perpassando pelo desenho constitucional da Regulação, que estabelece o Estado como agente normativo, fiscalizador e regulador da atividade econômica.

Seguindo-se, tem-se o exame do impacto econômico da atuação do Poder Regulador no segmento privado de saúde, principalmente a partir de uma reflexão acerca da premissa de um ambiente de negócios mais voltado para as melhores práticas de mercado, sob o timbre da ética empresarial, considerando o comportamento, as consequências das normas de caráter regulatório e a situação vivida por um agente econômico, em integridade com a Lei, perante seus pares concorrentes, por exemplo.

Antes, porém, do arremate em conclusão do artigo, reservou-se espaço no ultimo capitulo para se perquirir acerca da Regulação no segmento de saúde privada, sob o olhar e contexto da Governança Corporativa, indicando a este respeito as bases atuais do regramento normativo baixado principalmente pela Agência Nacional de Saúde – ANS, no seu respectivo raio de competência e atribuição legal.

Como fontes para a pesquisa desenvolvida, no tocante a necessária correlação dos institutos jurídicos aqui apontados, fixou-se de um lado como marco teórico para utilização da análise econômica do direito, a obra *Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório,* de autoria do Professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira e para a ética empresarial a obra Ética de autoria da Professora Adela Cortina.

A apresentação do tema central está alicerçada no atual cenário nacional, no qual prepondera no seio da sociedade um maior clamor pela eticidade nas relações sociais, políticas e econômicas, o que demandou o aperfeiçoamento da legislação, com a consequente transformação do atuar empresarial, hoje mais pautado pelo cumprimento de regras. Insere-se, assim, o pretendido objetivo, materializado na contribuição para construção de um modelo de governança corporativa no segmento econômico da saúde privada no Brasil, calcado no cumprimento das regras de conformidade, advindas do poder normativo, ínsito ao sistema de regulação, que é sinteticamente traduzido pela utilização da expressão *latu sensu* ética empresarial.

1. OS ELEMENTOS DO SISTEMA DE CONFORMIDADE E *COMPLIANCE*

Em uma visão conceitual do que atualmente se identifica como a matriz do *compliance,* dentro da estrutura empresarial e corporativa, tem-se como alicerce o conjunto de regramentos baixado pelo Sistema Regulatório, com ênfase no segmento econômico da saúde privada no Brasil.

O direcionamento desta perspectiva teórica visa analisar o grau de importância, para o fortalecimento da governança corporativa, do cumprimento das regras de conformidade da saúde, considerando o arcabouço jurídico de regulação, tendo como objetivo a análise dos benefícios e resultados que a atuação em harmonia com a Lei pode acrescentar às corporações, em um ambiente empresarial, que está sob a regulação jurídica, econômica e política do Estado.

Os principais conceitos utilizados neste estudo são:

(i) *Compliance* – este termo tem sua origem no idioma inglês como *to comply,* cujo significado nos remete a ação de seguir regras, instruções, normas, não existindo tradução direta para o idioma português. Com maior amplitude, remete-nos ao cumprimento de regras e regulamentos; atuar segundo a Lei, pressupondo adesão e respeito do agente do mercado às normas. (ANTONIK, 2016)

(ii) Governança Corporativa – é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015)

Seguindo esta conceituação, à primeira vista, poder-se-ia ter a impressão que somente seria possível sua utilização, quando feita referência às companhias abertas, levando-se em conta o histórico de implementação

dos princípios de governança corporativa no Brasil, cujo primeiro passo se deu com o advento da Lei das Sociedades Anônimas, em 1976.

Em que pese o acima exposto, buscou-se base teórica para creditar ao conceito de governança corporativa mais amplo emprego, seguindo-se, assim, parte da Doutrina que reconhece sua utilização a toda e qualquer instituição, seja ela empresarial ou não, com finalidade lucrativa ou filantrópica, controlada por capitais públicos ou privados, ou qualquer que seja sua natureza jurídica, isto é, societária, associativa, cooperativa.

Sendo assim, tem-se que o conteúdo conceitual do que se entende como governança corporativa não se torna privativo das companhias, sendo sua abrangência deslocada a qualquer instituição que contemple em sua estrutura um conjunto de procedimentos internos de controle que discipline as relações de todos os nela envolvidos. (BLOK, 2018, p. 299-300)

Anote-se que este instituto das organizações possui interface com a noção clássica de Função Social da Empresa, como nos ensina LAUTENSCHLEGER JUNIOR (2005, p.p. 137/138), ao indagar se consistiria em fator de Governança Corporativa, tendo afirmado que "pode-se, com isto, verificar que a questão da responsabilidade social, tal como decorrente do debate sobre a governança corporativa nos EUA, não tem a mesma extensão que a discussão sobre a função social da empresa, que não se limita à questão do processo decisório empresarial e inclui a própria organização da empesa. Trata-se, portanto, a responsabilidade social, em seu contexto do atual debate na governança corporativa, muito mais de um predicado da administração, que lhe impõe limites de atuação, e não um questionamento sobre a natureza da empresa e sua função social, que extrapola a simples questão de eficiência econômica."

(iii) Integridade e Conformidade – Termos utilizados como forma de definir a conduta empresarial, em cumprimento com as normas e regras, mediante a adoção de mecanismos e procedimentos internos, que exprimam as boas práticas.

Especificamente, a escolha regulatória está fundada na atuação do Estado sobre as ações e decisões empresariais, de modo equilibrado, proporcional e adequado, mediante padrões técnicos e visando a atender o interesse público. (GUERRA, 2014).

2. OS ELEMENTOS DO SISTEMA DE REGULAÇÃO DO ESTADO

Para melhor análise do Sistema de Regulação do Estado, mostra-se importante revisitar as origens mais recentes da intervenção do Estado na economia, a contar do cenário estabelecido no Estado de Bem-Estar Social – o conhecido *Wellfare State*, e principalmente a necessária reestruturação administrativa de sua máquina burocrática.

O eixo de privatização de ativos públicos (empresas estatais puramente ou empresas de capital misto) - que se mostrou indispensável para a melhor prestação de serviços públicos à sociedade -, fez com que o Estado se movimentasse no cenário econômico, de um agente meramente provedor para se comportar como agente regulador. Considerando que a partir das privatizações, com a pulverização do capital de empresas estatais, quebra de monopólios e vendas de empresas públicas, vários *player* privados passaram a atuar em determinados segmentos do mercado, importante se fez a instituição das agências reguladoras, principalmente com vistas a comportar os anseios dos cidadãos/consumidores com os efeitos do poder dos agentes que integram a economia de mercado.

Valendo-se da usual denominação *Reforma do Estado*, através do processo de privatizações, CARDOSO (2017, p. 121) bem apresenta o contexto mundial, aonde este fenômeno para redução do aparato público se fez presente, destacando que "especial atenção mereceu do governo a questão da regulação de novos mercados, com o estabelecimento de um marco regulatório para setores estratégicos. Os serviços públicos que geralmente eram prestados diretamente pelo Estado, em regra num regime de direito público e em monopólio, passam a ser ofertados pela livre iniciativa mediante contratos de concessão (ou outorga) de prestação de serviços. O Estado mantém a titularidade do serviço transferindo apenas a execução ao setor privado."

Note-se que, além da opção do Estado em interferir na economia, através de um agente regulador próprio, com poder disciplinador e normativo, há ainda a sua atuação direta nas atividades econômicas, transformando-se em participante ativo, além de sua participação como fomentador de determinada atividade privada. (QUEIROZ, 2016)

Como traço histórico, tem-se que a Regulação no Brasil – não como a clássica forma de intervenção do braço estatal na economia, mas como provedor de políticas de direcionamento do mercado - remontou aos idos de 1918 com o advento do Comissariado de Alimentação Pública, em um período de necessário gerenciamento do abastecimento de alimentos, em virtude das consequências da Primeira Guerra Mundial. Este modelo foi também repetido ainda no mesmo século passado, com a criação do Instituto de Defesa Permanente do Café, em 1923; do Instituto do Álcool e do Açúcar, em 1933; do Instituto Nacional do Mate, em 1938; do Instituto Nacional do Sal, em 1940; do Instituto Nacional do Pinho, em 1941; da Comissão Federal de Abastecimento e Preços, em 1951, com objetivos de intervenção no domínio econômico, tanto para segurança alimentar, quanto para controle e fixação de preços ao então conjunto de consumidores, tendo esta última dado em 1962 origem a conhecida Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB.

No Brasil, a modelagem da regulação que se seguiu, após estas primeiras experiências autárquicas de regulação, baseadas de forma primária na fixação de preços e no dirigismo do mercado, principalmente, quanto ao controle do abastecimento de alimentos, foi a concepção de agências reguladoras instituídas em prol do interesse público e do equilíbrio das forças do mercado, presentes nos respectivos segmentos do capital econômico.

Mostra-se importante, para melhor entendimento da matéria, a indicação das Escolas da Regulação, que tão bem nos fala o mesmo (QUEIROZ, 2016), ao dispor sobre a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica ou Econômica de Regulação, para ao final tecer detalhes quanto a formatação adotada pelo Governo Federal, logo após o movimento de desestatização ou processo de privatização.

Seguindo esta linha de pensar, extrai-se que a Escola do Interesse Público aceita a ideia/crença de que mesmo nos serviços concedidos a iniciativa privada, o particular poderá se colocar na condição de *persecutor* do interesse público, podendo o Estado, quando necessário, agir como *controller*, mediante os meios de um regime de direito público. Já a

Escola Neoclássica ou Econômica de Regulação é baseada em dois posicionamentos centrais e fundamentais, quais sejam, (i) que se constitui irrelevante o interesse público na atuação do poder regulador do Estado; e (ii) que a regulação somente se faz presente quando os mecanismos próprios e intrínsecos do mercado não conseguem de pronto solucionar os conflitos/litígios que venham a ocorrer no segmento econômico respectivo.

No contexto atual, considerando o aparato constitucional, traduz-se o Estado Regulador no Brasil, personificado em suas agências, como vetor para o equilíbrio das forças econômicas que integram um determinado segmento econômico, com atribuições e competências passiveis para edição de normas; fiscalização do cumprimentos das regras por elas baixadas; outorga de autorizações para exploração de serviços públicos, mediante instrumentos legais, como de autorização, permissão e concessão; imposição de sanções e penalidades, após deliberação em processo administrativo, sob o regime do devido processo administrativo; mediação e prevenção de conflitos, através de consultas e audiências públicas, celebração de compromissos de ajustamento de condutas; e excepcionalmente pela fixação de políticas públicas de fomento ao respectivo setor, desde que previamente se tenha neste processo a participação dos representantes dos segmentos envolvidos.

O desenho da Regulação insculpido no artigo 174 da Constituição Federal estabelece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, com ênfase no poder-dever de fiscalização, incentivo e planejamento, direcionando-se como determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Em última análise, quando direcionada ao setor público, vê-se que a regulação poderá incidir sobre serviços executados de forma direta, outorgados ou para serviços objetos de delegação.

Ao comentar o assunto, CARDOSO (2017, p. 121) leciona que "tal artigo fundamenta não somente a existência de agências reguladoras, mas toda a atividade regulatória do Estado, seja efetuada por agencias, seja efetuada diretamente pela própria administração direta ou por autarquias criadas espacialmente para tal fim."

Compreende-se conceitualmente o termo Regulação, segundo o qual o Estado exerce seu papel, através da Administração Direta ou

Indireta, especificamente neste caso mediante as Agências Reguladoras. (OLIVEIRA, 2015). Especificamente, a escolha regulatória está fundada na atuação do Estado sobre as ações e decisões empresariais, de modo equilibrado, proporcional e adequado, mediante padrões técnicos e visando atender o interesse público. (GUERRA, 2014).

Quanto ao papel institucional das Agências Reguladoras, observa-se que estas são estruturas organizadas com nítida possibilidade de participação democrática dos grupos organizados de defesa de interesses, principalmente quando da confecção de regras, no curso do poder normativo, mediante a adoção de audiências e consultas públicas, sendo certo que o monopólio desta fonte de normas prossegue nas mãos do Estado, apenas contando com participação de determinada parcela da população interessada. (CARDOSO, 2017)

Como traço negativo, partindo-se da possibilidade de cooptação das agências reguladoras, tão alardeada pela Doutrina Americana, como citado em nota de roda pé por QUEIROZ (2016), tem-se que, seguindo a contagem do tempo constante do ciclo de vida/ciclo de funcionamento delas, quando de seu estágio de envelhecimento, acabariam por capturadas por algum(uns) ente(s) regulado(s), momento em que não mais atingiria seus objetivos. Esta visão pode ser aplicada na prática, desde que não haja salvaguardas do próprio Estado, a aplicação de legislações muito flexíveis ou quando não funcionem os órgãos de controle, como o Ministério Público, a Polícia Judiciária, os meios de comunicação e a sociedade como um todo, além do não desejado funcionamento do Poder Judiciário, quando da apreciação do caso concreto.

3. O IMPACTO ECONÔMICO DA ATUAÇÃO DO PODER REGULADOR NO SEGMENTO DE SAÚDE PRIVADA

O desenho regulatório brasileiro na área da saúde privada permite uma reflexão mais apurada, quanto ao impacto econômico de sua atuação junto aos agentes regulados, levando-se em conta o arcabouço jurídico de cerca de 95 Resoluções Normativas baixadas pela Agência Nacional de Saúde, ora me vigor.

Esta robusta produção normativa se estende pelos mais diversos temas relacionados a saúde suplementar e visam estabelecer próprio regramento que se situa desde o funcionamento do Órgão Regulador, passando pelos meios de controle e fiscalização das operadoras de saúde e empresas/instituições afins, dispondo sobre os aspectos de ordem econômico-financeiro, indo até a regulamentação dos direitos relacionados aos respectivos consumidores, nos termos da Lei 9.656/1998 combinada com a Lei 8078/1990.

Considerando esta realidade, há de se presumir qual seria hipoteticamente o custo que este passivo regulatório poderia impactar nas finanças dos agentes regulados, quando do cumprimento integral destas normativas, em um ambiente de mercado em *compliance*, ou seja, onde os *players* atuem em conformidade com a Lei? E mais. Quais seriam os dispêndios financeiros advindos da criação quase que anual de novas normativas e a repercussão nos órgãos de controle e organização internos das empresas e operadoras de saúde? E tendo como premissa um ambiente de negócios mais voltado para as melhores práticas de mercado, sob o timbre da ética empresarial, qual seria o desembolso financeiro que teria que ser suportado por uma operadora de saúde, em integridade com a Lei, caso seus pares concorrentes não assim agissem?

Estes questionamentos nutrem um melhor pensar sobre as consequências financeiras que poderão advir aos integrantes do segmento de saúde privada, segundo a Análise Econômica do Direito. Em assim sendo, mostra-se importante a análise da estreita relação entre o Direito e a Economia e sua conjunta aplicação, pincipalmente no processo de elaboração e aplicação das normas jurídicas, em suas diversas categorias – da Lei Maior às de caráter infraconstitucional e de cunho meramente regulamentador.

Nos termos da Teoria da Análise Econômica do Direito, a Economia deve ser utilizada para resolver os problemas jurídicos, e, por sua vez, em sentido recíproco, o Direito tem a condição de influenciar a Economia. Consequentemente, as normas e princípios jurídicos serão considerados eficientes, desde que forem criados e aplicados, levando-se em consideração os respectivos efeitos econômicos. (OLIVEIRA, 2015)

Nesta perspectiva, é de se depreender que a promoção e o exercício dos direitos individuais demandam recursos financeiros do Estado, os quais, mesmo que escassos, devem ser bem aplicados para esta finalidade, conforme o espaço de disponibilidade e controle orçamentários, sendo que os contornos macro e microeconômicos devem ser considerados, advindo daí bom exemplo desta importante interdependência e interligação entre os fenômenos econômico e do direito e suas repercussões sociais. Esta evidência se torna eloquente na saúde pública, onde a assistência realizada pelo Sistema Único de Saúde resta comprometida pela falta de espaço orçamentário, tendo como efeito prejuízos evidentes as camadas populacionais que demandam por este serviço público.

Além do panorama de influência do fenômeno econômico no direito público como citado acima, nítida também se constitui esta similaridade sob a esfera privada, em especial no setor da saúde, na medida em que, o usuário ao contratar e pagar pelos serviços a ser prestados pelo fornecedor, passa-se a ter uma operação de conteúdo econômico, que está regulada pelo Estado. Todavia esta intervenção do Estado na economia, materializada na contratação da assistência de saúde está limitada a lógica negocial, que não pode ser suprimida pela regulação. O que faz o sistema regulatório é impor condicionantes à lógica puramente econômica dos negócios. (SUNDFELD, 2014)

Retornando à Teoria da Análise Econômica do Direito para o exame das consequências econômicas que a Regulação impõem aos atores que atuam no segmento da saúde privada, vale se socorrer novamente à OLIVEIRA (2015), quando leciona acerca das duas concepções estruturantes, quais sejam, (i) a positiva que examina as consequências das normas sobre a conduta dos agentes econômicos e (ii) a normativa que sugere a promoção de políticas públicas e iniciativas legislativas que venham a produzir melhores indicativos econômicos. Esta última é a que mais se aproxima ao caso *sub analise,* na medida em que, cabendo ao Estado decidir se regula ou não determinado mercado, sua escolha levará em conta as consequências econômicas. Em outras palavras, tem-se que a concepção positiva tem por meta responder a pergunta de como os comportamentos dos indivíduos e instituições são afetadas pelas normas

legais, sob o ponto de vista econômico; enquanto a concepção normativa examina as melhores normas que visem o bem-estar social, missão maior que deveria ser perseguido por qualquer Governo que comande o País.

Considerando a concepção estruturante positiva, tem-se que a Agência Nacional de Saúde – ANS ao baixar Resoluções Normativas no âmbito da gestão interna da corporação - como é o caso das Resoluções Normativas de nºs 94, 159, 203 e 227, que estabelecem condições de aplicação, vinculação, movimentação e custodia de ativos garantidores da provisão de risco - acaba por influir nos atos de gerência destas empresas, tendo em vista que, na equação financeira que dirige a tomada de decisão pela promoção ou não de uma conduta de mercado, esta variável regulatória se torna extremamente importante.

Este é um bom exemplo das consequências das normas de caráter regulatório sobre a conduta dos agentes econômicos, que em última análise nos remetem a discussão sobre as posições doutrinárias sobre a natureza jurídica do exercício de competência normativa pelas agências reguladoras. Conforme nos ensina CARDOSO (2017), quando do exame do tema, surgem três posições básicas sobre a definição do poder de emitir estes tipos de normas, a saber: (i) a primeira corrente identifica as normas das Agencias como advindas da atividade regulatória, como *status* de Lei, em sentido estrito, soando como verdadeiro direito regulatório; (ii) a segunda corrente adota uma espécie de regulamento conferido às Agencias; (iii) a terceira de cunho restritivo, aponta na direção de antever as Agências como sendo entes públicos com poderes normativos inferiores ao regulamento, por estarem seus respectivos atos equiparados aos demais atos administrativos normativos, em geral.

4. A REGULAÇÃO NO SEGMENTO DE SAÚDE PRIVADA E A GOVERNANÇA CORPORATIVA

Soa como pretensão máxima do mercado, a percepção de que a escolha do desenho regulatório da saúde privada no Brasil, por estar-se diante de atividade econômica de relevante interesse social, visa perseguir o equilíbrio entre o Estado, o cidadão/consumidor, titular de direitos, e o agente regulado, mantendo-se o Órgão Regulador equidistante destes atores, em prol da sustentabilidade do sistema.

Como elemento de discussão, depreende-se que o sistema regulatório da saúde privada no Brasil, constituído pelo regramento normativo baixado principalmente Agência Nacional de Saúde – ANS, no respectivo raio de competência e atribuição legal, mostra-se capaz (ou não) de construir um modelo de governança corporativa.

Não por outro motivo, reconhecendo-se o cabimento e o largo alcance do instituto de governança corporativa do segmento de saúde privada, destaque-se que o Órgão Regulador pôs anteriormente à aprovação da normativa, em consulta pública a minuta de seu respectivo teor, de modo a discutir com a sociedade quais as regras de conformidade e integridade que deveriam as operadoras seguir, na forma da Consulta Pública nº 67, sobre a proposta de Resolução Normativa que iria tratar das práticas de governança corporativa, visando em última análise insculpir um estimulo a adoção de controles internos e de gestão de riscos pelas operadoras de planos de saúde, capazes de favorecerem um melhor patamar de equilíbrio financeiro e de solvência.

Neste cenário, fortalece-se tentativa de se implementar uma nova cultura empresarial, que não se separa da ética do negócio, um novo *ethos* empresarial, conforme nos apresenta CORTINA (2005), baseado em características bem concretas, quais sejam: responsabilidade pelo futuro; desenvolvimento da capacidade de comunicação; personalização e identificação dos indivíduos e das empresas; confiança.

A importância de uma conduta em conformidade com a lei, mediante o desenho de um novo modelo de atuação empresarial na saúde privada, no qual prestadores de serviços de saúde, profissionais médicos, clinicas e hospitais e principalmente as operadoras de planos de saúde implementem um conjunto de ações internas que visem estabelecer controles internos passiveis de lhes conferir melhor governança, fomenta a atuação da ANS.

Em assim sendo, vale se debruçar na busca de qual seria a contribuição da corrente que defende uma maior integração das atividades de *compliance* com as atividades de gestão de risco, visando a promoção de melhores práticas de governança corporativa. Valendo-se dos apontamentos de BLOK (2018), situa-se a modelagem respectiva

no contexto empresarial, segundo a qual cada corporação teria três linhas de defesa, que seriam agrupadas de forma organizada, com o seguinte enquadramento: a primeira linha de defesa se constituiria na gestão operacional, mediante a adoção de controles de gerência e implementação de medidas de controle interno; a segunda seria estabelecida pelas funções de gerenciamento de riscos, segurança, controle financeiro e conformidade, na estrita consonância do conceito de *compliance*; e a terceira e última vincularia a indispensável atuação da auditoria interna.

Em termos simples, escreve também BLOCK (2018, p. 226) "o modelo de Três Linhas de Defesa é uma forma simples e eficaz de melhorar a comunicação do gerenciamento de riscos e controle por meio do esclarecimento dos papeis e responsabilidades essenciais. O modelo apresenta um novo ponto de vista sobre as operações, ajudando a garantir o sucesso contínuo das iniciativas de gerenciamento de riscos, e é aplicável a qualquer organização – não importando seu tamanho ou complexidade."

As boas práticas organizacionais que exprimem a mudança de paradigma do comportamento empresarial, de modo a conferir maior lisura na atuação das empesas que atuam no segmento da saúde privada, está bem definida nos princípios que convergem a prática da governança corporativa. Estes princípios norteadores são bem definidos pela mesmo pensamento exposto por BLOCK (2018), quando alerta que estes terão que se transformar em recomendações objetivas, alinhando interesses com o objetivo de otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, estando presentes nos Códigos de Ética internos, com vistas a criar um clima de confiança também com os terceiros que se relacionam direta ou indiretamente no mercado.

Para melhor compreensão, são os seguintes: (i) Transparência (*disclosure)*, que se mostra identificado como o desejo de disponibilizar o maior número de informações aos interessados, além das disposições legais e que sejam integrantes de regulamentos; (ii) Equidade (*equality)* que consiste no tratamento justo e de preceito isonômico de todos os que integram a organização, levando-se em conta os respectivos direitos e deveres; (iii) Prestação de Contas (*accountability),* mediante instrumento

claro, conciso, compreensível, tempestivo e diligente, com assunção das devidas responsabilidades diante de eventuais atos e omissões; (iv) Responsabilidade Corporativa, traduzida pela indispensável pratica de zelar pela viabilidade econômico-financeira das Organizações, reduzindo concepções externas negativas de seus negócios; em sentido análogo, busca-se aumentar e destacar as externalidades positivas, a partir de um novo modelo de negócios.

Por ser talvez o mais importante princípio, a *accountability* transpassa em paralelo com a Ética, sendo interessante a visão de ANTONIK (2016), ao anotar que dentro de uma instituição, o estabelecimento de princípios e práticas éticas por meio de normas tem como premissa a prestação de contas para a melhoria dos padrões internos de conduta e de estratégia empresarial. E prossegue, aduzindo que a *accountability* compreende a linha mestra que faz da ética a tônica da gestão operacional da Organização, sendo mandatária sua aplicação, "mas a obrigação de uma organização ou de um indivíduo de prestar contas de suas atividades, de assumir responsabilidade sobre seus atos e de divulgar resultados de forma transparente vai muito além da necessidade de proteger e de preservar os ativos tangíveis da empresa."

Mantendo-se na esfera da ética organizacional, mostra-se relevante o entendimento que no atual momento político, o clamor da sociedade é por melhores práticas em todas as relações, mormente com vistas a mudança da cultura empresarial muito ligada, em um passado próximo, a teias de corrupção, principalmente com o Serviço Público, que se viram desatadas pelos mecanismos ínsitos da nova legislação anticorrupção – Lei 12.846//2013.

CORTINA (2005) nos chama atenção sobre a abrangência da ética aplicada, principalmente sob a veste de uma de suas modalidades, qual seja, a ética empresarial, como um conjunto específico de regras morais que estabelecem um código aceito como consenso de um determinado grupo, erguido como a base para um melhor ambiente de negócios. Em outras palavras, aceita pela maioria do grupo a ideia de base moral de consenso, prevalecerá o ideal de que agir em conformidade com a Lei é bom para

o prosseguimento da vida em sociedade. Esta transformação se dá pela necessidade de que a ética saía do universo dos atos meramente individuais das pessoas, para que seja aplicado de forma coletiva, moralizando também instituições e organizações.

Comparando esta máxima com a ética empresarial em um ambiente de regulação, ter-se-ia como consenso entre as empresas da saúde privada, por exemplo, a certeza de que atuar em *compliance* é bom para que o ambiente de negócios siga de forma sustentável, situação de fato que todos ganhariam. A confiança de que este código moral mínimo para a prática empresarial é o melhor para um determinado grupo de agentes de negócios dá a certeza que estes irão cumprir as respectivas normas de forma espontânea, não havendo motivos para impor sanções e/ou penalidades, sendo desnecessários atos cogentes por parte do Estado Regulador. Ao revés, caso não tivesse a devida adesão das corporações ao código moral mínimo para a prática empresarial, teria que o agente regulador impor medidas de regulação que estimulassem ou obrigassem as empresas à agirem em *compliance*.

CORTINA (2005, p. 166) sintetiza "a conclusão mais evidente a que chegam os estudiosos da ética empresarial é que, curiosamente, as empresas que adotam certos valores éticos como guia de seus compromissos, tanto no interior da empresa como em relação ao exterior, são as que melhor sobrevivem nestes tempos de dura competição. Esses valores são, fundamentalmente, a criação de um senso de *pertença* entre seus membros e de uma *confiança* entre as pessoas que de um modo ou de outro se relacionam com a empresa (fornecedores e consumidores) de que ela se comporta de maneira responsável com as pessoas e com meio ambiente. A empresa é uma parte da sociedade que precisa *legitimar* sua existência e seus comportamentos tanto quanto os governos, e não pode obter essa legitimação hoje em dia a não ser dessa *confiança* que infunde no público e em seus próprios membros."

Estabelecidas as bases teóricas da ética empresarial e os fundamentos técnicos do instituto da governança corporativa, com especial atenção aos contornos e nuances do procedimentos internos que devem ser promovidos pelas organizações, conforme até aqui estampados, tem-

se em arremate a devida adequação ao segmento de saúde privada, sendo elemento de estudo na prática, a instrumentalização normativa dada pela ANS, por força da recente publicação da Resolução Normativa - RN° 443, de 25 de janeiro do corrente ano. Esta Normativa determina a adoção de práticas mínimas de governança corporativa, priorizando a promoção de controles internos e gestão de riscos, visando um maior estimulo à garantia de solvência das operadoras de planos de assistência à saúde.

Interessante frisar que - a par do conteúdo cogente, cuja competência verificamos neste estudo possuir as Agências, segundo corrente descrita por CARDOSO (2017) – tal Normativa busca estimular a prática da governança entre os agentes regulados, na medida em que confere o benefício da possibilidade da concessão da redução de fatores de capital regulatório a ser observado para atuação no setor de saúde suplementar, para os que assim agirem, implementando os regulares e formatados procedimentos internos de governança, em que pese pendente de maior regulamentação, conforme previsto nos parágrafos do artigo 12 da citada RN nº 443/2019.

CONCLUSÃO

É indispensável o cumprimento das Regras de Conformidade pelos entes empresariais que integram o segmento econômico da saúde privada em nosso pais, para o fortalecimento da Governança Corporativa, segundo arcabouço regulatório baixado pela Agência Nacional de Saúde, que senão suficiente, pelo menos se mostra mais bem instituído, principalmente após a edição da Resolução Normativa nº 443 de 25 de janeiro de 2019.

Em consequência, a atuação dos entes regulados, comportando-se em harmonia com a Lei e agindo em *compliance,* experimentam maiores benefícios e melhores resultados, tendo sido inaugurado com esta nova Normativa um papel regulador não meramente coercitivo, mas como vetor de indução e estimulo às melhores práticas, na medida em que possibilita, como exemplo, a concessão da redução das margens de capital garantidor, junto à ANS.

Em outras palavras, acredita-se que, não deve tão somente o agente regulador se valer do papel normativo meramente com o poder

de imposição, mediante aplicação de severas penalidades, de modo a admoestar os agentes regulados às regras constantes de suas Normativas, mas sim, frente a uma atuação também pedagógica, conduzir o ambiente da saúde privada ao bom porto das boas práticas, em *estado de compliance,* não por receio da punição, mas como consenso de que é melhor atuar em conformidade com a Lei, para o equilíbrio do mercado e sustentabilidade do ambiente de negócios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS. Consulta Pública nº 67 sobre a proposta de Resolução Normativa que dispõe sobre a adoção de práticas de governança corporativa, com ênfase em controles internos e gestão de riscos pelas operadoras de planos de saúde. Disponível em: < http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sociedade/4490-ans-realiza-consulta-publica-para-proposta-de-normativo-sobre-governanca-corporativa>. Acesso em 24 de fev. 2019, 19:49.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS. RESOLUÇÃO NORMATIVA - RNº 443, DE 25 DE JANEIRO DE 2019. Dispõe sobre adoção de práticas mínimas de governança corporativa, com ênfase em controles internos e gestão de riscos, para fins de solvência das operadoras de plano de assistência à saúde. Disponivel em < http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY3MQ== >. Acesso em 01 de jun 2019, 18:53.

ANTONIK, Luís Roberto. Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial. Uma Visão Prática. 1. Ed. Rio de janeiro. Alta Books. 2016.

BLOK, Marcella. *Compliance* e Governança Corporativa. 2. Ed. Rio de janeiro. Freitas Bastos. 2018.

CARVALHO, André Castro; ALVIM, TIAGO Cripa. *Whistleblowing* no ambiente corporativo – *Standards* Internacionais para sua aplicação no Brasil. In PAULA, Marco Aurélio Borges;

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguierre de (Coord). Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção – Integridade para o Desenvolvimento. Belo Horizonte. Fórum, 2018. p. 121-147.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2. Ed. Rio de janeiro. Lumen Juris. 2016.

CARDOSO FILHO, Gamaliel Faleiros; SIMÃO FILHO, Adalberto. A Nova Empresarialidade como Meio de Contribuição para a Cidadania e de Inclusão Social e o Papel da Governança Corporativa. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/o9e87870/V08286dhAv66JWH5.pdf>. Acesso em 23 de fev. 2019, 13:59.

CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. Ética. Madrid, Espanha: Ediciones Akal S.A., 2005

GUERRA, Sérgio. Regulação Estatal sob a Ótica da Organização Administrativa Brasileira. In GUERRA, Sérgio (Coord.) Regulação no Brasil. Uma Visão Multidisciplinar. Rio de janeiro. FGV. 2014. p. 373-396.

LAUTENSCHLEGER JUNIOR, Nilson. Os Desafios Propostos pela Governança Corporativa ao Direito Empresarial Brasileiro. Ensaio de uma Reflexão Crítica e Comparada. 1. Ed. São Paulo. Malheiros. 2005.

MITO, Daiana de Lima; WADSCHEER, Lucelaine dos Santos Weiss. Benefícios da Governança Corporativa. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/1m82505v/B3jQpz30T2P9Rg7e.pdf>. Acesso em 23 de fev. 2019, 15:54

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. 1. Ed. Rio de janeiro. Forense. 2015.

PECI, Alketa. Regulação e Administração Pública. In GUERRA, Sérgio (Coord.) Regulação no Brasil. Uma Visão Multidisciplinar. Rio de janeiro. FGV. 2014. p. 57-80.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Direito Administrativo das Agências Reguladoras. 1. Ed. Rio de janeiro. Lumen Juris. 2016.

ROSA, Sibély Suzena. O *Compliance* sob a Ótica do Combate à Corrupção e da Busca pela Cidadania. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/1m82505v/a8T06wTgESy4k7zR.pdf>. Acesso em 23 de fev. 2019, 16:24.

STUCKER, Gabriel Fliege de Lucena. A Regulação à Luz do STF. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/8t069971/6VV48pTL1w78C9Ba.pdff>.Acesso em 23 de fev. 2019, 22:51.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Regulação no Brasil. In GUERRA, Sérgio (Coord.) Regulação no Brasil. Uma Visão Multidisciplinar. Rio de janeiro. FGV. 2014. p. 111-142.

José Luiz Barbosa Pimenta Junior

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA .
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Candido Mendes – UCAM.
Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.
Advogado.

O USO DE AGROTÓXICO NO BRASIL, À LUZ DO RELATÓRIO DA ONU DE 2017

Larissa Milkiewicz

O USO DE AGROTÓXICO NO BRASIL, À LUZ DO RELATÓRIO DA ONU DE 2017*

THE USE OF PESTICIDES IN BRAZIL CONSIDERING TO 2017 UNITED NATIONS REPORT

Larissa Milkiewicz

RESUMO

Este artigo trata de análise do relatório da Organização das Nações Unidas divulgado em 2017, o qual dispõe, em síntese, sobre agrotóxicos perigosos usados na agricultura, e compartilha recomendações a serem adotada, em especial, aos Estados. Assim, inicia-se o artigo apresentando aspectos relevantes sobre o relatório, destacando desastres que aconteceram em determinados países e em razão do uso de agrotóxicos perigosos, para, posteriormente, discorrer sobre o tema agrotóxico para o Direito Ambiental brasileiro. Por fim, pondera-se sobre os agrotóxicos selecionados e citados no relatório com a finalidade de aferir se esses são utilizados ou foram banidos no Brasil, com o propósito de responder o questionamento proposto neste artigo. Para tanto, utiliza-se da técnica de pesquisa bibliográfica, levando em consideração que o estudo exige uma análise transdisciplinar do tema, sem deixar de lado o viés do Direito. Concluiu-se que mais da metade dos agrotóxicos selecionados que foram referendados no relatório da ONU são utilizados no Brasil, no entanto, há um projeto de lei para redução de agrotóxico que se encontra em tramitação e que vai ao encontro das recomendações da ONU.

***Artigo recebido em Fevereiro/2020 e aprovado em julho/2020.**

PALAVRAS-CHAVES: RELATÓRIO ONU. DIREITO AMBIENTAL. AGROTÓXICOS PERIGOSOS. REGISTRO NO BRASIL.

ABSTRACT

This article is an analysis of the report of the United Nations published in 2017, which approaches, in summary, hazardous agrochemicals used in agriculture, and shares recommendations to be adopted, in particular, by the States. Thus, the article begins presenting relevant aspects about the report, highlighting disasters that happened in certain countries and due to the use of hazardous agrochemicals, to later discuss the issue of agro-toxicology for Brazilian Environmental Law. Finally, the pesticides selected and quoted in the report are considered to verify if they are used or banned in Brazil, in order to answer the proposed questioning of this article. To achieve this goal, it is used the technique of bibliographic research, taking into consideration that the study requires a transdisciplinary analysis of the theme, without neglecting the bias of the Law. It was concluded that more than half of the selected agrochemicals that were endorsed in the ONU report are used in Brazil, however, there is a draft law for the reduction of pesticides that is in process and that is in accordance to the recommendations of the United Nations.

KEYWORDS: *UNITED NATIONS REPORT. ENVIRONMENTAL LAW. DANGEROUS AGROCHEMICALS. REGISTRATION IN BRAZIL.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Análise do relatório da organização das Nações Unidas (ONU) divulgado em 2017, sobre uso de pesticidas perigosos na agricultura; 3. Utilização de agrotóxico no território brasileiro e a disposição da matéria no ordenamento jurídico; 4. Exame dos agrotóxicos com registro de uso no brasil que foram referendados no relatório; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

Os agrotóxicos foram desenvolvidos a partir das duas Grandes Guerras Mundiais, tendo em vista que o nitrato era utilizado como insumo para a produção de armamentos e, em razão desse desenvolvimento no setor químico, restou evidenciada a viabilidade da aplicação dessa substância para o combate das pragas existentes nas plantações, sendo tais produtos denominados, no Brasil, de agrotóxicos.

A partir desse momento histórico, os agrotóxicos passaram a ser inseridos como ferramenta indispensável para a produção de alimentos em larga escala, sendo um dos subsídios que possibilitou a Revolução Verde sob a justificativa de viabilizar o combater à fome no mundo.

Em 1962, a ecologista Rachel Carson publicou o livro "Primavera Silenciosa", tendo como objetivo, em síntese, apontar o uso desenfreado de produtos químicos em razão da ignorância e da cobiça, e de demostrar o desequilíbrio existente no modelo agrícola, pois o modelo adotado na produção rural visava unicamente a produção em massa como meio de maximizar o lucro sem qualquer foco relacionado ao viés ambiental ou à sustentabilidade.

Dentre as críticas de Carson, destaca-se aquela relacionada à saúde humana, pela qual argumenta que produtos que compõem os agrotóxicos são considerados, pela academia científica, como cancerígenos. Ademais, ressaltou-se que a aplicação desenfreada de pesticidas ocasionava morte generalizada de pássaros, os quais se alimentavam de insetos envenenados por pesticidas, mortalidade tamanha essa a partir da qual, conforme seu título sugere, a primavera ficaria silenciosa.

No contexto brasileiro, José Bonifácio de Andrade e Silva, patriarca da independência do país e estudioso também sobre agricultura a partir do viés preservacionistas dos recursos naturais, já no século XIX demonstrava a sua preocupação com a necessidade de implementação de técnicas de agricultura que não agredissem demasiadamente o meio ambiente sem deixar de lado o desenvolvimento econômico.

Diante dos riscos ao meio ambiente e à saúde humana, que são fatos notórios para a sociedade, a Organização das Nações Unidas (ONU) proferiu um relatório alertando sobre os agrotóxicos perigosos e relatando os casos de acidentes em razão da aplicação de produtos altamente tóxicos. No referido documento, destaca-se que o uso de pesticidas causa a morte de 200 mil pessoas por intoxicação aguda por ano, sendo que 90% dessa fatalidade ocorre em países em desenvolvimento, como o Brasil. Assim, os especialistas na matéria que desenvolveram o relatório convocaram um novo tratado global para regulamentar o tema para eliminar, gradativamente,

agrotóxicos altamente perigosos da agricultura a partir da implementação de práticas agrícolas sustentáveis.

Diante disso, estruturou-se o artigo em três itens, sendo o primeiro uma análise do relatório, com destaque aos desastres suscitados e que ocorreram em razão do uso de agrotóxico perigosos em uma escala mundial, exemplificados por casos simbólicos para a comunidade científica. No item seguinte, versa-se sobre a abordagem do Direito quanto ao agrotóxico, em especial a análise constitucional sobre o tema. Por fim, discorre-se sobre os agrotóxicos que causaram os desastres citados no relatório da ONU a fim de aferir a atual situação administrativa desses produtos no território nacional, ou seja, se esses são utilizados no Brasil ou se foram banidos pelos órgãos responsáveis pelo registro de agrotóxicos.

Portanto, busca-se responder o questionamento: os agrotóxicos perigosos selecionados neste artigo e que foram citados no relatório da ONU são produtos ativos em uso no Brasil? Com essa abordagem, é empregada a técnica de levantamento bibliográfico sistemático da literatura, em especial através de fontes primárias de informação, como livros, artigos científicos, teses, dissertações, o relatório da ONU de 2017, assim como dados disponíveis no *site* eletrônico da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Ministério da Agricultura, da Pecuária e do Abastecimento e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

2. ANÁLISE DO RELATÓRIO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) DIVULGADO EM 2017, SOBRE USO DE PESTICIDAS PERIGOSOS NA AGRICULTURA

O "*Report of the Special Rapporteur on the right to food*" é objeto de análise do presente artigo e foi divulgado pela Organizações das Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos, em 24 de janeiro de 2017, com a finalidade de apontar os impactos nos direitos humanos em razão do uso de agrotóxicos perigosos que são empregados, em escala global, na agricultura (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, 2017).

Assim, todas as informações contidas neste item deste trabalho foram extraídas do referido relatório da ONU de 2017, a fim de possibilitar

resposta ao questionamento proposto, sem significar, entretanto, que o estudo seja exaustivo sobre o documento selecionado, haja vista que apenas destaca os principais aspectos que vão ao encontro da delimitação do artigo.

Os pesticidas são responsáveis por aproximadamente 200 mil mortes por envenenamento todo o ano, sendo que 99% dessas fatalidades ocorrem em países em desenvolvimento, nos quais a saúde, a segurança e a regulação ambiental são mais fracos e com menor fiscalização.

Dos problemas relacionados à saúde, o estudo aponta que a exposição aos pesticidas foi associada ao câncer; doença de Alzheimer; Parkinson; distúrbios hormonais; distúrbios no desenvolvimento e esterilidade; perda de memória, da coordenação, da capacidade visual; asma e alergias. Em que pese muitos pesticidas foram proibidos, o risco de contaminação pode persistir por muitas décadas e podem continuar a se acumular através das fontes de alimentos.

Os pesticidas causam uma série de danos, desde a poluição do ecossistema, desequilíbrio entre predadores e espécies de presas na cadeia alimentar em razão da redução das pragas, redução da biodiversidade dos solos e da contribuição da fixação do nitrogênio, o que leva à grande diminuição dos rendimentos nutricionais das cultuas. Assim, pode-se aferir que a exposição aos pesticidas pode ter graves impactos nos direitos humanos, em particular ao direito à alimentação adequada e ao direito à saúde.

Segundo o relatório, não há um regulamento abrangente que disciplina os pesticidas, deixando uma lacuna para a proteção dos direitos humanos, e esses impõem um custo substancial aos governos e impactos catastróficos ao meio ambiente, à saúde humana e à sociedade como um todo, afetando uma série de direitos humanos e colocando em alto risco de abusos de direito os trabalhadores agrícolas e comunidades agrícolas, crianças e mulheres grávidas e os índios, grupos esses que são classificados como vulneráveis.

O risco de exposição de crianças envolvidas no trabalho agrícola é alarmante, pois os poucos dados disponíveis a Organização Internacional do Trabalho contabilizam uma estimativa de que cerca de 60 por cento

dos trabalhadores infantis em todo mundo trabalham na agricultura, e as crianças, muitas vezes, constituem uma parcela substancial da força de trabalho agrícola nos países em desenvolvimento.

Além disso, as famílias de trabalhadores agrícolas também são enquadradas no grupo de vulneráveis aos pesticidas, pois os trabalhadores trazem resíduos de pesticidas na pele, sapatos e roupas, e os estudos apontam que nos países em desenvolvimento o envenenamento agudo de agrotóxico afeta, aproximadamente, 1 em cada 5.000 mil trabalhadores agrícola a cada ano.

No que diz respeito aos índios, o relatório destaca que nos povos indígenas do Ártico foram encontrados pesticidas perigosos em seus corpos que nunca foram usados perto de suas comunidades, e sofrem taxa acima da média de câncer e outras doenças.

As mulheres grávidas que estão expostas aos pesticidas apresentam maior risco de aborto espontâneo, parto pré-termo e efeitos congênitos. Estudos têm encontrado regularmente um coquetel de pesticidas em cordões umbilicais e nas primeiras fezes de recém-nascidos, provando exposição pré-natal.

Diante disso, passa-se a elencar alguns dos casos referendados no documento da ONU, para que, no próximo item, possa ser explanado uma análise se estes agrotóxicos perigosos são utilizados no território brasileiro mediante registro[1] de permissão:

- Em 1999, ocorreu um trágico acidente envolvendo intoxicação de 24 alunos de uma escola no Peru, os quais morreram após o consumo do agrotóxico parathion que havia sido embalado para que fosse confundido com leite em pó;

- Os neonicotinoides são acusados de serem responsáveis pelo distúrbio dos colapsos das colônias das abelhas em todo o mundo. O uso intenso desses inseticidas foi culpado pelo declínio de 50% em 25 anos em população de abelhas nos Estados Unidos e no Reino Unido da

[1] Mais sobre o Registro do Agrotóxico: MILKIEWICZ, Larissa; LIMA, José Edmilson de Souza. Análise do registro de agrotóxico no Direito Ambiental brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 7-26, mai./ago. 2018.

Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Esse declínio ameaça a própria base da agricultura, dado que as abelhas selvagens e as abelhas geridas desempenham importante papel nas culturas polinizadoras. De acordo com estimativas da Organização das Nações Unidas para agricultura e alimentação (FAO), 71% das espécies de culturas são polinizadas por abelhas;

- O glifosato acarreta impactos ambientais negativos, afetando a biodiversidade, a vida selvagem e o conteúdo de nutrientes do solo. Além disso, acarreta em prejuízos à saúde humana, sendo que em 2015 o pesticida foi indicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como provável carcinógeno;

- Brometo de metilo faz parte do tratado global que reduz o uso de pesticida perigoso no âmbito do Protocolo de Montreal relativo às substâncias que reduzem a camada de ozônio;

- Os pesticidas também apresentam uma séria ameaça para a água potável, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde mais de 70 milhões de libras de atrazina são usados anualmente, o escoamento em fontes de água foi associado ao aumento do risco de defeitos congênitos. Embora a atrazina tenha sido banida na União Européia em 2004, alguns países europeus ainda a detectaram nas águas subterrâneas hoje;

- Na Índia, os habitantes da aldeia Padre no estado de Kerala, localizada perto das plantações de caju, sofreram altas taxas de doenças e morte que foram associadas ao endosulfan, pesticida altamente perigoso. As taxas de incapacidade entre os habitantes são, segundo informações, 73% maiores do que as taxas médias para todo o estado;

Considerando que ao final do relatório há recomendações para os Estados em relação ao uso de agrotóxicos perigosos na agricultura, tendo como propósito garantir os direitos humanos da população do país, conforme segue:

- desenvolver planos de ação nacionais abrangentes que incluam incentivos para apoiar alternativas aos pesticidas perigosos, bem como iniciar metas de redução vinculativas e mensuráveis com prazos;
- estabelecer sistemas para permitir que várias agências nacionais responsáveis pela agricultura, saúde pública e

meio ambiente cooperem de forma eficiente para enfrentar o impacto adverso de pesticidas e mitigar riscos relacionados ao uso indevido e ao uso excessivo;

- estabelecer processos imparciais e independentes de avaliação de risco e registro de pesticidas, com requisitos de divulgação completos do produtor;
- considere as alternativas não químicas em primeiro lugar, e apenas permita que produtos químicos sejam registrado onde a necessidade pode ser demonstrada;
- promover medidas de segurança para assegurar proteções adequadas para mulheres grávidas, crianças e outros grupos que são particularmente suscetíveis a pesticidas exposição;
- financiar estudos científicos abrangentes sobre os efeitos potenciais para a saúde de pesticidas, incluindo exposição a uma mistura de produtos químicos, bem como exposições múltiplas ao longo do tempo;
- garantir análises rigorosas e regulares de alimentos e bebidas para determinar os níveis de resíduos perigosos, inclusive na fórmula infantil, e tornar essa informação acessível ao público;
- monitorar rigorosamente o uso e o armazenamento de pesticidas agrícolas para minimizar os riscos e garantir que somente aqueles com o treinamento necessário possam aplicar esses produtos e que o façam de acordo com instruções e usando o equipamento de proteção apropriado;
- criar zonas tampão em torno de plantações e fazendas até que os pesticidas sejam eliminados, para reduzir o risco de exposição aos pesticidas;
- organizar programas de treinamento para os agricultores para aumentar a conscientização sobre os efeitos nocivos de pesticidas perigosos e de métodos alternativos;
- tomar as medidas necessárias para proteger o direito do público à informação, incluindo a imposição de requisitos para indicar o tipo de pesticidas utilizados e o nível de resíduos nos rótulos dos produtos alimentares e de bebidas; regular as

corporações para que respeitem os direitos humanos e evitem o meio ambiente danos durante todo o ciclo de vida dos pesticidas;

- impor penas às empresas que fabricam provas e divulgam desinformação sobre os riscos para a saúde e o meio ambiente de seus produtos; monitorar corporações para garantir que a rotulagem, as precauções de segurança e as normas de treinamento sejam respeitadas;
- incentive os agricultores a adotarem práticas agroecológicas para aumentar a biodiversidade e, naturalmente, reprimir as pragas e adotar medidas como a cultura rotação, gestão da fertilidade do solo e seleção de colheitas apropriadas para condições locais;
- fornecer incentivos para alimentos produzidos organicamente através de subsídios e assistência financeira e técnica, bem como usando contratos públicos;
- incentivar a indústria de pesticidas a desenvolver abordagens alternativas de manejo de pragas;
- eliminar os subsídios aos pesticidas e substituí-los por impostos, tarifas de importação e tarifas de uso de pesticidas.

3. UTILIZAÇÃO DE AGROTÓXICO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO E A DISPOSIÇÃO DA MATÉRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Primeiramente, acentua-se que a Constituição Federal da República do Brasil de 1988 assegura à coletividade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e às futuras gerações (art. 225), sendo possível constatar que "descumprem a Constituição tanto o Poder Público como a coletividade quanto permitem ou possibilitam o desequilíbrio do meio ambiente" (MACHADO, 2016, p. 154).

O §1º, inciso V do art. 225, dispõe sobre a incumbência do Poder Público de controlar a produção, circulação, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco à vida, à qualidade da vida e ao meio ambiente, e nesta previsão são enquadrados

os agrotóxicos, e "[...] impõe ao Poder Público a adoção de um sistema eficaz de registro e de controle da respectiva produção, comercialização e utilização dos produtos" (VAZ, 2006, p. 61).

Segundo o Decreto nº 4.074/2002, em especial o art. 1º, inciso XLII, "o registro de produto é ato privativo de órgão federal competente que atribui o direito de produzir, comercializar, exportar, importar, manipular ou utilizar um agrotóxico, componente ou afim", sendo uma condição *sine qua non* em que os órgãos e entidades federais do Ministério da Saúde (ANVISA), do Meio Ambiente (IBAMA) e do Ministério da Agricultura, da Pecuária e do Abastecimento realizam o registro do produto químico (Artigo 3º da Lei nº 7.802/1989).

É pertinente ponderar que "o registro de um agrotóxico é *ad eternum*, pois não existe o procedimento de atualização do registro definido por período, como ocorre no caso de medicamentos, em que a cada cinco anos a concessão é revisada para manutenção ou revogação da autorização" (CARNEIRO; AUGUSTO; RIGOTTO; FRIEDRICH; BÚRIGO, 2015, p. 108).

A ética da solidariedade interacionais está prevista na Constituição Federal, de acordo com o demostrado anteriormente a partir da análise do art. 225, no entanto, é importante ressaltar que a razoabilidade e a proporcionalidade hão de colaborar na fundamentação dos atos legislativos, administrativos e até mesmo judiciários, para evitar arbitrariedade e assegurar a inserção do princípio da responsabilidade ambiental entre gerações, conforme argumenta Paulo Affonso Leme MACHADO (2016, p. 155).

A Lei nº 7.802/1982[2] e o Decreto regulamentar nº 4.074/2002 possibilitam a reavaliação do registro do agrotóxico apenas em duas

[2] Sobre as lacunas na Lei do Agrotóxico, ver: MILKIEWICZ, Larissa. INVESTIGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE LACUNAS LEGAIS NA LEI DE AGROTÓXICO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, p. 139-155. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Temas Atuais e Polêmicos de Direitos Fundamentais**: contribuições do XIV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais. Recurso eletrônico, Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

hipóteses, sendo a primeira quando "surgirem indícios de ocorrência de riscos que desaconselhem o uso do produto" e a segunda "quando o país for alertado nesse sentido por organizações internacionais responsáveis pela saúde, alimentação ou meio ambiente, das quais o Brasil seja membro integrante ou signatário de acordo" (FERREIRA; FERREIRA, 2012. p. 209).

Segundo o livro Agrotóxico & Ambiente, publicado pela Embrapa, o termo agrotóxico "[...] inclui todos os inseticidas, fungicidas, herbicidas, fumigantes e outros componentes orgânicos, ou, ainda, algumas substâncias destianda para uso, como regulador de crescimento, desfoliante ou dissecante", e são utilizados na agricultura com três objetivos principais: maior produtividade, produção de alta qualidade e redução de custo de mão-de-obra (SILVA; FAY, 2004, p. 18).

O Brasil é o país com maior consumo anual de agrotóxicos *per capita*: 5,72 kg/ano (MACHADO, 2014, p. 107), fato que gera consequências negativas ao meio ambiente e à saúde em decorrência do uso desenfreado. Neste sentido, Alexandra Aragão pondera sobre o pioneirismo do agrônomo brasileiro José LUTZENBERGER, o qual assegurou na década de 70 que "estávamos passando por um envenenamento proveniente da lavoura e sem noção do efeito dos agrotóxicos no corpo humano e no meio ambiente".

Os danos à saúde, especialmente casos de intoxicação, são destaques de um estudo produzido pela Universidade de São Paulo (USP), em que a professora de geografia agrária, Larissa Mies BOMBARDI (2016), apresenta um mapa de contaminação por agrotóxicos no território brasileiro referente ao período de pesquisa de 2007 a 2017, no qual ficaram demonstrados índices expressivos de contaminação, em que pese que "[...] as doenças crônicas, aquelas provocadas por anos e anos de exposição aos venenos, entre as quais o câncer, ficam de fora dos cálculos".

No livro de Jean DORST (1973, p. 2013), "Antes que a natureza morra", destaca-se o fato de que o homem causou o desequilíbrio do meio ambiente em detrimento de sua subsistência, transformando o campo em um ambiente artificial no qual as pragas só podem ser controladas através

de meios artificiais, como o agrotóxico. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do livro:

> Como, porém, a cada vez que pôde dispor de um novo instrumento não soube utilizá-lo comedidamente, abusou das armas químicas, acreditando nas suas virtudes universais e na sua inocuidade, quaisquer que fossem as doses utilizadas. Esse abuso, acarretou a destruição desmedida de animais inofensivos ou mesmo uteis, e determinou graves desequilíbrios nos habitats naturais ou transformados. Com efeito, o mundo inteiro correu o risco, e corre ainda atualmente, de ser envenenamento, no próprio do termo, pois essa forma de poluição tornou-se, hoje em dia, geral.

Por tais razões, fica demonstrada a importância do tema para o Direito Ambiental e se passa à investigação quanto ao uso dos agrotóxicos citados no Relatório da ONU proferido em 24 de janeiro de 2017 no Brasil, demostrando, também, qual o posicionamento da comunidade científica quanto ao produto em discussão sob a abordagem do Direito Ambiental.

4. EXAME DOS AGROTÓXICOS COM REGISTRO DE USO NO BRASIL QUE FORAM REFERENDADOS NO RELATÓRIO

Considerando as ponderações anteriormente apresentadas, pondera-se acerca de alguns agrotóxicos selecionados que foram citados no relatório "*Report of the Special Rapporteur on the right to food*" (ONU, 2017) disponibilizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), levando em consideração as ponderações apresentadas pela doutrina brasileira e as informações disponibilizadas pelos órgãos responsáveis pela autorização do registro de agrotóxico no território nacional, assim como a lista (ANVISA) de ingredientes ativos e banidos para uso no Brasil.

a) PARATHION/PARATION

Em 1979, Adilson PASCHOAL (1979, p. 85) havia recomendado que, dentre outras fórmulas, o paration fosse colocado no rol de produtos com uso restrito, haja vista que é considerado pela comunidade científica

um composto perigoso para o homem e capaz de produzir efeitos adversos no meio ambiente. Além disso, o produto deveria estar sob rigoroso controle governamental e de "uso restrito somente deve ser aplicado por aplicadores especializados e registrados, ou sob a responsabilidade e orientação dos agrônomos regionais e extensionistas, dos engenheiros sanitaristas e dos médicos sanitaristas".

Segundo a Resolução 2.297 da Agência Nacional Vigilância Sanitária (ANVISA), o cancelamento dos informes de avaliação toxicológica de todos os produtos agrotóxicos a base do ingrediente ativo Parationa Metílica foram proibidos no Brasil a partir de 1º de setembro de 2016, de acordo com a determinação da Anvisa que foi divulgada no Diário Oficial da União (BRASIL. Proibido uso de agrotóxicos com Parationa Metílica).

Dessa maneira, os novos pedidos de registro de produtos formulados à base deste ingrediente e que estavam em tramitação perante a ANVISA passaram a ser indeferidos de imediato, ante a proibição da importação do produto para a utilização no território brasileiro (BRASIL, Importação do agrotóxico Parationa Metílica está proibida). A informação de que o ingrediente ativo paration encontra-se banido no Brasil está disponível no *site* da ANVISA, conforme informação disponibilizada em 20 de janeiro de 2017 (BRASIL. Listas de ingredientes ativos com uso autorizado e banidos no Brasil).

b) ORGANOFOSFORADOS

É possível aferir que o agrotóxico organofosforados possui uso permitido no Brasil pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa), "com exceção dos ingredientes ativos F15 - Forato, M10 - Metamidofós e T21 - Triclorfom, que já tiveram seu uso proibido" após as reavaliações (BRASIL. Organofosforados).

c) ENDOSULFAN

Endosulfan passou a compor a lista de ingredientes banidos no Brasil, haja vista que o Ministério do Meio Ambiente se pronunciou (2010?) no sentido de que o "endosulfan faz parte dos Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs), de que trata a Convenção de Estocolmo. E o Brasil é

o seu terceiro maior consumidor em todo o mundo. O uso do agrotóxico foi proibido pela Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), do Ministério da Saúde, em agosto do ano passado, depois de dois anos de análises" (BRASIL. Agrotóxico endosulfan será banido do Brasil).

Pesquisa realizada no estado de Mato Grosso nos dois principais municípios produtores de soja, Lucas do Rio Verde e Campo Verde, monitoraram os poços de água e concluíram que 32% continham o agrotóxico endosulfan, sendo que 40% das amostras da chuva também estavam contaminadas. Além disso, 11% das amostras de ar coletadas estavam contaminadas pelo mesmo agrotóxico. Uma das consequências foi aferida em 2011 por meio da contaminação do leite materno por agrotóxico banido no Brasil (LONDRES, 2011, p. 80).

d) INSETICIDA NEONICOTINOIDES

As abelhas são responsáveis pela polinização de dois terços dos alimentos que são consumidos pela população, no entanto, o uso do inseticida neonicorinoides implica na morte de populações de abelhas. Por essa razão, "em 02 de maio de 2013, a União Europeia votou pelo banimento desse veneno que mata as abelhas" (MACHADO, 2014, p, 103).

No Brasil, o Ministério do Meio Ambiente compartilha informações de extermínio de colmeias, em especial em São Paulo e Minas Gerais, em decorrência do uso de inseticidas neonicotinoides. De acordo com a pesquisa, a importância das abelhas também paira sob o viés econômico:

> A mortandade disseminada das abelhas devido ao uso de agrotóxicos foi tema de explanação de Cavalcanti, em audiência pública na Câmara dos Deputados. De acordo com o secretário, 87,5% das espécies de plantas com flores conhecidas no mundo dependem de polinizadores (insetos, aves, mamíferos) para gerarem frutos e sementes sadios. Segundo Cavalcanti, os polinizadores são tão importantes que 75% da alimentação humana dependem, direta ou indiretamente, de plantas polinizadas ou beneficiadas pela polinização. E esclareceu: "Sem polinizadores, as plantas

> dependentes não se reproduzem e as populações que delas necessitam declinam e a abelha do mel (Apismellifera) é o polinizador de importância agrícola mais utilizado no mundo". Ele se lembrou da importância econômica dos polinizadores, que movem economia mundial. Dados de 2007 mostram que verduras e frutas lideram as categorias de alimento que necessitam de insetos para a polinização, gerando riquezas em torno de R$ 160 bilhões (50 bilhões de euros) para cada uma dessas áreas. Em 2009, o valor econômico anual total da polinização girou na cada dos R$ 489,6 bilhões (cerca de 153 bilhões de euros), o que representou 9,5% do valor da produção agrícola mundial para alimentação humana em 2005 (BRASIL. Polinizadores em risco de extinção são ameaça à vida do ser humano).

Os efeitos nocivos do uso do neonicotinoides à agricultura são de conhecimento científico brasileiro, da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) e outros órgãos internacionais, os quais conduziram o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) ao posicionamento de que é necessária uma reavaliação do registro de inseticidas e a restrição cautelar da utilização deste produto (RANGEL; BOTTON; PAPA; YAMAMOTO, 2014). Por tais razões, em uma escala nacional, os neonicotinoides estão sendo reavaliados pelo IBAMA, conforme informação disponível no *site* e atualizada em 14 agosto de 2017 (BRASIL. Consulta Pública nº 177, de 25 de maio de 2016), assim como nota técnica explicativa acerca da avaliação de risco de agrotóxicos para insetos polinizadores e lacuna de conhecimentos que foi proferido em 23 de janeiro de 2017, pela Coordenação de Controle Ambiental de Substâncias e Produtos Perigosos do IBAMA (BRASIL. Avaliação de risco de agrotóxicos para insetos politizadores e lacuna de conhecimentos).

e) ATRAZINA

Para a professora Julieta Mieko Ueta, da Faculdade de Ciências Farmacêuticas de Ribeirão Preto (FCFRP) da Universidade de São Paulo (USP), o herbicida atrazina é utilizado, em larga escala, na agricultura com

a finalidade de controlar ervas daninhas, no entanto, a utilização deste ativo pode atingir os lençóis freáticos e contaminá-los. Veja-se:

> Estima-se que a cultura canavieira no Brasil vem consumindo acima de 20 mil toneladas desse tipo de substância por ano", afirma Ueta. O dado é preocupante na medida em que a atrazina, graças ao seu alto potencial de escoamento e elevada persistência nos solos, é um potencial contaminador da água. Essas características ganham maiores proporções na região de Ribeirão Preto, onde se localiza um dos pontos de afloramento do Aqüífero Guarani. "Durante o processo de poluição, a atrazina infiltra-se no solo, podendo atingir lençóis freáticos", explica a pesquisadora. "Analisamos amostras da água do Aqüífero e não encontramos indícios concretos de contaminação. No entanto, como a atrazina é amplamente usada nas culturas de cana-de-açúcar da região, o risco existe (BRASIL. Biorremédio é mais eficiente na degradação de herbicidas no solo).

De acordo com de lista de ingredientes ativos que estão em uso no Brasil, atrazina é um dos componentes ativos que compõem a referida lista da ANVISA (BRASIL. Listas de ingredientes ativos com uso autorizado e banidos no Brasil), ou seja, um dos herbicidas em uso no território nacional (BRASIL, Consulta Pública n° 177, de 25 de maio de 2016).

f) GLIFOSATO - ROUNDUP

Glifosato é o herbicida mais vendido no mundo, sendo que no Brasil seu uso é estimado em 250 milhões de litros anuais. Até 2000, a Monsanto detinha a patente e comercializava a marca Roundup cujo componente ativo é glifosato, e após a quebra da patente até o ano de 2010, foram contabilizadas 21 empresas registradas comercializando esse componente no território nacional, em que pese os estudos apontarem que o uso desse herbicida é capaz de causar distúrbios hormonais, má formação fetal, câncer e problemas reprodutivos (LONDRES, 2011, p. 77).

Na lista de produtos ativos e banidos pela ANVISA, é possível aferir que o componente está na lista de ingrediente com uso autorizado no Brasil. No entanto, em 08 de agosto de 2017, a ANVISA divulgou a

informação de que o "glifosato é o ingrediente ativo com maior volume de vendas no Brasil e, mesmo que se conclua que ele não é carcinogênico e que não possui qualquer impeditivo de registro segundo a legislação brasileira, é importante avaliar a necessidade de medidas de restrição de uso com base em outros aspectos toxicológicos além da carcinogenicidade" (BRASIL. Glifosato prossegue sob análise na Anvisa).

g) BROMETO DE METILO

A composição brometo de metilo também é conhecida como bromometano e é um composto orgânico gasoso extremamente eficaz no combate de pragas, mas prejudicial à atmosfera, tendo o seu uso limitado em todo o planeta. "O Brasil foi um dos países que assinou o Protocolo de Montreal, acordo mundial que busca combater a destruição da camada de ozônio" (BRASIL. Brometo de metila só pode ser usado em unidade alfandegária, decide TRF-4).

O brometo de metilo possui o uso permitido somente nos terminais alfandegados, ou seja, onde termina o processo fiscalizatório, para evitar a entrada de produtos contaminados no país, segundo o relatório da ANVISA e a instrução normativa conjunta nº 2/2015 da Secretaria de Defesa Agropecuária datada de 21 de dezembro de 2015 (BRASIL. Instrução normativa conjunta nº 2/2015 da Secretaria de Defesa Agropecuária). A questão da delimitação do uso da composição foi objetivo de discussão de mandado de segurança nº 5001402-30.2016.4.04.7208 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual manteve a determinação da instrução normativa, restringindo o emprego do brometo de metilo aos terminais retroportuários alfandegados (TRF4. Apelação cível nº 5001402-30.2016.4.04.7208/SC.).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, chegou-se a algumas conclusões extraídas no limite deste trabalho:

a) O Relatório da ONU proferido por especialistas em direitos humanos possui recomendação a serem adotadas pelos Estados,

com o propósito de, em suma, eliminar gradualmente os agrotóxicos que são perigosos e utilizados na agricultura, ante os danos ambientais e à saúde humana. Sobre essas recomendações, é pertinente ressaltar que as manifestações da ONU detêm valor e são reconhecidas e aceitas por um grande número de Estados e, mesmo sem o efeito vinculativo legal, podem ser vistos como uma declaração de princípios amplamente aceitos pela comunidade internacional;

b) Dos agrotóxicos extraídos do relatório da ONU (Paration, Brometo de Metilo, Glifosato - Roundup, Atrazina, Inseticida Neonicotinoides, Endosulfan, Organofosforados), apenas o Paration, Endosulfan e os ingredientes ativos F15 - Forato, M10 - Metamidofós e T21 – Triclorfom do Organofosforados são proibidos no território nacional e tiveram os registros cessados. Isso demostra que do recorte de 7 agrotóxicos analisados, mais da metade é utilizada na agricultura nacional;

c) A primeira recomendação da ONU aos Estados (letra A) é de extrema relevância, claramente sem qualquer prejuízo à importância das demais recomendações, pois nesse item se vislumbra o aconselhamento para que sejam desenvolvidas ações com o incentivo de substituir os agrotóxicos perigosos que são utilizados na agricultura por alternativas mais sustentáveis.

d) A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 assegura à coletividade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações (art. 225), estando previsto no §1º, inciso V do art. 225 a incumbência do Poder Público de controlar a produção, circulação, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco à vida, à qualidade da vida e ao meio ambiente, previsão esse em se enquadra os agrotóxicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandra; [et al.]. **Agrotóxicos:** a nossa saúde e o meio ambiente em questão - aspectos técnicos, jurídicos e éticos. Florianópolis: Funjab, 2012.

BRASIL. **Polinizadores em risco de extinção são ameaça à vida do ser humano.** Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/9976-polinizadores-em-risco-de-extincao-e-ameaca-a-vida-do-ser-humano>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Importação do agrotóxico Parationa Metílica está proibida**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/importacao-do-agrotoxico-parationa-metilica-esta-proibida/219201>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Listas de ingredientes ativos com uso autorizado e banidos no Brasil**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/3197746 >. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Biorremédio é mais eficiente na degradação de herbicidas no solo**. Agência USP de Notícias. Disponível em: <http://www.usp.br/agen/repgs/2004/imprs/184.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Avaliação de risco de agrotóxicos para insetos politizadores e lacuna de conhecimentos**. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/avaliacao/2017/2017-07-27-nota_tecnica_avaliacao_de_risco_de_agrotoxicos-para-abelhas.pdf >. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Reavaliação ambiental**. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Disponível em: <http://ibama.gov.br/component/content/article?id=739>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Consulta Pública n° 177, de 25 de maio de 2016**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2779098/CONSULTA+P%C3%9ABLICA+N+177+GGTOX.pdf/119bbb8e-5285-4035-ac69-4c8c40892138>. Acesso em: 21 set. 2019

BRASIL. **Pesquisadora da USP monta mapa da contaminação por agrotóxico no Brasil**. Disponível em: <http://cartacampinas.com.br/2016/07/pesquisadora-da-usp-monta-mapa-da-contaminacao-por-agrotoxico-no-brasil/>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Diário Oficial da União**, nº 166, 29 de agosto de 2016. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=30&data=29/08/2016>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Organofosforados**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2861507&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=organofosforados&inheritRedirect=true>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Instrução normativa conjunta nº 2/2015 da Secretaria de Defesa Agropecuária**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/INC_02_2015.pdf/36960a5d-e7d9-4270-ad5c-c73b1a9e7592>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Proibido uso de agrotóxicos com Parationa Metílica**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2964385&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=proibido-uso-de-agrotoxicos-com-parationa-metilica&redirect=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fresultado-de-busca%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dparation%26_3_cur%3D1%26_3_struts_action%3D%252F

search%252Fsearch%26_3_format%3D%26_3_formDate%3D1441824476958&inheritRedirect=true>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Glifosato prossegue sob análise na Anvisa**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/glifosato-prossegue-sob-analise-na-anvisa/219201/pop_up?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dpop_up%26p_p_mode%3Dview%26p_r_p_564233524_tag%3Dagrot%25C3%25B3xicos>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6670/2016**. Câmara dos Deputados Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120775>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. **Brometo de metila só pode ser usado em unidade alfandegária, decide TRF-4**. CONJUR, 17 julho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-17/brometo-metila-usado-unidade-alfandegaria>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Projeto cria política nacional para redução do uso de agrotóxicos**. Câmara dos Deputados Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/526450-PROJETO-CRIA-POLITICA-NACIONAL-PARA-REDUCAO-DO-USO-DE-AGROTOXICOS.html>. Acesso em: 18 out. 2019.

TRF4. **Apelação cível nº 5001402-30.2016.4.04.7208/SC.** Rel Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Julgamento: 07/07/2016. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=414679859959654811198828565 21&key=a335f204039e256489ceb19869d655d925e41e2986acf360d58d31fe1845cdd8>. Acesso em: 17 out. 2019.

CARSON, Rachel Louis. **Primavera silenciosa**. 1. ed. São Paulo: Gaia, 2010.

CARNEIRO, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (Org.) **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015.

DORST, Jean. **Antes que a natureza morra**: por uma ecologia política. Tradução Rita Buongermino. São Paulo: Blucher, 1973.

FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Registro e importação de agrotóxicos: não seria dever do Poder Público controlar as atividades que envolvem substâncias capazes de causar danos à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente? In: LEITE, José Rubens Morato (coordenador). **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil** – um guia para ação em defesa da vida. – Rio de Janeiro: AS-PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO, Luiz Carlos Pinheiro. **Dialética da agroecologia**. 2. Ed. São Paulo: Expressão popular, 2014.

MORAES, Maurecir Guimarães de. **O pensamento ambiental em José Bonifácio de Andrada e Silva**. VÉRTICES, Campos dos Goytacazes/RJ, v.16, n.2, p. 129-142, maio/ago. 2014.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Pesticidas matam 200 mil pessoas por intoxicação aguda todo ano, alertam especialistas**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pesticidas-matam-200-mil-pessoas-por-intoxicacao-aguda-todo-ano-alertam-especialistas/>. Acesso em: 18 out. 2019.

PASCHOAL, Adilson D. **Pragas, praguicidas e a crise ambiental**: problemas e soluções. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vagas, 1979.

RANGEL, Luíz Eduardo Pacifici; BOTTON, Marcos; PAPA, Geraldo; YAMAMOTO, Pedro Takoo; Roggia. **Uso de Neonicotinoides no Brasil - situação atual dos produtos registrados**. Embrapa Soja, 2014. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1020643/uso-de-neonicotinoides-no-brasil---situacao-atual-dos-produtos-registrados>. Acesso em: 16 out. 2019.

SILVA, Célia Maria Maganhotto de; FAY, Elisabeth Francisconi. Agrotóxicos: Aspectos gerais. In: SILVA, Célia Maria Maganhotto de; FAY, Elisabeth Francisconi (Editores técnicos). **Agrotóxico & Ambiente**. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2004.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Report of the Special Rapporteur on the right to food**. Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48>. Acesso em: 18 out. 2019.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O Direito Ambiental e os Agrotóxicos**. Rio Grande do Sul: Livraria Do Advogado Editora. 2006.

Larissa Milkiewicz

Doutoranda (Bolsista CAPES) em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Mestre (Bolsista CAPES) em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-4755-0424.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/0895292980871187.
Advogada.
E-mail: larissa_milkiewicz@hotmail.com

AGRAVO DE INSTRUMENTO: TAXATIVIDADE MITIGADA, ESCOLHA PELO ÓRGÃO JULGADOR E A BUSCA POR UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Luciano Henrik Silveira Vieira

AGRAVO DE INSTRUMENTO: TAXATIVIDADE MITIGADA, ESCOLHA PELO ÓRGÃO JULGADOR E A BUSCA POR UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA*

INTERLOCUTORY APPEAL: MITIGATED RATE, CHOICE BY THE JUDGING BODY AND THE SEARCH FOR A SYSTEMATIC INTERPRETATION

Luciano Henrik Silveira Vieira

RESUMO

O presente ensaio teve como objetivo central a análise da técnica de interpretação do rol de pronunciamentos agraváveis contemplado pelo artigo 1.015 do Código de Processo Civil em vigor. Mostrou-se fundamental para o desenvolvimento do trabalho realizar a interpretação normativa pela perspectiva do processo constitucional democrático, com finalidade de demonstrar a relevância de tal modelo de processo no desenvolvimento e na construção comparticipada de um resultado democraticamente útil e legítimo. Desse modo, o estudo se desenvolveu a partir dos parâmetros metodológicos da abordagem dedutiva, bem como da técnica de pesquisa bibliográfica, procurando-se demonstrar a necessidade do estabelecimento de um diálogo profícuo entre os sujeitos processuais, garantindo uma efetiva influência e consideração das questões apresentadas endoprocessualmente para a formação do pronunciamento jurisdicional e da interpretação da norma positiva. Assim, objetivou-se manter a flexibilização das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, mas sem desprendimento da sistematicidade do Código e sem dispensa do ônus argumentativo pelas partes e também pelo órgão julgador.

*Artigo recebido em Fevereiro/2020 e aprovado em julho/2020.

PALAVRAS-CHAVE: AGRAVO. INSTRUMENTO. HIPÓTESES. INTERPRETAÇÃO. SISTEMÁTICA.

ABSTRACT

The main objective of this essay was to analyze the technique of interpreting the list of interlocutory decisions that could be appealed contemplated by article 1.015 of the Civil Procedure Code in force. It proved to be fundamental for the development of the work to carry out the normative interpretation from the perspective of the democratic constitutional process, with the purpose of demonstrating the relevance of such a process model in the development and the shared construction of a democratically useful and legitimate result. Thus, the study was developed based on the methodological parameters of the deductive approach, as well as the bibliographic research technique, seeking to demonstrate the need to establish a fruitful dialogue between the procedural subjects, guaranteeing an effective influence and consideration of the questions presented endoprocessionally for the formation of the judicial pronouncement and the interpretation of the positive norm. Thus, the objective was to maintain the flexibility of the hypotheses of the instrument's appeal, but without detaching the systematicity of the Code and without releasing the argumentative burden by the parties and also by the judging organ.

KEYWORDS: *INTERLOCUTORY APPEAL. INSTRUMENT. HYPOTHESES. INTERPRETATION. SYSTEMATIC.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Pronunciamentos jurisdicionais; 2.1 Noções prévias; 2.2 Sentença; 2.3 Decisão interlocutória; 2.4 Despacho. 3 Agravo de instrumento; 3.1 Cabimento; 3.2 A taxatividade do rol do artigo 1.015. 4 A taxatividade mitigada. 5 Por uma interpretação sistemática. 6 Notas conclusivas. 7 Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Após quatro anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15) revelam-se necessários e oportunos novos estudos e críticas acerca dos conteúdos da legislação processual civil, principalmente quando a interpretação da lei ainda não encontra unissonância, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

As diversas interpretações dadas ao recurso de agravo de instrumento, previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil em vigor, corroboram o entendimento de que os institutos do direito processual civil, mesmo os mais tradicionais, exigem revisitação e constante aprimoramento, ainda mais quando lei posterior restringe o âmbito de atuação da parte, limitando seu direito fundamental de revisibilidade das decisões jurisdicionais.

No presente artigo intenta-se traçar a extensão e a aplicabilidade do agravo de instrumento, tratando da natureza jurídica das decisões que o desafiam e da redução do campo de atuação recursal da parte.

Para tanto, far-se-á uma contextualização normativa e uma breve passagem pelas diferentes espécies de pronunciamentos jurisdicionais. A seguir, tratar-se-á da chamada "taxatividade mitigada", suas implicações e deficiências, fazendo-se abordagem crítica quanto à inexistência de processualidade democrática quando a escolha argumentativa cabe apenas ao órgão jurisdicional, implicando em insegurança jurídica. Ao final será proposta uma outra forma de interpretar o artigo 1.015 do CPC, mirando o Código como um sistema normativo amplo e coeso.

2. PRONUNCIAMENTOS JURISDICIONAIS

2.1 Noções prévias

Sabe-se que existem pronunciamentos jurisdicionais com conteúdo decisório e sem conteúdo decisório. Os de conteúdo decisório são aqueles em que o órgão jurisdicional resolve uma questão meritória ou processual da causa, normalmente fazendo um juízo de cognição exauriente ou de probabilidade, produzindo uma sentença ou uma decisão interlocutória. Por outro lado, os pronunciamentos sem conteúdo decisório são aqueles em que o magistrado não decide questões meritórias ou processuais que possam causar prejuízo às partes, mas relativa ao simples trâmite processual, segundo o princípio do impulso oficial.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, em seu artigo 203, as espécies de pronunciamentos do juiz, que consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos, que serão tratados a seguir.

2.2 Sentença

Conforme descrito no parágrafo primeiro do dispositivo legal acima citado, "ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução".

Vê-se que o legislador adotou um conceito híbrido para a sentença, considerando tanto o conteúdo quanto a finalidade da decisão para qualificá-la como tal.

Contudo, o critério utilizado pelo legislador não é o mais técnico se levarmos em conta que a interposição do recurso de apelação prolonga a fase cognitiva, não incidindo ainda um termo ao procedimento em primeiro grau de jurisdição, mesmo havendo uma sentença que se enquadra nos termos do artigo 203 do CPC.

Em regra, a sentença é irrevogável, gerando preclusão consumativa para o juiz que a profere assim que publicada, a não ser nas hipóteses contempladas no artigo 494 do CPC.

Todavia, o legislador previu hipóteses que excetuam a preclusão: como quando há o indeferimento da petição inicial (art. 331), quando julga liminarmente improcedente o pedido autoral (art. 332, § 3º) e sempre que prolatada sentença terminativa com base no rol descrito no artigo 485, conforme expresso no parágrafo sétimo do mesmo dispositivo legal. Nessas situações, pode o juízo, diante da interposição de apelação pela parte prejudicada, retratar-se da sentença, modificando-a. A razão principal de tal autorização normativa está na observância do princípio da primazia da resolução do mérito.

O artigo 489, § 1º do CPC, prevê uma contundente exigência de ônus argumentativo por parte do magistrado, a conferir

> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A previsão normativa teve como fundamento gerador o comando constitucional disposto no artigo 93, inciso IX, da CRFB.

Vale dizer que a resposta estatal a uma demanda do cidadão, num Estado Democrático de Direito, só será legítima se as partes envolvidas (destinatárias) puderam contribuir para as decisões a que estão submetidas. Em outras palavras, sob a égide de um processo constitucionalizado, que assegura o direito ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia, não havendo espaço para o livre convencimento ou arbitrariedades, os argumentos das partes devem ser tomados como alicerce para a construção constitucional-democrática das decisões, só podendo ser aceito como válido e legítimo o pronunciamento jurisdicional no qual as partes se enxergaram como destinatárias e compartícipes de sua prolação.

De acordo com VIEIRA (2017), o contraditório na atualidade deixou de ser uma simples manifestação de contradizer as alegações da parte contrária (bilateralidade de audiência), tornando-se uma garantia processual que possui específicas funções:

> 1) faculdade de dizer e contradizer; 2) oportunidade de se manifestar no prazo estipulado pela lei; 3) possibilidade de participar do discurso em igualdade de condições com os demais sujeitos processuais; 4) influenciar no resultado do provimento final proveniente do órgão estatal; e 5) evitar que as partes sejam surpreendidas por uma decisão

> sustentada por uma questão de um argumento que não foi objeto de prévio debate (evitação da chamada decisão surpresa). (VIEIRA, 2017, p. 103).

Realçando a importância do contraditório, DIAS discorre sobre o quadrinômio estrutural do contraditório, que se constitui em "informação – reação – diálogo – influência – como o resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais" (2015, p. 133).

O dever de fundamentação tem também por finalidade permitir o controle sobre o exercício da função jurisdicional em dois planos igualmente importantes. Em primeiro lugar, destina-se ao controle pela sociedade das atividades jurisdicionais do Estado, assegurando que as decisões sejam imparciais e sustentadas na legalidade. Num segundo plano, destina-se ao controle pelas partes, pelo exercício do direito ao recurso, pelo qual se busca a reforma da decisão prolatada.

2.3 Decisão Interlocutória

De acordo com o Código de Processo Civil de 2015, "decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1.º" (art. 203, § 2º).

Sendo perceptível que o diploma legal processual elegeu a decisão interlocutória como pronunciamento decisório residual, ou seja, o que não estiver abarcado no parágrafo primeiro do artigo 203, em conjunto com os artigos 485 e 487, será decisão interlocutória.

Tradicionalmente, a decisão interlocutória consiste em um pronunciamento jurisdicional que resolve questão incidente, não colocando fim ao procedimento, mas apenas preparando-o para o julgamento final. Estão incluídas nesta espécie decisões como as que resolvem o valor atribuído à causa, a concessão de gratuidade de justiça, tutelas provisórias, produção de provas, intervenção de terceiros, cominação de multas, dentre outras.

Mas há diversas decisões interlocutórias que fogem a essa regra e que decidem certa porção do procedimento, resolvendo de forma imediata o mérito (ou parte dele), conforme se depreende da leitura do artigo 356

do CPC, em que a redação de seu parágrafo quinto é clara em dizer que as matérias ali versadas são impugnáveis por agravo de instrumento, recurso apto a desafiar decisão interlocutória.

Além disso, no atual panorama processual, após ultrapassado o momento de verificação dos pressupostos para a adequação da decisão à espécie interlocutória, o operador do direito deverá averiguar se a matéria objeto da impugnação está elencada no rol do artigo 1.015 do CPC ou expressamente prevista em legislação especial para que possa interpor o recurso próprio. Caso a resposta seja negativa, certamente estará a parte diante de uma decisão interlocutória não agravável, e sim apelável em questão preliminar ou em contrarrazões de apelação (art. 1.009, § 1º).

Entende-se, portanto, que o atual Código de Processo Civil adotou um critério topológico e residual para a decisão interlocutória agravável de imediato, desconsiderando seu conteúdo (arts. 203, §§ 1º e 2º e 1.015).

2.4 Despacho

Despacho é o pronunciamento judicial sem conteúdo decisório praticado de ofício ou a requerimento da parte com a finalidade de dar impulso ao trâmite processual, conforme disciplina contida no artigo 203, § 3º, do CPC.

Os despachos, por não tratarem sobre o mérito da causa, e por isso possuírem natureza meramente impulsionadora do procedimento, não são atacáveis por recurso, como expressamente previsto no artigo 1.001 do CPC.

Impende ressalvar apenas os casos dos falsos despachos, que são verdadeiras decisões interlocutórias, mas são chamados, inclusive pela tradição da *práxis*, de despachos. Assim se dá, por exemplo, com a decisão de saneamento do processo, atualmente descrita no artigo 357 do Código de Processo Civil, tradicionalmente chamada de "despacho saneador".

Com base nisso, e por estarmos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, no qual o Processo tem de ser considerado uma instituição garantidora de direitos e imperativo de limites às eventuais

arbitrariedades estatais, mostra-se inconcebível considerar a existência de um pronunciamento jurisdicional que possa causar prejuízo a alguma das partes não suscetível de revisão.

Há autores que consideram a existência de prejuízo como elemento dispensável para a caracterização do pronunciamento como despacho ou como decisão interlocutória. Nesse prisma,

> Entendo que a existência de prejuízo seja um elemento irrelevante para a distinção entre decisão e despacho. Não vejo qualquer problema em aceitar que, excepcionalmente, um pronunciamento com conteúdo decisório mínimo seja capaz de gerar um prejuízo às partes, hipótese em que deverá ser atacado por meio do mandado de segurança. Também imagino a possibilidade de uma decisão interlocutória que não gere qualquer prejuízo às partes, o que, entretanto, não será suficiente para que tal pronunciamento seja considerado como um despacho. (NEVES, 2016, p. 348).

Por razões de ordem técnica, entendemos que a distinção tem de ser feita com base nos efeitos advindos do ato emanado do juízo. Se o pronunciamento se limita a fazer cumprir estritamente aquilo que se encontra prescrito na legislação processual (como a intimação do autor para oferecimento de réplica à contestação ou das partes sobre a proposta de honorários oferecida pelo perito), sem margem para decisão (como ato cognitivo), estar-se-á diante de um despacho.

De toda forma, se o pronunciamento tiver força para causar prejuízo a uma das partes, possuindo ou não conteúdo decisório, como a designação de audiência para uma data com três anos futuros em relação à data de publicação, em clara inobservância dos princípios da duração razoável do processo e da eficiência, não é possível questionar que o interessado possui direito à revisibilidade do ato judicial. Para tanto, mesmo que se entenda que tal pronunciamento se caracteriza como despacho, portanto legalmente irrecorrível, deve ser utilizado o remédio do mandado de segurança, que serve à proteção de direito líquido e certo das pessoas contra ilegalidade ou abuso de poder emanado de autoridade pública.

3. AGRAVO DE INSTRUMENTO

Fazendo um recorte para o recurso diretamente ligado ao tema deste ensaio, sabe-se que o revogado Código de Processo Civil de 1973 já definia o agravo de instrumento como sendo o recurso próprio a contrastar decisão interlocutória prolatada por juízo de primeiro grau de jurisdição.

Tal meio de impugnação das decisões judiciais, ao contrário da generalidade dos recursos previstos no sistema processual, não é endereçado ao próprio juízo que proferiu a decisão agravada, mas ao órgão revisor (tribunal *ad quem*).

Inclusive competindo ao recorrente comunicar o juízo de primeiro grau da interposição do agravo, franqueando-lhe a possibilidade de retratação, enfaticamente quando se tratar de autos físicos, conforme previsões contidas no artigo 1.018 do CPC em vigor.

3.1 Cabimento

O atual Código de Processo Civil trouxe modificações significativas no que se refere à recorribilidade das decisões emanadas do primeiro grau e alterou de maneira contundente o cabimento do recurso de agravo de instrumento.

O artigo 1.015 se prontificou a enumerar hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, esvaziando a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias que não se encontram elencadas no rol legal.

Vale lembrar que o Código revogado entendia caber o agravo de instrumento contra toda decisão interlocutória que resolvia questão incidente sem colocar termo ao procedimento, desde que a decisão fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação (art. 522, CPC/73), conferindo mesmo uma vasta gama de possibilidades de interposição do recurso.

Do que se tem agora, a rigor, nem toda decisão interlocutória poderá ser objeto do agravo de instrumento, necessitando mesmo estar encartada em capítulo destinado à apelação.

Nesse sentido,

> É mister destacar, por oportuno, que o Código de Processo Civil de 2015 atinge o regime de preclusão temporal tendo em vista que, à exceção das hipóteses expressamente previstas no art. 1.015, as interlocutórias não serão recorríveis de imediato, mas apenas como um capítulo preliminar do recurso de apelação interposto contra a sentença ou nas contrarrazões recursais. (ARAUJO, 2016, p. 208).

O entendimento é o de que as decisões interlocutórias não arroladas em um dos incisos do artigo 1.015 não são atingidas pela preclusão temporal, tendo em vista a técnica empregada pelo legislador de restringir a interposição do recurso.

Vale aqui a transcrição do dispositivo legal em comento:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;
>
> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
>
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
>
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
>
> XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou

> de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Mas o próprio legislador previu hipóteses de cabimento do citado recurso não contempladas pelo rol do artigo 1.015. A propósito, veja-se a previsão de cabimento contra decisão terminativa que reduz objetivamente a demanda contida no parágrafo único do artigo 354. Outra hipótese de cabimento é contra a decisão que indefere o requerimento de desconsideração da suspensão do processo determinada em razão de julgamento de recurso repetitivo (art. 1.037, § 13, I). E ainda, conforme expresso no artigo 1.027, § 1º, terá cabimento a espécie recursal ora mencionada, direcionada ao Superior Tribunal de Justiça, em caso de decisão interlocutória proferida em demandas internacionais, mas desta feita com a condição de se enquadrarem nas hipóteses ao artigo 1.015.

3.2 A taxatividade do rol do artigo 1.015

Como já mencionado, o Código de Processo Civil de 2015 listou hipóteses de incidência do agravo de instrumento. Assim, considerável parte da literatura jurídica nacional e também da jurisprudência entendem que a norma infraconstitucional merece interpretação segundo o critério da taxatividade, ou seja, de forma restritiva. Significando que houve uma tarifação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, e de forma intencional, não se podendo entender como mero descuido legislativo.

Em outras palavras, o objetivo do legislador foi mesmo limitar o cabimento do agravo de instrumento pela enumeração taxativa das hipóteses em que pode ser conhecido, evitando-se o acúmulo de serviço (recursos) para apreciação pelos órgãos colegiados dos tribunais.

Nesse sentido, já se disse que a orientação do Código atual é diversa da do Código revogado, "na medida em que enumerou um rol taxativo de decisões que serão impugnadas por meio de agravo de instrumento" (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 1.052).

BUENO (2018, p. 1.140) igualmente destaca que

> Importante e substancial alteração proposta desde o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas é a indicação dos casos em que

> é cabível o recurso de agravo de instrumento, assim entendido o recurso que submete a contraste imediato pelo Tribunal decisão interlocutória proferida na primeira instância ao longo do processo. O objetivo expresso, desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto, é o de reduzir os casos em que aquele recurso pode ser interposto, quando comparado com o CPC de 1973.

Mas, mesmo para os que se inclinam pela taxatividade, o entendimento, como não poderia deixar de ser, é pela indispensabilidade de interpretação. A propósito,

> Como é amplamente reconhecido, inclusive por juristas de diferentes tradições e com diferentes inclinações teóricas, o raciocínio analógico perpassa a interpretação de todo o sistema jurídico, constituindo ao fim e ao cabo um elemento de determinação do direito. O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação. (MARINONI *et al.*, 2017, p. 405).

O artigo 1.015 do Código de Processo Civil repristinou parcialmente a técnica outrora empregada pelo Código de 1.939, condicionando a interposição do agravo de instrumento a determinadas hipóteses expressamente definidas em lei.

A opção adotada pelo legislador não merece elogios. É que delimitar as hipóteses de impugnação imediata das decisões judiciais, sob o argumento da oralidade do procedimento e diminuição de recursos que sobem para as instâncias superiores, que dizem estar saturadas com recursos de agravo de instrumento, é negar a ampla defesa e o contraditório. Em outras palavras, marca a supremacia da jurisdição em detrimento das partes que buscam a tutela jurisdicional, pois um sujeito processual decide (o juiz), potencialmente gerando prejuízo para outro sujeito processual (a parte), que tem interesse de ver aquela decisão revisada, conferindo discricionariedade e, consequentemente, falta de legitimidade democrática ao resultado do processo. Em verdade, justificar a elaboração de um rol legal

nesses parâmetros é instituir a celeridade a todo custo, com atropelos dos direitos fundamentais, especialmente do devido processo constitucional democrático, inclusive ofendendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Segundo a ultrapassada teoria da relação jurídica (formulada por Oscar von Bülow em 1868), arraigada na ideia de sujeição de uma parte em relação à outra e das duas em função do juiz, fica o processo alocado como instrumento da jurisdição, onde "a atividade jurisdicional seria o centro e a instituição constitucionalizada (o processo) na periferia" (VIEIRA, 2017, p. 63), o que justificaria a confecção de um dispositivo nos moldes do artigo 1.015, limitador dos princípios institutivos do processo (ampla defesa, contraditório e isonomia) e de garantias fundamentais (acesso à jurisdição e devido processo). Por tais razões, enxergamos os parâmetros limitativos traçados pelo rol legal como antidemocráticos.

Nesse contexto, parece-nos que o legislador não só retrocedeu naquilo que era disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1.939, mas também ao Estado Kelseniano, numa tentativa de subsunção do caso concreto a uma moldura normativa impressa, reduzindo o Direito a um cálculo matemático que não admitiria interpretação, retomando o obsoleto brocardo "o juiz é a boca da lei".

Acreditamos que, para não interferir tão drasticamente na esfera de atuação processual da parte e também mirando a razoável duração do processo, fosse melhor o legislador inverter a lógica disposta no artigo 1.015. Isto é, em vez de discriminar as hipóteses de cabimento de recurso de forma imediata contra decisão interlocutória proferida pelo juízo de primeiro grau, poderia ter discriminado as hipóteses de não cabimento do agravo de instrumento.

Até mesmo porque existem várias situações em que a parte pode ter legítimo interesse em agravar por instrumento da decisão proferida, mas não terá essa oportunidade exatamente em virtude de a hipótese não estar presente no rol legal, mesmo existindo iminente risco de dano a seu direito (material ou processual). A título de exemplo, sem qualquer intenção de esgotar as possibilidades concretas, podemos citar: a) o reconhecimento

judicial de incompetência para processar e julgar a causa, gerando a remessa dos autos físicos para uma comarca distante vários quilômetros do local onde reside a parte e onde o processo tramita originariamente; b) a correção de ofício do valor da causa, importando na complementação das custas processuais sob pena de extinção prematura do processo (arts. 290, 292, § 3º e 293); c) a negação de atribuição de segredo de justiça à causa, potencialmente causando máculas à intimidade da parte (art. 189, III); d) inadmissão de produção de determinada prova, sem redistribuição do ônus probatório, inviabilizando que a parte comprove adequadamente suas alegações (art. 357, II); e) rejeição do requerimento de revogação da gratuidade judiciária deferida à parte adversa, importando em clara ofensa à isonomia diante das outras hipóteses contempladas pelos artigos 101 e 1.015, V.

A impossibilidade de contrastar imediatamente os pronunciamentos jurisdicionais referidos pode ressuscitar a impetração de mandado de segurança para o combate a decisões interlocutórias, provocando a mantença do inchaço do judiciário. Além disso, os pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança diferem bastante daqueles do agravo de instrumento, resultando em claro prejuízo à parte quando a situação concreta estiver mais enquadrada nos pressupostos do agravo e se vir obrigada a impetrar o *mandamus*.

4. A TAXATIVIDADE MITIGADA

O Superior Tribunal de Justiça, com base na dissidência interpretativa verificada tanto na doutrina como em diversos julgados pelos tribunais locais, deu origem a uma nova forma de interpretar o texto legal, fazendo emergir a denominada "taxatividade mitigada".

Por meio dos recursos especiais 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, o Tribunal da Cidadania enunciou tese jurídica acerca da taxatividade do rol do artigo 1.015, propondo que o dispositivo legal admite interpretação extensiva ou analógica, sem dispensa ao enfrentamento das questões que impactarão diretamente nas faculdades processuais das partes e na atividade jurisdicional. Segue ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação".

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em

> que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.
>
> 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.
>
> 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.
>
> 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.
>
> 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência.
>
> 9- Recurso especial conhecido e provido.
>
> (STJ, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19/12/2018).

No corpo do voto condutor dos acórdãos, a Relatora, depois de discorrer sobre a história da recorribilidade das decisões interlocutórias por meio de recurso de agravo e sobre a divergência doutrinária e jurisprudencial

acerca da natureza do rol ao artigo 1.015 do CPC, propôs a tese jurídica de que "a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações". Complementando que "trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo".

Com isso, ao final do julgamento firmou-se a seguinte tese: "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação".

Embora tenha sido criado um método interpretativo de lei novo e aparentemente paradoxal, a taxatividade mitigada, vê-se que o intento do Tribunal foi mesmo de arrefecer a escolha feita pelo legislador, que irrefutavelmente causa inconvenientes processuais (como, por exemplo, a anulação do processo em grau de apelação em razão de decisão interlocutória não agravável de imediato, provocando um retro-cesso) e risco de prejuízos os mais diversos às partes. Contudo, a tese carece de lógica linguística, pois o que é taxativo não pode ser mitigado, e se o for não será mais taxativo. Ora, basta pensarmos no próprio princípio da taxatividade recursal, definido pelos artigos 22, I, da CRFB e 994 do CPC, que inegavelmente provocam a interpretação restritiva, se puder ser mitigado, provocará a interpretação de que podem existir outros recursos no direito processual civil que não estão dispostos expressamente na lei federal, o que é no mínimo um despropósito.

Além disso, a taxatividade mitigada mantém viva a indesejável discricionariedade do julgador quanto ao entendimento do que configura

ou não a urgência definida na tese firmada. Isso porque, não havendo uma técnica interpretativa como critério legal e objetivo para definir a urgência, será ela interpretada de acordo com o entendimento do respectivo relator ao qual o agravo for distribuído, mesmo que a parte expressamente justifique a urgência em sua petição recursal. Em outras palavras, a taxatividade mitigada deposita totalmente nas mãos dos julgadores a deliberação acerca daquilo que pode ou não ser rediscutido de forma imediata por meio do agravo, o que obviamente depõe contra o Estado Democrático de Direito.

Em tal modelo de Estado, o povo tem de se enxergar como protagonista jurídico do seu destino no discurso constitucional, podendo se insurgir, processualmente (pelo devido processo: fala lógica e dialógica em espaços procedimentais predefinidos), contra a imposição da vontade proveniente de qualquer agente estatal, pois reconhece sua identidade no próprio texto legal coproduzido, por meio da democracia representativa ou por ver seus argumentos considerados pelo julgador, no caso da resposta jurisdicional (VIEIRA, 2020).

E ainda se pode dizer que a taxatividade mitigada cria, por consequência, um outro problema para o jurisdicionado, que é "preclusão-surpresa", que ocorrerá quando da decisão interlocutória proferida não for interposto o agravo, pois não constante a hipótese do rol do artigo 1.015, e a parte, que deixou para rediscutir a decisão interlocutória na apelação (art. 1.009, § 1º), tomará conhecimento, quando do julgamento de tal recurso, que aquela situação se enquadrava na urgência definida na tese firmada pelo STJ e que deveria ter interposto o agravo, pois a rediscussão do caso apenas em apelação provoca a inutilidade do julgamento da questão, conforme pensa o julgador revisor.

Tratando-se de processo democrático, a surpresa é circunstância que sugere o arbítrio (DELFINO, 2011), mas as garantias constitucionalizadas do devido processo rechaçam qualquer tipo de livre alvedrio na atividade jurisdicional. Isso porque, com a instauração do processo, inaugura-se dinamicamente no procedimento o chamado quadrinômio estrutural do contraditório (informação – reação – diálogo – influência), como resultado da correlação do princípio do contraditório com os princípios do devido processo e da fundamentação das decisões jurisdicionais (DIAS, 2015).

Assim, apesar de reconhecermos que o posicionamento do STJ é bem melhor do que a simples literalidade da lei, ainda o consideramos insuficiente para dirimir o problema criado pela limitação legal. A uma, porque confere discricionariedade fora da normatividade aos órgãos jurisdicionais revisores para decidirem o que é ou não questão de urgência, e discricionariedade não combina com processo constitucional democrático, já que sugere o arbítrio. A duas, porque o Tribunal Superior inovou no sistema das preclusões, criando uma potencial surpresa ao jurisdicionado quando descobre, apenas no julgamento da apelação, que o relator enxerga aquela questão como urgente e que deveria ter sido interposto o agravo de instrumento, uma vez que se mostra inútil o julgamento da questão apenas em apelação, de acordo com o entendimento pessoal dele (relator).

Parece-nos indiscutível que situações como as retratadas acima fazem emergir a mal quista insegurança jurídica. Se a segurança jurídica implica no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos à luz da liberdade reconhecida, "uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída" (SILVA, 2003, p. 431), tal como definido no artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB, mas, quando tais condições de antecipação e reflexividade deixam de existir, o indivíduo se vê numa situação de desproteção, de insegurança jurídica.

Essa é exatamente a crítica que tecemos à criação da taxatividade mitigada, mesmo entendendo que já foi um avanço em direção a um novo horizonte interpretativo. Todavia, sempre que o destinatário da norma (jurisdicionado) for alijado do discurso processual democrático, cabendo exclusivamente à autoridade a escolha da subsunção do caso concreto à norma, terá havido déficit democrático, pois esse lugar de fala privilegiado escapa da normatividade predisposta.

Comungando do mesmo entendimento,

> Atualmente, o juiz não pode ser reduzido a um intérprete mítico capaz de, sozinho, captar uma realidade refletida na opinião de todos,

> da maioria ou dos mais sábios e ilustres, pois, ao adotar tal postura, primeiro, cairá no solipsismo decisional, segundo, homologará a tradição de forma acrítica, o que fere a própria complexidade das sociedades abertas, *sem centro* e não tribais. (MADEIRA, 2014, p. 530)

Importante sublinhar que o órgão colegiado (Corte Especial do STJ) procurou, em alguma medida, resguardar o interesse recursal das partes quanto a uma possível decisão-surpresa, especificando que apenas haverá a preclusão quando o recurso interposto pela parte tiver sido admitido pelo tribunal de origem, estabelecendo "um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão" (item 7 da ementa do REsp n. 1.704.520/MT). Mas não nos parece que tal previsão tenha conseguido proteger suficientemente as partes quanto a uma possível decisão que lhes cause espanto.

Ora, mesmo após a publicação do referido acórdão de recurso especial entrevê-se possibilidade de que a decisão de não recebimento do agravo de instrumento pelo tribunal revisor provoque surpresa às partes. Decerto que a modulação de efeitos estabelecida pelo STJ não blinda as partes quanto a uma possível discricionariedade conferida aos órgãos jurisdicionais revisores para decidirem o que é ou não questão de urgência, como já mencionado alhures, e nem quanto à inadmissibilidade do agravo de instrumento cuja discussão continha em si questão que merecia revisão imediata na avaliação da parte, por causar-lhe prejuízo premente.

Dessa maneira, caso o agravo de instrumento, interposto diante do indeferimento da produção de determinada prova que a parte considera essencial para comprovar suas alegações fáticas, por exemplo, for inadmitido por entender o relator que a situação não se enquadra naquelas consideradas por ele como urgentes (solipsismo), o prejuízo processual do agravante é instantâneo e a revisão da decisão agravada somente quando do julgamento da apelação pode ocasionar dano irreversível e até mácula aos princípios da duração razoável do processo e da eficiência. Isso porque na hipótese de o órgão colegiado, no julgamento da apelação, concordar com a argumentação da parte, terá de anular a sentença e determinar a

realização da prova requerida e a repetição dos atos praticados no processo de conhecimento, a partir da realização daquele meio probatório.

Por tais razões, há que se propor novas maneiras de interpretar a redação do artigo 1.015 do CPC, sem prejudicar o destinatário da norma (o jurisdicionado) e também sem se fazer malabarismos interpretativos, com distanciamento da normatividade posta.

5. POR UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Certo é que o Código de Processo Civil constitui-se em um sistema normativo complexo, coeso e suficiente que objetiva regular a formação, o desenvolvimento e a extinção do processo, provocando imperativamente que a interpretação de suas regras deve ser feita sistematicamente, enxergando-se o Código como um todo (unidade sistemática).

Nesse sentido, a falta de visão sistemática sobre os institutos do direito processual pode ocasionar inúmeros equívocos interpretativos, significando mesmo mutilação do sistema processual, por quebrar sua unidade e dificultar sua compreensão (MACIEL JÚNIOR, 2013). Corroborando tais afirmações, já pontuou doutrina abalizada que

> A sistematização do Código mediante premissas fortes é uma de suas grandes características, especialmente após inovações trazidas durante sua tramitação na Câmara dos Deputados.
>
> Assim, o Novo CPC somente pode ser interpretado a partir de suas premissas, de sua unidade, e especialmente de suas normas fundamentais, de modo que não será possível interpretar/aplicar dispositivos ao longo de seu bojo sem levar em consideração seus princípios e sua aplicação dinâmica (substancial).
>
> Ademais, não será possível analisar dispositivos de modo isolado, toda compreensão deve se dar mediante o entendimento pleno de seu sistema, sob pena de se impor leituras apressadas e desprovidas de embasamento consistente.
>
> (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 19)

O que se quer dizer é que não é possível aceitar interpretação a partir de um marco zero de sentido, pois é imperativo que se faça

interpretação conforme, conforme a Constituição e conforme a lei (no caso, o sistema normativo do CPC).

Dessa forma, como o sistema processual vigente prevê a existência de decisões interlocutórias agraváveis de imediato, bem como decisões interlocutórias de revisão tardia por parte do órgão jurisdicional colegiado (aquelas que serão revisitadas por ocasião da interposição da apelação), faz-se necessária uma interpretação sistemática das hipóteses de pronunciamentos interlocutórios não descritos no rol do artigo 1.015.

E assim, interpretando o referenciado dispositivo legal em conjunto com os artigos 300 e 995, parágrafo único, todos constantes do mesmo diploma legal normativo, bem como mirando a não imposição da vontade do judiciário (subjetividade do julgador), fica sugerida a seguinte proposição: o artigo 1.015 disciplina as hipóteses preclusivas de agravo de instrumento, de modo que, não sendo interposto o recurso, não poderá a matéria ser rediscutida na apelação e, quanto às demais decisões interlocutórias, caberá à parte prejudicada optar por recorrer imediatamente ou deixar que a questão seja revista quando da interposição da apelação, sem prejuízo da imprescindível demonstração de que o pronunciamento decisório emanado do juízo singular gera risco de dano grave à parte (material ou processual) ou ao resultado útil do processo.

Poder-se-ia argumentar que, no segundo caso (recurso facultativo), ainda haveria um retorno à discricionariedade do julgador (prevalência do judiciário sobre a parte), uma vez que os requisitos do risco acima apontados seriam ao cabo analisados pelo relator, que poderia entender que o preenchimento de tais requisitos não foi adequadamente demonstrado pelo recorrente, o que não deixa de ser um raciocínio válido. Entretanto, além do fato de se poder rediscutir colegiadamente a decisão do relator de não conhecimento do recurso por ausência dos requisitos do risco (por meio de agravo interno ou até recurso especial), ter-se-á evitado o pronunciamento da preclusão acerca da matéria quando do julgamento do recurso de apelação, pois a parte interessada terá interposto o recurso (o agravo de instrumento), que só não teve seu mérito julgado por não ter sido conhecido pelo relator. Com efeito, tal entendimento evita a ocorrência da "preclusão-surpresa".

6. NOTAS CONCLUSIVAS

Diante do que se expôs neste ensaio, reafirma-se que o magistrado possui muito mais responsabilidade e dever do que poder no exercício da atividade jurisdicional e, ao interpretar a norma, deve demonstrar formal e tecnicamente porque chegou àquela conclusão processual e também porque aquela opção foi a melhor.

A interpretação do Direito não pode partir de um grau zero de sentido, de modo que a compreensão legal realizada pelo judiciário deve levar em consideração os métodos interpretativos já existentes, até mesmo para não causar surpresa às partes.

A taxatividade mitigada foi uma saída encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça para arrefecer o rigor da redação do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, que deixou mesmo diversas hipóteses de decisão interlocutória que demandam revisão imediata sem previsão expressa.

Contudo, tal raciocínio acabou por conferir poderes excessivos aos órgãos jurisdicionais para decidirem o que é ou não questão de urgência, acabando por enfraquecer o discurso democrático. Além disso, a taxatividade mitigada parece ter criado uma possível surpresa para a parte quando vier a descobrir, apenas por ocasião do julgamento da apelação, que, para o relator, aquela questão era urgente e deveria ter sido questionada pela via do agravo de instrumento, mostrando-se inútil a revisão da decisão apenas em apelação, provocando o que denominamos de "preclusão surpresa".

E assim, para que o ensaio não ficasse apenas no apontamento de críticas, fizemos um proposição de nova interpretação ao referenciado dispositivo legal. Entendemos, com todo o respeito a quem pensa diferente, que o rol do artigo 1.015 contempla hipóteses preclusivas de decisões interlocutórias, resultando que a não interposição do recurso de forma imediata provocará o não conhecimento da matéria quando do julgamento da apelação. Sendo que, com relação às demais decisões interlocutórias não previstas expressamente no rol mencionado, incumbe a quem se sentir prejudicado optar por recorrer imediatamente ou deixar que a questão seja revista quando da interposição da apelação, mas sem dispensa do ônus

argumentativo por parte do recorrente quanto à demonstração de que o pronunciamento decisório singular pode lhe causar risco de dano grave, ou pelo menos risco ao resultado útil do processo.

Tudo isso para evitar a utilização não demarcada normativamente da discricionariedade estatal, objetivando o controle da atuação jurisdicional e a evitação da violação de preceitos garantidores do Estado Democrático de Direito.

Decorre daí a inegável conexão entre o contraditório, a fundamentação das decisões judiciais e o devido processo legal, que possuem conteúdos de valoração teorizados como garantias constitucionais congênitas à cidadania, vinculativas do pronunciamento jurisdicional e que assimilam a igualdade institucional (horizontalização) entre o Estado e o cidadão (GRESTA, 2014).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática – Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, vol. 2*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. *Revista de Processo,* vol. 251/2016, p. 207-228, Jan.-2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a legitimidade de algumas decisões judiciais. *In:* ROSSI, Fernando *et alii* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil*: uma análise crítica do Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução: Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática Direito – Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, vol. 1*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. A tutela antecipada no Projeto do novo CPC. *In:* FREIRE, Alexandre *et al* (orgs.), *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica – (in)compatibilidades entre a tópica e o processo*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil, vol. 2.* 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Gabriela Freitas. *A Uniformização de Jurisprudência no Estado Democrático de Direito – Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, vol. 4*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O Ônus da Prova no Processo Democrático – Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, vol. 3*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SHIMURA, Sérgio. Agravo de instrumento contra decisão que reconhece incompetência absoluta. *In:* ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mira; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC Aplicado visto por processualistas.* São Paulo: RT, 2017, p. 277-281.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. O problema do livre convencimento e do protagonismo judicial nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *In:* BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan de (Coords.). *Reforma do Processo Civil – perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, *vol. III*. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: São Paulo, 2012.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. *O processo de execução no Estado Democrático de Direito – Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, vol. 5.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Atipicidade dos meios executivos: da sanha sancionatória à violação de preceitos garantidores do Estado Democrático de Direito. *In:* TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coords.). *Medidas executivas atípicas.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 473-497.

Luciano Henrik Silveira Vieira
Mestre em Direito Processual pela PUC/Minas.
Pós-graduado em Direito Civil.
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.
Professor de Direito Processual Civil.
Advogado.

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

Luísa Alvim Monteiro de Paula

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES*

ABSTRACTIVIZATION OF THE DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND THE SYSTEM OF BINDING PRECEDENTS

Luísa Alvim Monteiro de Paula

RESUMO

O artigo trata da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, principalmente em função da atual vinculação de precedentes estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015. O método a ser adotado foi o teórico, a partir da análise do contexto histórico do controle de constitucionalidade brasileiro que originou a garantia de efeitos vinculantes e *erga omnes* a decisões proferidas em sede de controle incidental de constitucionalidade. O que se conclui é que, ante o atual protagonismo do Poder Judiciário, é pouco provável uma modificação nessa aproximação entre o controle concentrado e o difuso de constitucionalidade. E, em razão de tal conclusão, são estudados os métodos que buscam garantir maior legitimidade às decisões dos Tribunais em sede de controle difuso, que serão precedentes vinculantes, bem como os métodos para correta aplicação de tais precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: ABSTRATIVIZAÇÃO. PRECEDENTE. VINCULAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE.

*Artigo recebido em Fevereiro/2020 e aprovado em julho/2020.**

ABSTRACT

The article deals with the abstractivization of the diffuse control of constitutionality, especially in view of the current precedence established by the Code of Civil Procedure of 2015. The method adopted was the theoretical one, based on the historical context of the Brazilian constitutionality control that originated the guarantee of binding effects and erga omnes to decisions rendered in the case of incidental control of constitutionality. What is concluded is that, given the current protagonist role of the Judiciary, it is unlikely a change in this approximation between the concentrated control and the diffuse constitutionality. Moreover, because of this conclusion, the methods that seek to guarantee greater legitimacy to the decisions of the Tribunals in diffuse control that will be binding precedents, as well as the methods for correct application of such precedents are studied.

KEYWORDS: *ABSTRACTIVIZATION. PRECEDENT. BINDING. CONSTITUTIONALITY. CONTROL.*

1. INTRODUÇÃO

O artigo aborda o fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Assim, busca-se entender as formas de controle adotadas no país, bem como a sua origem, de modo que se estabeleça um paralelo entre a formação do controle de constitucionalidade adotado no Brasil com o fenômeno estudado, que acaba por garantir efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. É feito um estudo do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema e, posteriormente, o referido fenômeno é relacionado com a vinculação de precedentes implementada pelo Código de Processo Civil de 2015.

O diploma processual civil vigente, ao estabelecer os precedentes vinculantes, elenca as decisões proferidas pelo Pleno ou Órgão Especial dos Tribunais, o acaba por redundar na vinculação obrigatória das decisões firmadas em sede de Arguição de Inconstitucionalidade em Tribunal, em razão da necessidade de observância da cláusula da reserva de plenário.

Assim, considerando o corrente protagonismo do judiciário, chancelado pelo próprio legislativo ao garantir eficácia vinculante aos precedentes judiciais, busca-se se estudar formas para garantia de maior legitimidade democrática às decisões dos Tribunais, bem como métodos interpretativos dos precedentes vinculantes que possibilitem sua adequada aplicação a outros casos concretos.

2. O CONTROLE DIFUSO/CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de leis e atos normativos à Constituição, que visa precipuamente garantir sua supremacia (SILVA, 2014, p.51). Este tipo de controle pode ser preventivo, ocorrendo antes da entrada em vigor da norma, realizado, via de regra, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. O controle pode ainda ser repressivo, que é aquele realizado após o ingresso da norma no ordenamento jurídico, quase sempre feito pelo Poder Judiciário.[1]

[1] O controle preventivo de constitucionalidade se verifica, primordialmente, na tramitação do Projeto submetido ao Poder Legislativo, sendo que no âmbito nacional se confere às Casas de Constituição e Justiça a atribuição de análise da compatibilidade da norma a ser submetida a votação em face da CF/88. O Poder Executivo também realiza controle preventivo de constitucionalidade, através do veto, prerrogativa esta conferida ao chefe do executivo (art. 66, §1º, CF/88). Excepcionalmente, o Poder Judiciário realiza controle preventivo de constitucionalidade, principalmente no que se refere a adequada observância do procedimento legislativo e a análise de questões materiais quando relativas a projeto de Emenda Constitucional tendente a abolir as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88).
O controle repressivo de constitucionalidade, realizado rotineiramente pelo Judiciário, pode se dar de forma difusa, no qual todo magistrado possui competência para análise da constitucionalidade de um ato normativo quando questionado à luz de um caso concreto, bem como de forma concentrada, realizado pelo STF e Tribunais (quando o parâmetro é a Constituição Estadual), caso em que a constitucionalidade passa a ser o objeto direto da demanda. O Poder Legislativo pode exercer controle repressivo de Constitucionalidade ao rejeitar Medida Provisória, sustar ato normativo executivo que exorbite o poder regulamentar (art. 84, IV, CF/88) ou delegação legislativa (art. 68, CF/88). Ademais, o controle repressivo pelo Poder Executivo se dá com a possibilidade de se rejeitar a aplicação de lei ou ato normativo o qual repute inconstitucional (*vide* ADI 221/DF).

Consoante leciona Gilmar Mendes (2010, p. 1161), o controle repressivo de constitucionalidade se baseia, historicamente, em dois grandes modelos, o americano e o austríaco.

O modelo americano de controle se desenvolveu a partir do julgamento de um caso específico, no famoso precedente Marbury *versus* Madison[2]. Com esse precedente, consagra-se a ideia de que magistrados poderiam negar aplicação a leis que viessem de encontro à Constituição, sendo que tal controle passa a ser uma prerrogativa de juízes e tribunais espalhados nos EUA, o que lhe caracteriza como um controle difuso. Importante considerar que tal sistema, se desenvolveu em um país de tradição de *common law*, no qual o direito consuetudinário se sobressai em face da produção normativa legislativa. Sobre o tema, interessantes as considerações feitas por Ronaldo Polleti:

> O sistema difuso indica uma maior compatibilidade com o *commom law*, onde o costume, e não a lei, representa a mais importante fonte do Direito e, ainda, onde os precedentes judiciais são mais relevantes para a formação da jurisprudência a balizar ouras e futuras decisões. Isso explica o sistema americano, proveniente do inglês, porém transplantado para um regime de Constituição escrita. Elucida, ainda, o *stare decisis* o precedente que vincula as futuras decisões judiciais. (COGO, *apud*, POLLETI, 2012)

Já o modelo austríaco, pauta-se pela necessidade centralização do controle por um órgão autônomo, que tem como função guardar a Constituição. Nesse tipo de controle, a corte constitucional não analisa o caso concreto, ou seja, a discussão quanto a constitucionalidade não é uma questão prejudicial para análise de um caso específico, mas sim o próprio objeto da demanda. De maneira diversa do americano, o modelo de controle austríaco ganha amparo em razão da ideia de uma separação mais rígida entre os poderes (SOARES, 2012, p. 158).

---

[2] O caso Marbury x Madison é o marco inicial do controle de constitucionalidade, tendo o Juiz John Marshall decidido em 1803 que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior. (NETO, SARMENTO, 2012, p. 26)

Conforme salienta Marcelo Casseb Continentino (2017, p. 6), o controle judicial de constitucionalidade foi introduzido no país na Constituição de 1891, baseado no modelo americano de controle difuso de constitucionalidade. Somente novembro de 1965, por Emenda à Constituição de 1946, introduziu-se o controle concentrado no ordenamento jurídico e, desde então o Brasil adota tanto o controle difuso/concreto de constitucionalidade, quanto o controle concentrado/abstrato. Ou seja, a questão constitucional pode ser suscitada para a resolução de um caso específico, controle este que é feito de forma difusa, na medida em que todo juiz e/ou tribunal têm competência para declarar uma lei ou ato normativo inconstitucional ou, ainda, por meio de ação direta, na qual a questão constitucional é não só a causa de pedir como também o pedido da demanda, sendo que a análise da constitucionalidade do ato normativo deve ser feita pelo órgão de cúpula – STF quando o parâmetro é a Constituição Federal e Tribunais de Justiça dos estados quando os parâmetros são as Constituições estaduais.

Enquanto o controle concentrado tem, via de regra, efeitos *erga omnes* e vinculante ao próprio Poder Judiciário, ao Executivo e ao Legislativo em suas funções administrativas, o controle difuso se caracterizava por gerar efeitos subjetivos, restritos aos envolvidos na relação jurídico-processual posta em juízo. Em razão desta restrição dos efeitos no controle difuso, inseriu-se uma possibilidade de o Senado suspender no todo ou em parte uma lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, de forma a garantir efeitos *erga omnes* a uma decisão que, a princípio, só produziria efeitos entre as partes litigantes.

Nesse sentido, são as lições de José Afonso da Silva:

> A declaração de inconstitucionalidade na via indireta não anula a lei e nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade, nos termos do art. 52, X, a declaração na via direta tem efeito diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato, como veremos nas distinções feitas em seguida. (SILVA, 2014, p. 55)

Todavia, este instrumento de abstrativização do controle difuso, que visava precipuamente garantir que não houvesse prejuízo à separação de poderes, originário da Constituição de 1934 – a qual não possuía o controle concentrado de constitucionalidade –, acabou sendo pouco utilizado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na medida em que tanto o STF quanto o Senado reconheceram a discricionariedade deste último órgão para edição da resolução suspensiva (MORAES, 2010, p. 727).

Assim, a partir da democratização do judiciário com uma profusão de demandas no referido órgão, começou-se a discutir a possibilidade de garantia de efeitos *erga omnes* a decisões que partem da análise de um caso concreto, na medida em que a discussão quanto a violação à separação de poderes teria sido parcialmente dirimida com a introdução do modelo de controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque, com a introdução do referido modelo no ordenamento jurídico brasileiro, se dissolve, ainda que em parte, as restrições existentes no que se refere à separação de poderes.

Nesse sentido, impulsionada por Gilmar Mendes, a doutrina passa a questionar o motivo pelo qual uma decisão do pleno do STF que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo teria efeito *erga omnes* quando da análise de uma ação concreta e não o teria quando o julgamento se desse de forma incidental.

> A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuem, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente

> numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida em controle incidental, valer tão somente para as partes?
>
> A única resposta plausível nos leva acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. (MENDES, 2010, p. 1244)

Em 2006, no julgamento da Reclamação nº 4.335, ao decidir questão sobre a vedação à progressão de regime e a necessidade de individualização da pena, o Ministro Gilmar Mendes conferiu efeitos *erga omnes* à decisão que declarou a inconstitucionalidade da imposição de regime de pena integralmente fechado. O Ministro sustentou, em síntese, que a manutenção da resolução do Senado – para concessão de efeitos para todos a decisão feita em controle difuso – teria uma índole exclusivamente histórica, tendo havido uma mutação constitucional[3], na medida em que houve uma ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, operando-se uma mudança de paradigma quanto à competência do Supremo para declaração de inconstitucionalidade de lei. O Ministro destacou, ainda, que interpretação diversa seria incompatível com a teoria de nulidade de atos normativos inconstitucionais adotada no país, uma vez que o ato de suspensão do Senado somente se destinaria a garantir publicidade à declaração de inconstitucionalidade, sendo que a atribuição de funções substantivas acabaria por negar o fato de que uma lei inconstitucional era *ipso jure* nula.

Posteriormente, com a submissão da questão ao plenário, embora tenha se concluído pela inconstitucionalidade da norma impugnada, não foi fixada tese quanto a possibilidade de garantia de efeitos *erga omnes* a

[3] Mutação constitucional é o fenômeno, derivado do poder constituinte difuso, que implica na mudança informal de mudança das constituições, atribuindo-se novos sentidos aos seus preceitos e significados e conteúdos antes não contemplados. (BULOS, 2012, p. 425)

decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, em razão da superveniência de súmula vinculante sobre o tema. Neste sentido, ficou redigida a ementa do precedente:

> Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (BRASIL, 2014a)

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 tal discussão ganhou ainda mais relevo, em virtude da vinculação de precedentes implementada pelo artigo 927 do diploma processual. Tal fato se deu porque, com o mencionado dispositivo, as decisões proferidas pelo plenário dos tribunais ou pelas cortes especiais – o que abrange a declaração incidental de inconstitucionalidade de normas – passam a vincular os demais magistrados do respectivo tribunal. E, com o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nos Tribunais, disciplinado pelos artigos 948 a 950 do CPC/15, há uma aproximação muito grande entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, no qual a análise se restringe à lei em abstrato, desvinculada de um caso concreto.

Em 2017, a partir do julgamento das ADI's 3.470/RJ e 3.306/RJ, e já sob a vigência do atual Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento paradigmático, entendeu que o artigo 52, X da Constituição teria sofrido uma mutação constitucional, de forma que a Corte poderia reconhecer eficácia *erga omnes* a uma decisão proferida em controle concreto/difuso de constitucionalidade, cabendo ao Senado optar por dar ou não publicidade à referida decisão.

Tal decisão se deu durante os debates para julgamento das ADI's propostas em face da Lei estadual nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a substituição progressiva dos produtos que contêm amianto crisotila. O STF, ao analisar as ações diretas, entendeu que a Lei estadual seria constitucional e declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade do

artigo 2ª da Lei federal 9.055/1995, que havia proibido o uso do amianto em todo o Brasil. Na ocasião, entendeu o Supremo que deveria ser atribuído efeito vinculante e *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade da Lei federal nº 9.055/1995, embora se tratasse de reconhecimento incidental da inconstitucionalidade[4].

Nesse sentido, esclarece Bernardo Gonçalves Fernandes sobre o julgado:

> Portanto, pelo posicionamento do plenário ao que parece (pendente ainda de publicação do acórdão) estaríamos diante da tese da *mutação constitucional* no art. 52, X, da CR/88. Assim sendo, o art. 52, X, da CR/88 teria sofrido uma *mutação constitucional* e, portanto, deve ser reinterpretado (embora seu texto continue o mesmo). Dessa forma, o papel do Senado, com base nas ADIs 3406 e 3470, seria apenas o de dar publicidade à decisão. Em outras palavras, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já é dotada de efeitos *erga omnes* e o Senado apenas confere publicidade a isso. E nesse sentido, apesar do informativo não fazer nenhuma referência estaríamos diante da intitulada abstrativização do controle difuso (na medida em que o Plenário do STF decide a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso-concreto e essa decisão é dotada de dos mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e *vinculante*). (FERNANDES, 2018, 1564)

Assim, com o novo Código de Processo Civil e a fixação do referido entendimento no Supremo Tribunal Federal, tem-se uma aproximação entre os modelos de controle adotados no nosso ordenamento jurídico. Importante considerar que, embora a suscitação da questão constitucional de forma incidental, ao se aproximar do controle concentrado em razão dos efeitos vinculantes e *erga omnes*, seja fortemente criticada pela doutrina, o atual Código de Processo Civil se apropria de diversos meios inerente

[4] Vide Informativo nº 886 do STF, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>

ao julgamento das ações diretas para garantir de maior legitimidade e racionalidade para as decisões judiciais proferidas em sede de controle difuso, consoante será analisado.

3. A INFLUÊNCIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NOS EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme classificava José Rogério Cruz e Tucci (WANBIER et al, 2012), o Direito brasileiro adotava um modelo misto no que tange à eficácia dos precedentes judiciais[5], uma vez que possuía precedentes com eficácia meramente persuasiva, precedentes com eficácia vinculante e precedentes com relativa eficácia vinculante. Os precedentes com eficácia meramente persuasiva seriam os entendimentos jurisprudenciais que, embora possam auxiliar na resolução de casos concretos, não vinculariam a decisão do magistrado. Os precedentes com eficácia vinculante seriam as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, as decisões proferidas pelo referido tribunal no controle concentrado de constitucionalidade e as decisões proferidas no incidente de processos repetitivos. Já os precedentes de relativa eficácia vinculante seriam as súmulas dos incidentes de uniformização de jurisprudência.

Entretanto, houve no Brasil uma crescente mudança na legislação processual de forma a uniformizar os entendimentos jurisprudenciais, para que fosse garantida maior segurança jurídica e efetividade à prestação jurisdicional, vinculando, paulatinamente, as decisões dos magistrados aos entendimentos sedimentados pelos Tribunais.

Sob esta ótica, foi introduzido o chamado Sistema de Precedentes no atual diploma processual. Nesse sentido, preceitua o artigo 927 do Código de Processo Civil (2015):

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;

[5] Segundo o autor, precedente é uma regra que nasce para um caso específico que terá ou não o destino de se tornar a regra em uma série de casos análogos.

> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ao tratar dos precedentes judiciais, o Código é claro quanto a obrigatoriedade, também entendida como vinculação, dos magistrados às teses fixadas em orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem submetidos. E, é nessa hipótese do artigo 927 que melhor se encaixa a vinculação de precedentes no que se refere às decisões proferidas pelos tribunais em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Isso porque, o controle difuso de constitucionalidade no âmbito dos tribunais se submete à chamada cláusula de reserva de plenário, também conhecida como *full bench*, prevista no artigo 97[6] da Constituição Federal. Assim, sob a ótica do atual Código de Processo Civil, as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade realizado pelo Pleno ou pelo Órgão Especial, ainda que de forma concreta/difusa, irão vincular todos os magistrados do respectivo Tribunal.

É de se considerar que embora a solução da questão constitucional em primeira instância se dê amparada nas nuances do caso concreto, tal parâmetro não é plenamente observado quando a questão é submetida a apreciação do Tribunal. Sob este aspecto, em razão da cláusula de reserva de plenário, quando o órgão fracionário do Tribunal entende haver inconstitucionalidade no caso concreto, ele remete os autos ao pleno ou ao órgão especial por este constituído – a depender do regimento interno do

[6] Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

tribunal –, que irá analisar a questão constitucional não sob o âmbito do caso concreto, mas considerando toda a sua abrangência. E, somente após esta decisão, os autos serão novamente remetidos para julgamento do caso concreto pelo órgão fracionário, que ficará vinculado à tese adotada acerca da constitucionalidade apreciada pelo plenário ou órgão especial.

Nesse sentido, esclarece Fredie Didier sobre o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade:

> Embora esse incidente seja um instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou da ADC). A decisão sobre a constitucionalidade da lei é precedente obrigatório; essa "decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão". Essa decisão tem eficácia vinculativa para o tribunal e para os juízos a ele vinculados (art. 927, V, CPC).

O incidente de arguição de inconstitucionalidade é, assim, um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, além de ser instrumento de concretização da regra constitucional do *full bench*. (JUNIOR, 2016, p. 675)

Inclusive, para que sejam observados os precedentes obrigatórios no âmbito dos Tribunais, o atual Código de Processo Civil (2015), prevê a possibilidade de ajuizamento de reclamação para garantia da autoridade das decisões do tribunal, consoante prescreve o artigo 988, II, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, ainda que o Supremo Tribunal Federal modifique seu entendimento quanto a possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle concreto/difuso de constitucionalidade – o que é improvável ante ao atual protagonismo do judiciário –, mantem-se a necessidade de os juízes de primeira instância

observarem as decisões proferidas pelos tribunais a que se vinculam. E sob este aspecto, o controle difuso de constitucionalidade, que, no Brasil, tinha como fundamento a análise de um caso concreto, toma contornos de um controle em abstrato, principalmente considerando que, pelos menos desde a reforma promovida pela Lei 9.868/1999[7] no Código de Processo Civil de 1973, desvinculou-se a questão constitucional da análise do caso concreto quando do julgamento pelos Tribunais.

Não se nega aqui as inúmeras críticas feitas ao Sistema de Precedentes e à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, muitas delas plausíveis, todavia, em razão das remotas chances de mudança do atual paradigma, é necessário o conhecimento de técnicas que garantam maior solidez aos precedentes judiciais, sobretudo quando a análise diz respeito a questões constitucionais.

Consoante salientam André Frederico Horta e Dierle Nunes (2015), a implementação do Sistema de Precedentes está muito atrelada à busca por celeridade e estabilidade, muitas vezes afastada da noção qualitativa do precedente. Sobre este aspecto, lecionam os autores:

> Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matriz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de *hiperintegração do direito*. (HORTA; NUNES, 2015, p. 16)

Assim, considerando a vinculação obrigatória dos precedentes firmados quando do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, faz-se necessária a análise dos métodos trazidos

[7] A Lei 9.868/99 disciplina o controle concentrado de constitucionalidade por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

pelo atual Código de Processo Civil, aproximando a noção de precedentes àquela evidenciada nos sistemas de *common law,* de forma a privilegiar não só celeridade e segurança jurídica como, também, a busca legitimidade decisória e democracia nas decisões de questões constitucionais, ampliando o aspecto qualitativo de tais precedentes vinculantes.

4. MÉTODOS DE GARANTIA DE MAIOR LEGITIMIDADE AOS PRECEDENTES FIXADOS EM SEDE DE CONTROLE CONCRETO

Com a crescente transformação do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade em um processo objetivo, em que a constitucionalidade arguida de maneira incidental é desvinculada do caso concreto, bem como em função da vinculação obrigatória dos precedentes fixados no julgamento de tal incidente, o Código de Processo Civil (2015) traz alguns institutos já utilizados no controle concreto de constitucionalidade, na busca por garantir mais legitimidade e estabilidade às decisões dos tribunais.

Para instauração do incidente, entende a doutrina que a questão pode ser suscitada por qualquer das partes, pelo Ministério Público nos processos em que figure como fiscal da ordem jurídica e, ainda, de ofício pelo magistrado. Ademais, não há preclusão para a arguição de inconstitucionalidade, na medida em que se trata de matéria de ordem pública, conhecível a qualquer tempo e grau de jurisdição[8].

Consoante o que prescreve o 948 do CPC/15, suscitado o incidente no Tribunal, após a oitiva do Ministério Público, a questão é submetida ao órgão fracionário que irá decidir pela admissão ou não do incidente e, sendo a arguição acolhida, submeterá o incidente ao plenário ou órgão especial. Destaque-se que não será admitido o incidente quando se tratar de questão sobre a qual o plenário ou órgão especial do Tribunal

[8] A única ressalva que se faz à suscitação da inconstitucionalidade em sede de recursos extraordinários se dá em razão da necessidade de pré-questionamento das matérias, na medida em que a interposição de recurso especial e extraordinário exige que toma a matéria recorrida tenha sido ventilada e decidida pelas instâncias inferiores (vide art. 102, III e 105, III da CF/88.

tenham decidido ou, ainda, quando houver pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Diante da admissão do Incidente, o Presidente do Tribunal determinará a remessa de cópia do acórdão a todos os juízes, para que tenham conhecimento sobre a questão à qual se vincularão, e designará a sessão de julgamento, conforme preceitua o artigo 950 do CPC. Com a designação do julgamento, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato poderão se manifestar. Também poderão se manifestar todos os legitimados para propositura das ações diretas, elencados no artigo 103 da Constituição. E, considerando a relevância da matéria e representatividade dos postulantes, prevê ainda o dispositivo a possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades.

Quanto à manifestação de outros órgãos ou entidades, a doutrina vem destacando a possibilidade de realização de audiências públicas, bem como a oitiva do *amicus curiae*.

O *amicus curie* trata-se de pessoa que não possui interesse direto na lide por não ser titular do direito em discussão, mas possui interesse "institucional" nos processos em que manifesta, sendo um colaborador do judiciário, na medida em que traz a perspectiva da classe que representa, garantindo maior democracia ao julgamento de questões constitucionais complexas (CARDOSO, 2014). Esclarece o Ministro Celso de Mello quanto a figura do *amicus curie*:

> A admissão de terceiro, na condição de 'amicus curiae', no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (BRASIL, 2013b)

Já as audiências públicas são um instrumento para apuração e elucidação de fatos no controle de constitucionalidade (CARDOSO, 2014), em que se busca a colheita de informações e dados que possibilitem a prolação de uma decisão mais completa, com a devida avaliação de questões técnicas e dos efeitos de eventual decisão para toda a sociedade.

Cumpre destacar, ainda, que em razão da relevância da questão, bem como dos efeitos vinculantes dela decorrentes, deve ser dada ampla publicidade aos precedentes firmados em sede de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade (artigo 927, §4º CPC/15).

Ademais, é importante ponderar que para aplicação dos precedentes fixados no Tribunal no julgamento de questões constitucionais, faz-se necessária a adoção de técnicas interpretativas de *distinguishing* e *overruling*[9], de forma a confirmar ou superar determinado precedente. Nesse, sentido, salientam André Frederico Horta e Dierle Nunes (2015) quanto a necessidade de dimensionamento dessas técnicas para maior democratização do processo:

> É no contexto de reanálise de técnicas de padronização decisória e com a finalidade de, a partir das premissas principiológicas do novo CPC e do modelo democrático de processo, fornecer subsídios para a reversão do quadro de hiperintegração do direito gerado pela aplicação das aludidas técnicas e para a correta aplicação do direito jurisprudencial como fonte normativa que se irá desenvolver o tema central do presente texto: a criação e dimensionamento de técnicas de distinção (o conhecido *distinguishing* do *common law*) no momento de aplicação do direito jurisprudencial ao caso concreto. (HORTA; NUNES, 2015, p. 07)

[9] As técnicas de distinção e superação de precedentes, originárias do *common law*, partem do pressuposto que, para se decidir com base em um precedente, deve se avaliar a fundamentação que levou à conclusão jurídica adotada no precedente – *ratio decidendi* –, bem como a compatibilidade do precedente com o caso concreto analisado, além da sua atual adequação ao ordenamento jurídico e realidade político-social analisada. A distinção/*distinguishing* se verifica quando o precedente é inaplicável, ante as suas peculiaridades, ao caso posto em análise, enquanto a superação/*overruling* se vislumbra diante da incompatibilidade entre o precedente adotado e as atuais condições jurídicas, políticas e sociais evidenciadas pelo caso concreto.

Isso porque, na aplicação dos precedentes é preciso se indagar quando e em qual medida o precedente se aplica ao caso concreto, encontrando padrões de distinção e semelhança, bem como estabelecendo critérios capazes de infirmar sua superação. Ademais, é necessário que o precedente fixado sobre questões constitucionais seja analisado como um todo, não podendo sua aplicação se restringir à parte dispositiva da decisão, devendo ainda se adentrar na *ratio decidendi* do julgado, ou seja, nas fundamentações fáticas e jurídicas que chegaram à conclusão quanto a constitucionalidade ou não do texto normativo.

A abstrativização do controle difuso, amparada pelo atual Código de Processo Civil, torna imprescindível uma adequada formação e aplicação dos precedentes fixados pelos tribunais em sede de julgamento de Arguição de Controle de Constitucionalidade. Assim, além de uma formação democrática de tais precedentes, com a ampliação do debate constitucional para diferentes camadas da sociedade, faz-se necessária a sua aplicação amparada na fundamentação do precedente e não apenas sua parte dispositiva, sendo necessária a utilização de métodos que possibilitem a distinção e a avaliação quanto a superação do precedente utilizado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é uma realidade que vem sendo vivenciada de forma paulatina no Direito brasileiro, sendo que com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 o mencionado processo ganhou ainda mais relevo. Tal fato decorre da vinculação obrigatória dos precedentes fixados em sede de controle difuso de inconstitucionalidade pelo Pleno ou Órgão Especial dos Tribunais. Assim, em razão dessa objetivação do controle difuso/incidental de constitucionalidade, é necessária a adoção de métodos para garantia de uma formação mais democrática de tais precedentes. Ademais, é imprescindível a utilização de técnicas de distinção e superação quando da aplicação dos precedentes fixados pelos Tribunais em sede de controle difuso de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 245, p.351-378, jul. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335/AC. Relator: Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 mar. 2014a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5022. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 out. 2013b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4439679>. Acesso em: 14 jun. 2018.

COGO, Larissa Castilhos. Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade: Análise do Artigo 52, Inciso X da CF/88. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/larissa_cogo.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História Contextual do Controle de Constitucionalidade: Uma Crítica à Tradicional Narrativa Doutrinária

Brasileira. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27469/21897>. Acesso em: 25 de jun. 2018.

CARDOSO, Oscar Valente. Amicus Curiae e Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/45521>. Acesso em: 25 de jun. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo. **Curso de direito processual civil:** v. 3 meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador, BA: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no novo CPC/2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015>. Acesso em 07 jul. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas; 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 189, p. 09-52, nov. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Hector Cury. Políticas Públicas e Controle de Constitucionalidade: Aproximações entre a Ciência Jurídica e a Ciência Política. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/26110>. Acesso em: 15 de jun. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

Luísa Alvim Monteiro de Paula
Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Argumentação Jurídica pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Arnaldo.
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Advogada.

O PRAZO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO DO ARTIGO 792, §4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Luiz Gustavo Friggi Rodrigues

O PRAZO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO DO ARTIGO 792, §4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*

THE TERM FOR THIRD-PARTY DEFENSE ON ARTICLE 792, § FOURTH, OF THE CIVIL PROCEDURE CODE

Luiz Gustavo Friggi Rodrigues

RESUMO

A introdução na norma processual a respeito de um procedimento específico na fraude à execução, consistente na necessária intimação de terceiro que possa ser atingido, para que ajuíze embargos de terceiro no prazo de quinze dias, tem gerado divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da existência de limitação temporal mais restrita para o ajuizamento de tal medida, em oposição ao regramento geral temporalmente mais extenso. O trabalho se propõe a demonstrar que o direcionamento menos restritivo estaria mais conforme à disciplina processual como um todo, possibilitando ao terceiro o amplo exercício do direito constitucional de ação, frente à existência de ato judicial constritivo de seu bem, a concluir pela inexistência de antinomia entre as normas processuais em debate, mas uma necessária convivência entre elas.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRECLUSÃO.

ABSTRACT

The introduction in the procedural Law regarding a specific proceeding on the fraud against creditors, consisting in a mandatory notice of third-party that could be affected

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

to file third-party defense in a fifteen-day deadline, has been generating dispute among doctrine and jurisprudence about the existence of a more restrict temporal limitation for filing such defense, in opposition to the more time-extended general rule. This work proposes to display that a less restrictive approach could be more conforming to the procedural discipline as a whole, allowing to the third-party ample exercise of the constitutional right to bring a lawsuit, facing the existence of an attachment on their asset from a judicial decision, in order to conclude for the inexistence of antinomy between the procedural rules in debate, but a necessary coexistence between them.

KEYWORDS: *CIVIL PROCEDURE LAW. FRAUD AGAINST CREDITORS. THIRD-PARTY DEFENSE. PRECLUSION.*

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), ou Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015 (BRASIL, 2015) trata, em seu artigo 792, do instituto processual da fraude à execução. Também dispõe sobre a ação de procedimento especial denominada embargos de terceiro, nos artigos 674 a 681. Regramentos processuais semelhantes já estavam presentes na codificação anterior, de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), porém a nova disciplina processual lhes trouxe alguns incrementos e modificações, não sem a reboque também implementar novos debates.

Dentre essas inovações se encontra uma ligada à situação de cruzamento entre ambos os institutos. Na fraude à execução, disciplinou-se um procedimento, com a necessária intimação para apresentação de defesa (contraditório) face ao terceiro cujo bem possa ser atingido por eventual ato judicial constritivo decorrente do reconhecimento da fraude, bem como um prazo próprio para a oposição de embargos de terceiro contado a partir dessa intimação, de quinze dias, sem expressamente dispor sobre qual seria a consequência para o terceiro quando verificada a extrapolação desse prazo.

O presente trabalho se dedicará não a aprofundar nos institutos da fraude à execução e dos embargos de terceiro, mas no supracitado procedimento criado pelo CPC/2015 e um aparente conflito entre as normas que dispõem sobre o prazo para ajuizamento dos embargos de

terceiro, identificadas tanto na doutrina brasileira quanto em acórdãos pesquisados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em linhas gerais, segundo Candido Rangel Dinamarco, o instituto processual da fraude à execução trata das situações em que se constata a prática de ato de disposição ou oneração de coisa depois de instaurado um processo no qual o ato em questão torne imediata ou futuramente impossível a satisfação de obrigação judicialmente imposta àquele que praticou o ato de disposição (2019, p. 423). A fraude à execução, diferentemente da fraude contra credores (que é instituto de direito material e disposto no Código Civil, artigos 158 a 165) trata de situações objetivas e não perquire pela existência de *eventus damni* (prejuízo ao credor) nem pela constatação de *consilium fraudis* (intenção fraudatória ou elemento subjetivo), tampouco exige o manejo de ação própria, podendo ser decidida incidentalmente no processo, sempre que apontada e confirmada a presença de seus requisitos objetivos.

Já os embargos de terceiro, conforme anota Humberto Theodoro Jr., são ação destinada a proteger a propriedade ou a posse, fundamentados em direito pessoal ou real, onde se discute a legitimidade da constrição judicial sobre o bem de terceiro (2017b, p. 671). O CPC/2015 trouxe uma previsão mais ampla de hipóteses de admissibilidade dessa ação de rito especial, abarcadas nos quatro incisos do §2º do artigo 674, sempre destinadas ao afastamento, preventivo ou repressivo, de ato judicial constritivo que seja incompatível com o direito alegado pelo embargante, consoante exposto por Rita de Cássia Correia de Vasconcelos (2018, p. 430).

Uma das hipóteses previstas – e bastante comum – do manejo de embargos de terceiro se encontra quando há o reconhecimento da fraude à execução e a possível constrição judicial de bem que se acha na propriedade (ainda que fiduciária) de terceiro, tal como previsto no inciso II, do §2º, do artigo 674, que legitima para a ação "o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução". Observe-se, inicialmente, que referido parágrafo está a mencionar expressamente uma situação já ocorrida, isto é, há uma constrição atual e que é decorrente de decisão judicial prolatada

anteriormente, que haja reconhecido a fraude à execução em determinado processo.

Como ação destinada a evitar ou a desconstituir ato judicial constritivo, os embargos de terceiro podem ter, como já colocado, respectivamente natureza preventiva (defensiva) ou repressiva (desconstitutiva), a teor do que dispõe o *caput* do artigo 674 do CPC/2015. Esse caráter preventivo, ausente na codificação anterior, foi consolidado pela novel legislação processual, que expressamente dispõe, no supracitado artigo, que a ação cabe àquele que "sofrer constrição ou ameaça de constrição". Trata-se de evidente privilégio ao direito constitucional de ação, presente em outras formas de provocação jurisdicional a fim de ser evitada a lesão a direito, tal como apontam Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves (2017):

> Se é certo que, em vista da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), agora também com sombra infraconstitucional (art. 3º, caput, do CPC/15), já não era de subsistir dúvidas quanto à admissibilidade dos embargos de terceiro preventivos mesmo na vigência do Código revogado, o CPC/15 agora vem espancar qualquer vacilo de interpretação sobre o tema, ao prever expressamente por seu art. 674 o manejo dos embargos de terceiro preventivos. Aliás, e sobre tanto se debruçará mais detidamente no item subsequente, o próprio Código autoriza que o magistrado incite o terceiro ao manejo dos embargos preventivos, em caso que enumera.

Tradicional e sedimentada processualmente com esse seu específico objeto, a ação de embargos de terceiro possui prazo de certa forma generoso para sua interposição, disciplinado pelo artigo 675 do CPC/2015 (com redação similar à codificação processual anterior), o qual permite seja manejada a qualquer tempo, no processo conhecimento, enquanto não transitada em julgado a sentença. Em procedimentos de feição executiva (cumprimento de sentença e processo de execução) o prazo é de até cinco dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, vedando-se o ajuizamento se já houve a assinatura da respectiva carta.

Todavia, os debates e a intranquilidade sobrevieram com a redação dada pelo artigo 792, §4º, do CPC/2015, que trouxe, no âmbito da fraude à execução, prazo consideravelmente menor para o ajuizamento dos embargos, inserindo-o na padronização proposta para os principais prazos processuais, de quinze dias úteis, sem especificar quais efeitos se desencadeariam do manejo de ação fora desse prazo, tanto de natureza processual como material. Aí está, dessa forma, a proposta de investigação deste trabalho.

2. O PROCEDIMENTO PREVISTO PELO ARTIGO 792, §4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ao tratar da fraude à execução, o legislador criou, no CPC/2015, a necessidade de intimação prévia do terceiro para responder ao pedido de reconhecimento de fraude à execução, antes que possa o juiz efetivamente decidi-lo. Ou seja, antes que possa o juiz deliberar sobre a presença dos elementos caracterizadores da alegada fraude, e assim declará-la para fins de pairar ineficácia, em relação ao credor, sobre a alienação fraudulenta, deve o terceiro ser intimado na forma do §4º do artigo 792. Assim é o que observa Humberto Theodoro Jr.:

> O CPC/2015, por isso, foi expresso em determinar, no §4º do art. 792, que, "antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de (15) quinze dias". Assim, ao invés de manifestar-se nos próprios autos, deverá o adquirente opor embargos de terceiro (2017a, p. 361).

A primeira questão que se impõe compreender seria a respeito de eventual nulidade no reconhecimento judicial da fraude à execução sem a existência dessa prévia intimação. Essa indagação inicial parece ter resposta afirmativa, havendo notada consonância entre a doutrina e julgados mais recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

As críticas, quando surgidas, não se direcionam quanto à existência do procedimento em si, mas quanto à sua feição. A principal delas reside no fato de impor-se o manejo de *ação* como meio de manifestação prévia do

terceiro, conforme observa Rita Dias Nolasco (2014): "a obrigatoriedade da intimação do terceiro adquirente para a oposição de embargos de terceiro deveria ser imposta após o reconhecimento da fraude". Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 1147), conquanto elogie a função fundamental do procedimento em privilégio ao princípio do contraditório, tece críticas à necessidade de criação de um incidente, via embargos de terceiro, preferindo que o interessado viesse a se manifestar, sobre o pedido de declaração de fraude à execução, nos próprios autos.

De todo modo, colhem-se exemplos de julgados do Tribunal Estadual paulista a respeito da necessidade de intimação do terceiro antes da decisão sobre a fraude à execução ser tomada pelo juiz, impondo a constatação de uma nulidade quando não obedecida a disposição contida no §4º, do artigo 792 do CPC/2015, conforme exemplos de julgados cujas ementas seguem adiante transcritas:

> Ação de execução de título extrajudicial – contrato de locação – necessidade de intimação do terceiro adquirente antes ser declarada a fraude à execução – aplicação do artigo 792 parágrafo 4º do CPC 2015 – fraude à execução afastada até que seja cumprida a exigência legal – agravo de instrumento provido em parte (BRASIL, 2017b).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Condomínio. Cumprimento de sentença. R. decisão agravada que declarou a ineficácia do contrato de alienação fiduciária envolvendo o bem penhorado, por fraude à execução. Falta de intimação do terceiro adquirente antes do decreto de fraude à execução. Necessidade. Inteligência do art. 792, § 4º, do CPC. Devido processo legal. Anulação da r. decisão agravada. Oportuna análise da alegada fraude à execução, após a intimação do terceiro adquirente. Recurso prejudicado. Anulação, de ofício, da r. decisão agravada, com determinação (BRASIL, 2019b).

Conclui-se primeiro, assim, ser obrigatório, antes do reconhecimento da fraude, a intimação do terceiro adquirente para se quiser, opor embargos de terceiro, segundo dispõe o §4º do artigo 792. Seguindo-se à necessária intimação do terceiro, abre-se a ele a oportunidade

de propor embargos de terceiro (ou incitação para tanto), no prazo de quinze dias.

Observa-se um julgado em sentido diverso proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2017, da relatoria do Desembargador Fábio Podestá, da 5ª Câmara de Direito Privado (BRASIL, 2017a), no qual o magistrado não encontra nulidade na ausência da intimação do terceiro, eis que estaria preservada a ele a possibilidade de manejo dos embargos de terceiro na modalidade repressiva disciplinada pelo artigo 674 do Código de Processo Civil:

> Da mesma forma, não há que se falar em nulidade, por violação à regra processual (§ 4º, do artigo 792, do NCPC). Isto porque, a ausência de intimação prévia dos adquirentes do veículo não lhes causa qualquer prejuízo, pois remanesce o direito de opor embargos de terceiro, conforme preconiza o artigo 674, do NCPC.

Ocorre que a posição precedente do procedimento criado em 2015 parece colocar os embargos de terceiro previstos na fraude à execução (§4º) dentro de sua modalidade preventiva, pois ainda não há decisão judicial a esse respeito, mas apenas uma evidente ameaça ainda não concretizada. O manejo de uma ação equivaleria, portanto, não só ao exercício do contraditório, mas o de defesa contra o pedido de declaração de fraude à execução, e essa inserção de uma ação como meio impugnatório (defesa) encontrou críticas no seio doutrinário, sendo dignas de nota as de Gerson Amaro de Souza (2016) e Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 1147) por representar técnica processual não adequada, ao passo que a fixação de um prazo aparentemente preclusivo, não poderia, em tese, limitar o direito de ação de terceiro estranho ao processo. Esse caráter defensivo e preventivo é sustentado por Gerson Amaro de Souza (2016):

> A segunda regra extraída do texto é dirigida ao terceiro, criando para ele o ônus de, dentro do prazo de 15 dias, oferecer embargos de terceiro preventivos. Reitere-se, o prazo de 15 dias previsto no § 4º do art. 792 deve ser interpretado como o prazo para que o terceiro apresente embargos de terceiro preventivos, ante o iminente risco de constrição de seu bem (isto sem prejuízo de optar por se

> manifestar nos próprios autos da execução mediante petição simples, ao invés de se valer dos embargos preventivos). Através dele, terá a oportunidade de demonstrar ao juízo a não configuração de causa para declarar fraude à execução, inibindo a constrição antes da mesma ser determinada. Por conseguinte, a declaração de fraude só pode ocorrer depois de decorrido o prazo de 15 dias e depois de realizado pelo juízo o exame liminar da eventual ação de embargos preventivos proposta. Registre-se que o embargo de caráter preventivo pode ser pleiteado e concedido antes mesmo de proferida a decisão judicial, desde que já existente caracterização de ofensa iminente.

A feição dos embargos de terceiro em tal hipótese, aqui há de se concordar, afasta qualquer possibilidade de se enquadrarem como de cunho desconstitutivo, encerrando-os definitivamente como de caráter defensivo-preventivo, o que começa a indicar a impropriedade de eventual conclusão pela perempção ou preclusão do prazo de quinze dias para defesa de direito material do terceiro, frente às demais hipóteses permissivas dos embargos de terceiro disciplinadas pelo próprio CPC/2015.

Nas hipóteses em que haja pedido de reintegração ou manutenção provisória na posse, o artigo 678, parágrafo único, do CPC/2015 determina que "o juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente". Em julgamento a respeito da aplicabilidade da caução nos embargos de terceiro tratados pelo artigo 794, §2º, do CPC/2015, o Desembargador Cerqueira Leite (BRASIL, 2018d), da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aponta para o regime próprio dos embargos de terceiro quando utilizados de forma preventiva no pedido de fraude à execução, em que não haveria necessidade, tampouco compatibilidade, com a exigência de caução prevista para a manutenção ou reintegração de posse:

> No momento, cogitando a exequente Comercial da Obra de fraude de execução, a autora dos embargos de terceiro tão-só foi intimada

> nos termos do art. 792, §4º, do novo CPC antes de ser declarada a fraude à execução.
>
> O ajuizamento de ação de embargos de terceiro, portanto, precede toda e qualquer medida constritiva sobre imóveis, e mesmo, em nome do contraditório, a declaração de fraude à execução na alienação desses imóveis.
>
> Logo, se não é premente alguma medida constritiva, a prestação de caução é desnecessária, cujo pressuposto vem a ser a ameaça à posse.

Há que se concluir, assim, que o artigo 792, §4º, do CPC/2015 está a tratar unicamente da hipótese de manejo dos embargos de terceiro em sua modalidade preventiva, advindo a possibilidade de questionar a presença de uma antinomia entre a disposição normativa de prazos diferenciados para os embargos de terceiro nessa modalidade e aquele previsto pelo artigo 674 e seus incisos, especialmente o inciso II, que trata de seu manejo repressivo em face de contrição judicial advinda da declaração de fraude à execução em processo que o terceiro não faça parte.

3. APARENTE ANTINOMIA ENTRE O ARTIGO 792, §4º, E OS ARTIGOS 674, §2º, II, E 675 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Exposta a questão atinente ao novel prazo para o ajuizamento dos embargos de terceiro no âmbito da fraude à execução, impõe saber, o prazo de quinze dias ora em análise estaria apto a afastar ou sobrepor, ou não, o prazo geral disciplinado pelo artigo 675 do Código de Processo Civil? Ou seriam prazos coexistentes e compatíveis, não havendo que se falar em antinomia?

Desde as discussões anteriores à aprovação do novo Código de Processo Civil, enquanto ainda se debatia o projeto da reforma processual, já se reconhecia necessária uma separação de tratamento entre as hipóteses de embargos de terceiro, como supra demonstrado. No IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas, ocorrido em Belo Horizonte em dezembro de 2014, foi reafirmado e atualizado o Enunciado de número 191, a dispor que "O prazo de quinze dias para opor embargos de terceiro, disposto no § 4º do art. 792, é aplicável exclusivamente aos casos de

declaração de fraude à execução; os demais casos de embargos de terceiro são regidos pelo prazo do caput do art. 675" (2014).

Quanto ao texto que se tornou definitivo, sobreveio o Encontro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), em 2015, tendo sido aprovado o Enunciado de número 54, que afirma: "A ausência de oposição de embargos de terceiro no prazo de 15 (quinze) dias prevista no art. 792, § 4º, do CPC/2015 implica preclusão para fins do art. 675, caput, do mesmo código" (2015). Alguns autores compartilham com a ideia da existência de preclusão ou extemporaneidade, tais como Cassio Scarpinella Bueno: "O prazo para os embargos de terceiro neste caso é de quinze dias, que deve prevalecer sobre a regra genérica do art. 675, *caput*" (2015, p. 488) e Fernando Gajardoni: "Trata-se de prazo preclusivo (Enunciado 54 da ENFAM), o qual, uma vez encerrado, afasta a possibilidade de que sejam apresentados embargos de terceiro pelo adquirente" (2017, p. 108).

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na linha do Enunciado número 54 da ENFAM e de parte da doutrina, há uma aparente consolidação de que os quinze dias representariam prazo preclusivo, ou que o manejo dos embargos de terceiro após esse prazo seria extemporâneo, as duas hipóteses redundando no mesmo resultado, qual seja a extinção do processo sem julgamento de mérito e a aparente impossibilidade, por qualquer meio, da defesa do direito material do terceiro atingido pela declaração de fraude à execução.

Importa ser notada a extinção sem julgamento de mérito, indicando não haver entendimento de que se trata de prazo decadencial a afetar o direto de terceiro. A problemática observada é que o direito em questão não é do exercício de ato processual (que poderia ser afetado pela preclusão) e sim de natureza material (defesa da propriedade ou da posse).

Em obra destinada a aprofundar o tema da preclusão processual, Maurício Giannico (2005, p. 80) expõe que a doutrina moderna considera a preclusão como um fenômeno endoprocessual, apto a produzir efeitos unicamente dentro da seara do processo. Para o autor, "não seria nem mesmo lógico que a preclusão extrapolasse os limites do processo e que,

além dos sujeitos processuais, incidisse também sobre entes que não têm qualquer interesse na demanda posta em juízo".

Sendo a preclusão um fenômeno processual, ou endoprocessual como denominado pela doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 1147) e de Maurício Giannico (2005, p. 80), sua consequência somente poderá ser a de atingir direitos das partes para dentro (do prefixo grego "endo") daquele processo, não de terceiros, e muito menos seus direitos materiais como é o caso da defesa da propriedade e da posse. Não se poderia, com a nomenclatura de preclusão, declarar perda do direito (decadência) ou do exercício do direito de ação (prescrição).

Porém, aplicando extensivamente o Enunciado nº 54 da ENFAM e de forma literal o disposto no artigo 792, §4º, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem majoritariamente decidindo, em julgados recentes, que os embargos de terceiro ajuizados após o interstício de quinze dias seriam inadmissíveis, ora reconhecendo na hipótese uma preclusão, ora apontando de maneira mais singela para sua intempestividade. A consequência para as decisões do Tribunal, qualquer seja o caso, é o de determinar a extinção do processo sem julgamento de mérito, efetivamente tolhendo do terceiro a possibilidade do manejo dessa espécie de ação para a defesa do direito de propriedade ou de posse.

Colhem-se, para efeito de debate, julgamentos proferidos nos anos de 2018 e 2019 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dos quais serão pinçadas, no voto de seus respectivos relatores (todos os acórdãos foram decididos por votação unanime) as razões de decidir. Em acórdão sob a relatoria do Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, da 19ª Câmara de Direito Privado (BRASIL, 2018b), o magistrado aponta do que entende ser uma "regra específica" prevalecente sobre a regra geral (do artigo 675):

> Entretanto, respeitado o entendimento perfilhado pela magistrada, reputo que, no caso em apreço, deve prevalecer a regra de aplicação específica à hipótese em apreço a que alude o artigo 792, § 4º, do Código de Processo Civil, considerada para tanto a sua especialidade em relação norma geral prevista no artigo 675, caput, do mesmo

> codex. [...] Mas dúvida não há remanescer no sentido de que se faz impositiva a aplicação ao caso da regra específica que preconiza que o terceiro adquirente deverá ser intimado para, se quiser, opor embargos de terceiro, no prazo de 15 dias (CPC, 792, § 4º), norma que deve prevalecer sobre a disposição genérica contida no artigo 675, caput, do Código de Processo Civil.

Em sentido semelhante, a Desembargadora Heloísa Martins Mimessi, relatora de acórdão prolatado pela 5ª Câmara de Direito Público (BRASIL, 2019a), reconhece a intempestividade quanto ao que chama de uma "situação excepcional" prevista no caso dos embargos de terceiro dirigidos em face da fraude à execução:

> Em que pesem os argumentos levantados pelo apelante, é fato que os embargos de terceiro por ele opostos são manifestamente intempestivos, tal qual reconhecido na r. sentença recorrida. A despeito de o Código de Processo Civil prever prazo de cinco dias como regra geral para a oposição dos embargos de terceiro (art. 675, caput), é fato que, em se tratando de fraude à execução, prevalece a situação excepcional enunciada no art. 792, § 4°, o qual prevê prazo de quinze dias para o manejo dos embargos (BRASIL, 2019).

Por fim, a relatora Desembargadora Marcia Dalla Déa Barone, da 2ª Câmara de Direito Privado (BRASIL, 2018c), novamente fazendo menção à "intempestividade", manteve entendimento esposado pela decisão recorrida que havia promovido a extinção dos embargos de terceiro sem julgamento de mérito.

> Desse modo, ante a existência de prazo específico para a oposição de embargos de terceiro que apresentem a referida causa de pedir, este deve se sobrepor ao prazo geral acima previsto no artigo 675 do Código de Processo Civil. [...] Como consequência, a manutenção da r. sentença apelada, para a extinção sem resolução do mérito da ação, em função da intempestividade dos presentes embargos de terceiro, é medida que se impõe (BRASIL, 2018).

Como visto, o problema é que a terminologia trazida pelo enunciado da ENFAM, bem como a interpretação dada por alguns

doutrinadores e julgados, a respeito da existência de preclusão, não estaria a aplicar corretamente a concepção conceitual desse instituto processual. O que a jurisprudência do tribunal paulista denomina de "preclusão" ou "intempestividade" parece estar indevidamente a tolher direito material do terceiro interessado. É que, repita-se, tais palavras estão associadas a atos processuais, não ao manejo de ações, ainda que incidentais, na qual exista terceiro não participante da relação processual originária.

Em analogia, pode-se observar a existência os embargos à execução (artigo 914 do CPC/2015) como ação destinada ao interesse do executado em perseguir declaração judicial de extinção dívida ou inexigibilidade do título executivo, no prazo decadencial de quinze dias. Mas, nesse caso, figura como executado e não como terceiro, e a necessidade de ação autônoma advém da incompatibilidade do rito executivo com qualquer espécie de defesa, embora se admita, ainda, a interposição da exceção de pré-executividade para discussão temas defensivos que independam de dilação probatória, ou seja, de uma ação de conhecimento como é a natureza dos embargos à execução.

Nessa toada, um número razoável de doutrinadores tem se inclinado para a inexistência de preclusão ou mesmo de qualquer outra forma de supressão do direito de terceiro quando superado o prazo de quinze dias do artigo 792, §4º, do Código de Processo Civil. Fundamentalmente, até poderia haver um sentido lógico no propósito de dispor sobre uma preclusão processual, já que "a preclusão é uma entre as várias técnicas destinadas a evitar a demora do processo" (BEDAQUE, 2017, p. 879). Afinal de contas, o prazo do artigo 675 do Código de Processo Civil é muito mais extenso, mas, lá está mantido mesmo com a ampla reforma processual de 2015. Ocorre que os embargos de terceiro são ação, não ato processual incidental, e os prazos processuais têm que ser úteis, correspondendo à finalidade para a qual foram criados, ensina Arruda Alvim (2017, p. 640), o que não parece ser o caso nas hipóteses ora em debate.

Em raciocínio tangente, Gerson Amaro de Souza (2016) indaga o que aconteceria se o terceiro adquirente deixasse transcorrer o prazo de

quinze dias sem o manejo dos embargos de terceiro, e na linha do quanto aqui exposto, conclui que não se pode tratar de preclusão, pois não se trata de ato a ser praticado para dentro do processo:

> Como propor ação não é o mesmo que contestar, fica afastada a possibilidade de preclusão. Preclusão é uma figura processual que somente se aplica na falta de atos que deveria ser praticado dentro do processo. Como os embargos de terceiros são ação, somente poderá ficar sujeitos à prescrição ou decadência e jamais alcançado pela preclusão.

Veja-se que a partir da intimação prevista pelo artigo 792, §4º, do CPC/2015, o terceiro intimado não ingressa como parte, e nem há qualquer indicação do diploma processual que isso venha a acontecer mediante simples incitação para que exerça direito de ação.

Embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo venha se inclinando para a aplicação do prazo de quinze dias, com consequência preclusiva, um acórdão sob a relatoria do Des. Claudio Luiz Bueno de Godoy se direcionou em sentido contrário, colhendo parte das lições doutrinárias aqui trazidas, com a fundamentação de que a norma dispondo sobre o prazo de quinze dias seria inócua, e sua extrapolação não poderia prejudicar os embargos de terceiro, "desde que, de um lado, a preclusão é fenômeno endoprocessual, ou seja, limitado a atos do próprio processo e, de outro, porque há prazo próprio, no art. 675, para propositura dos embargos de terceiro" (BRASIL, 2018a). No mesmo passo, observe-se a contundente posição de Gerson Amaro de Souza (2016) ao tecer críticas sobre o dispositivo em comento:

> Absurdo seria pensar que ultrapassado o prazo de 15 dias, ficaria o adquirente impossibilitado de defender o seu direito por meio dos embargos de terceiro, em face do que dispõe o art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3). A norma constitucional é imperativa em afirmar que nenhuma lei poderá afastar da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Por isso, a disposição do artigo (art. 792, § 4.º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)), não pode impedir a defesa do adquirente,

> mesmo depois de ultrapassado o prazo de 15 dias da intimação referida. Aliás, não é razoável atribuir ao juiz a indicação do momento em que a parte deve propor a ação de seu interesse. Enquanto não ocorrer a prescrição da pretensão ou a perda do direito pela decadência, o interessado sempre terá direito de propor ação para defender seu direito.

A situação pode ainda gerar outras consequências consideráveis, como a seguinte questão: intimado o terceiro, que não apresenta embargos no prazo de quinze dias, não estaria ele legitimado a recorrer da decisão que reconhece a fraude à execução? Há evidentes interesse e legitimidade desse terceiro, como disposto no artigo 996 do CPC/2015: "O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica".

Nesse caso poderia fazê-lo mediante agravo de instrumento, recurso expressamente previsto pelo artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que o admite "contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário". Notável é a possibilidade de confusão processual causada pelo legislador diante da falta de clareza nesse ponto da reforma processual. Ainda, sob outro aspecto, teria a ausência de interposição dos embargos de terceiro algum efeito desfavorável semelhante à confissão ficta presente na revelia?

Além disso, figurando-se os embargos de terceiro do artigo 792, §4º, com proximidade aos de natureza preventiva, não seria possível ao terceiro, ainda que ultrapassado esse prazo, e na hipótese de decisão que reconheça a fraude, posteriormente determinando a constrição judicial do bem, que manejasse embargos com natureza repressiva?

Igualmente, não se pode olvidar o que prevê o 674, §2º, II, do CPC/2015, que legitima expressamente o terceiro atingido a postular embargos de terceiro na modalidade repressiva, lembrando-se também que não deveria haver, na lei, escritos sem sentido ou validade.

Embora a doutrina trilhe pelo caminho protetivo do direito de ação, nem mesmo ela se encontra uníssona quanto ao resultado decorrente

da perda do prazo de quinze dias para o manejo dos embargos de terceiro. Em solução diversa, Heitor Sica afirma que, nesse caso, não há perda "do direito material passível de proteção, mas apenas a perda do direito de o terceiro se valer do procedimento especial aqui em foco, restando-lhe se socorrer do procedimento comum" (2016, p. 60-61).

Em outra interpretação, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a consequência seria, uma vez afastada a preclusão, ser ainda possível a interposição de embargos de terceiro "sem efeito suspensivo automático" (previsto pelo artigo 678 do CPC/2015), mas ainda cabível a suspensão do ato constritivo se demonstradas as hipóteses atinentes à tutela provisória (2019, p. 919). Esse mesmo entendimento se encontra em acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (BRASIL, 2016), que em seu voto, afirma que "suprimindo-se esse o efeito suspensivo automático, nada mais diferenciaria os embargos de terceiro de uma outra demanda com o mesmo objeto". Aliás, referido voto coloca em xeque as conclusões adotadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos acórdãos anteriormente apontados neste trabalho – que decidiram pela extinção dos embargos de terceiro sem julgamento de mérito – ao afirmar não parecer ser justificável, em consideração aos princípios da economia processual e da duração razoável do processo "que os embargos de terceiro sejam extintos, para que uma demanda idêntica seja ajuizada, sob outro *nomem iuris*, diferenciando-se apenas quanto ao efeito suspensivo automático do art. 1.052 do CPC/1973".

A consonância mais prevalente na doutrina, entretanto, se encontra na afirmação de que, afastada a existência de preclusão ou intempestividade, ainda caberia o manejo de embargos de terceiro de natureza repressiva, com expressa aplicação do previsto no artigo 674, II, do CPC/2015, conforme anotam Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves (2017):

> Ou seja, o prazo de 15 dias, previsto no § 4º do art. 792, tem aplicação exclusiva para os embargos de terceiro no caso de fraude à execução, especificamente para os embargos de terceiro preventivos;

> já o prazo do caput do art. 675 é aplicável aos demais casos de embargos de terceiro, entre eles para os embargos de terceiro repressivos no caso de fraude à execução.

Por fim, cabe notar que o artigo 675, parágrafo único, do CPC/2015, dispõe que "caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embargar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente", sem cominar qualquer nulidade para a ausência dessa intimação, tampouco modificar o prazo exposto pelo *caput* desse artigo.

4. CONCLUSÃO

Diante da controvérsia exposta neste trabalho, bem como o entendimento aplicado majoritariamente pelo tribunal paulista, e a fim de aplicar uniformemente a legislação federal – tarefa precípua do Superior Tribunal de Justiça – faz-se necessária uma pacificação do entendimento a respeito dos embargos de terceiro na fraude à execução no CPC/2015.

A inovação processual trazida pelo CPC/2015 obviamente teve o intento de regulamentar o procedimento de decretação de fraude à execução, no sentido de abreviar o tempo do processo – homenagem ao princípio da duração razoável (artigo 6º do CPC/2015 e art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)) – mas foi infeliz ao tratar do que pode ser entendido (e de fato o vem sendo de forma majoritária pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) como uma "preclusão de natureza extraprocessual", a tolher direito de terceiro e o próprio acesso deste à jurisdição. Por isso, a técnica utilizada pelo legislador não passou sem críticas e divergências, como visto.

Ainda que a intenção do legislador fosse criar um procedimento em favor do princípio do contraditório e da presteza da jurisdição, a matéria desse contraditório deveria ser específica e exclusiva quanto aos requisitos da fraude à execução, em manifestação nos próprios autos, e não mediante a propositura de ação de embargos de terceiro, cuja natureza é defesa da propriedade ou a posse, direitos materiais que não poderiam ser disciplinados mediante simples prazo processual de caráter aparentemente preclusivo.

Da maneira como o texto se encontra, todavia, a melhor solução deve ser permitir ainda o manejo dos embargos de terceiro, na modalidade repressiva, caso a fraude à execução seja reconhecida e haja efetiva constrição judicial do bem de terceiro, mesmo que ultrapassado o prazo de quinze dias para o manejo dos embargos preventivos. Isso porque não só prevalente o artigo 675 do CPC, mas pelo entendimento conjunto com o artigo 792, §2º, II, do CPC, que trata da legitimidade ativa para os embargos, considerando a existência de decisão judicial anterior que tenha reconhecido a fraude à execução e tendo como consequência a constrição de bem de propriedade ou posse de terceiro.

Uma decisão que aplique a preclusão ou a intempestividade – desde que obedecido o prazo de cinco dias previsto pelo artigo 675 do Código de Processo Civil – acabaria por negar vigência a ambos artigos de lei, posto que diante da celeuma causada pelo legislador, não há como se interpretar a norma no sentido mais restritivo, ainda mais com a abolição prematura de direitos de natureza material.

De outro lado, se entendida tanto a existência de nulidade da declaração da fraude à execução porque não precedida da intimação legal (situação em que despiciendo o manejo de embargos), como a legitimidade, na qualidade de terceiro, daquele que tem seu bem constrito como decorrência dessa decisão, há de se concluir, pelo regramento disposto pelo legislador e em prol do jurisdicionado, que prevalecem os dois artigos, revelando a possibilidade de ajuizamento dos embargos no modo repressivo, sendo que o disposto no §4º trata somente (e, cabe dizer, equivocadamente) da oposição no modo preventivo – isso quando muito bem poderia simplesmente ter criado um contraditório facultativo nos mesmos autos.

Assim sendo, não há que se falar em antinomia entre o artigo 792, §4º, e os artigos 674, II, e 675 do CPC/2015, eis que, como visto, tratam-se de embargos de terceiro de naturezas diversas, sendo contrário aos preceitos da celeridade e economia processuais o entendimento de que os embargos de terceiro opostos além do prazo de quinze dias – no caso de fraude à execução e existindo a intimação do terceiro – devam ser extintos sem julgamento de mérito.

Além da obediência aos citados preceitos, concluir-se de forma antagônica poderia arredar tanto na conclusão de negativa de vigência ao artigo 674, §2º, II, e 675 do CPC/2015, quanto na consequência mais séria da violação do direito fundamental de ação, disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Belo Horizonte, 5 a 7 de dez. 2014. **Carta de Belo Horizonte**. Disponível em: <https://www.academia.edu/37808283/FPPC_IV_-_Carta_de_Belo_Horizonte>. Acesso em: 05 mar. 2020.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao código de processo civil: v. 1 : (arts. 1º a 317) – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 fev. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 fev. de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial 1.627.608/SP. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, 06 dez. 2016. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1560965&num_registro=201501598353&data=20161213&formato=PDF>. Acesso em: 06 mar. de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2119790-51.2017.8.26.0000. Relator: Fábio Podestá. São Paulo, 14 set. 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10790791&cdForo=0>. Acesso em 03 mar. de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2075971-64.2017.8.26.0000. Relator: Eros Piceli. São Paulo, 12 set. 2017. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10782031&cdForo=0>. Acesso em: 18 jan. de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1011400-05.2016.8.26.0011. Relator: Claudio de Godoy. São Paulo, 2 abr. 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11321409&cdForo=0>. Acesso em: 21 mar. de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1008648-10.2017.8.26.0566. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. São Paulo, 4 jul. 2018. Disponível em < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11602086&cdForo=0 >. Acesso em: 21 mar. de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1081457-04.2018.8.26.0100; Relatora: Marcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 17 dez. 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12113578&cdForo=0>. Acesso em: 21 mar. de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2185271-24.2018.8.26.0000. Relator: Cerqueira Leite. São Paulo, 12 dez. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12088343&cdForo=0>. Acesso em: 15 fev. de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1001961-78.2019.8.26.0038. Relatora: Heloísa Martins Mimessi. São Paulo, 3 dez. 2019. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13143813&cdForo=0>. Acesso em: 21 mar. de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2239910-89.2018.8.26.0000. Relator: Carlos Dias Motta. São Paulo, 29 mar. 2019. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12360663&cdForo=0>. Acesso em: 04 fev. de 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. 4

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). **Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil – Enunciados aprovados**. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 04 mar. de 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Execução e recursos: comentários ao CPC 2015**. São Paulo: Método, 2017.

GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**, 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAZZEI, Rodrigo, GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Embargo de terceiro. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1.ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/181/edicao-1/embargo-de-terceiro>. Acesso em: 29 fev. de 2020.

NOLASCO, Rita Dias. A responsabilidade patrimonial secundária e a fraude à execução do atual CPC até o novo CPC. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 950, p. 133-161, dez. 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao código de processo civil: v. 10: artigos 674 ao 718.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, Gerson Amaro de. O CPC/2015 – procedimento na fraude à execução. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 968, p. 347-374, jun. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao código de processo civil: da execução em geral: volume XV : (arts. 771 a 796)**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Processo de execução e cumprimento de sentença**, 29.ed. São Paulo: LEUD, 2017.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correia de. Dos procedimentos especiais. In: ARRUDA ALVIM, Teresa. (Org.). **CPC em foco - temas essenciais e sua receptividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 390-492.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Luiz Gustavo Friggi Rodrigues
Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Advogado.

NOVAS TECNOLOGIAS, PROBLEMAS DE INFORMAÇÃO E GOVERNANÇA CORPORATIVA NA UNIÃO EUROPEIA E BRASIL

Lukas Ruthes Gonçalves
Pedro de Perdigão Lana

NOVAS TECNOLOGIAS, PROBLEMAS DE INFORMAÇÃO E GOVERNANÇA CORPORATIVA NA UNIÃO EUROPEIA E BRASIL[1] *

NEW TECHNOLOGIES, INFORMATION AND CORPORATE GOVERNANCE PROBLEMS IN THE EUROPEAN UNION AND BRAZIL

Lukas Ruthes Gonçalves

Pedro de Perdigão Lana

RESUMO

O conceito de governança corporativa tem vários nomes possíveis com diferentes focos a depender do período histórico, localidade e visões político-econômicas do teórico. Um bom exemplo das mudanças ocorridas com o passar do tempo é a transição da priorização quase que total da maximização dos ganhos do acionista para o alinhamento dos interesses societários à todos os *stakeholders*. O objetivo dessa investigação é colocar em evidência o papel das TICs na promoção de boas práticas de governança corporativa, ciente de sua ligação inseparável com o manejo da informação a partir do final do século XX. Afinal, apesar do surgimento de

[1] Uma versão ampliada e focada no direito português, em especial nos deveres e direitos de informação previstos no Código de Sociedades Comerciais, foi aceita para publicação em edição futura da Revista Jurídica Luso-Brasileira. O presente artigo foi quase que totalmente reescrito (mantendo-se grande parte dos capítulos 5 e 6), com seções inteiras excluídas para uma melhor objetividade, além da inclusão de novos trechos.

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

várias ferramentas novas a popularização de tecnologias que eram vistas como muito promissoras não foram capazes de evitar recorrentes escândalos financeiros e a insuficiências das formas de governança vigentes, permanecendo atual a busca por novas alternativas que ajudem a diminuir os problemas.

PALAVRAS-CHAVE: GOVERNANÇA CORPORATIVA. SOCIEDADE INFORMACIONAL. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. BIG DATA. BLOCKCHAIN.

ABSTRACT

The concept of corporate governance has several possible names with different focuses depending on the historical period, location and political-economic views of the theoretician. A good example of the changes that have occurred over time is the transition from almost total prioritization of shareholder gains to the alignment of corporate interests with all stakeholders. The objective of this investigation is to highlight the role of ICTs in the promotion of good corporate governance practices, aware of their inseparable link with information management from the end of the 20th century. After all, despite the emergence of several new tools, the popularization of technologies that were seen as very promising has not been able to avoid recurrent financial scandals and the insufficiencies of the current forms of governance, and the search for new alternatives that help diminish the problems remains current.

KEYWORDS: *CORPORATE GOVERNANCE. INFORMATION SOCIETY. ARTIFICIAL INTELLIGENCE. BIG DATA. BLOCKCHAIN.*

1. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

O conceito de governança corporativa tem vários nomes possíveis (como "governanção das sociedades em Portugal" ou o anglicismo "*corporate governance*"), e sua própria definição de é variada (PARGENDLER, 2016, p. 361-362), com diferentes focos a depender do período histórico, localidade e visões político-econômicas do teórico, inexistindo soluções que sirvam para todas as situações corporativas (CLARK, 2013). A conceituação que nos parece mais adequada e consensual é a firmada pela OCDE, como "*um conjunto de relações entre a gestão da empresa, o seu órgão de administração, os seus acionistas e stakeholders*", estabelecendo "*a estrutura através do qual*

os objetivos da empresa são definidos e se determina os meios para alcança-los e para monitorizar seu desempenho" (OCDE, 2016).

A governança corporativa é importante dentro das análises do direito societário porque, conforme aponta, ALBUQUERQUE FILHO et al., a adoção das estratégias corretas e competitivas nesse campo influencia positivamente e de maneira significativa o desempenho de mercado (2019, p. 38).

Um bom exemplo das mudanças ocorridas com o passar do tempo é a transição da priorização quase que total da maximização dos ganhos do acionista para o alinhamento dos interesses societários à todos os *stakeholders* (que as pessoas que têm interesses na atividade desenvolvida, incluindo consumidores, trabalhadores e, sob certas condições, ativistas e o público em geral)[2], aproveitar as oportunidades tecnológicas e em mecanismos de criação de valor a longo prazo (FENWICK *et al,* 2019; BURNS, 2001, p. 21-23; CLARK, 2013, p. 128; VERSIANI, 2014; PARGENDLER, 2016) [3].

Em paralelo à governança corporativa (e por vezes dentro dela, como subcategorias) existem outros tipos de governações que não devem ser confundidas ou identificadas com aquela, como a governança de tecnologias da informação, que se refere ao papel dos agentes da empresa no bom funcionamento de estruturas organizativas e processos que

---

[2] Essa mudança de perspectiva é inclusive positivada em diversas legislações pelo mundo, como é o caso de Portugal na última parte do artigo 64º, 1, b) do Código de Sociedades Comerciais: "*e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores*". De forma mais precisa, esse entendimento é concretizado no acórdão de 30/09/2014 da 6ª Seção do Supremo Tribunal de Justiça, sob relatoria de Fonseca Ramos (1195/08.0TYLSB,L1.S1): "*O acautelar do interesse social não se confina apenas ao interesse societário tout court, ou seja, a uma actividade que vise lucros. A eticização do direito e da vida societária impõem uma actuação honesta, criteriosa e transparente compaginável com a tutela de terceiros que possam ser prejudicados pela actuação do ente societário através da actuação de quem delineia a sua estratégia (...)"*

[3] O último dos textos mencionados ainda mostra na p. 361 como o debate acadêmico sobre governança corporativa, longe de estar esgotado, está crescendo nos últimos anos, sob forte influência das novas tecnologias.

garantam a utilização dessas TIs em consonância e em prol dos objetivos da sociedade (TRAUTMAN & ALTERNBAUMER-PRICE, 2011).

Quando se fala de novas tecnologias nesse texto, deve-se ressaltar que essa é uma categoria ampla e portanto o ponto de referência serão sempre as tecnologias de informação e comunicação (TICs), definidas por CASTELLS como "*o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (software e hardware), telecomunicação/radiofusão e optoetrônica*" (2011, p. 67).

Por fim, para estabelecermos uma definição de informação, pode-se recorrer à CASTELLS que a define operacionalmente como *"dados que foram organizados e comunicados",* distinguindo-a do conceito de conhecimento (2011, p. 64), complementada por Dario Moura VICENTE, que o faz em duas facetas: *"os dados ou conteúdos que podem ser objeto do conhecimento humano e o próprio ato ou processo pelo qual a informação é comunicada a outrem" (*2011, p. 328).

O objetivo dessa investigação é colocar em evidência o papel das TICs na promoção de boas práticas de governança corporativa, ciente de sua ligação inseparável com o manejo da informação a partir do final do século XX (LAZARIDES *et al*, 2008; NORRIS, 1979). As TICs já afetaram enormemente a *corporate governance* (PEREIRA, 2013), mas hoje novas tecnologias podem provocar mudanças ainda mais intensas do que as que ocorreram nas últimas décadas.

Afinal, apesar do surgimento de várias ferramentas novas, antigos problemas e debates continuam existindo e sendo priorizados pela doutrina e pelos tribunais, com maior ou menor grau de sucesso no seu enfrentamento (ALVES, 2016, p. 119). Pode-se lembrar de breve artigo de 1926 publicado pelo poeta português Fernando PESSOA e pelo jurista Francisco Caetano DIAS, criticando alguns vícios empresariais que persistem nos dias de hoje em menor ou maior medida (1926).

A popularização de tecnologias que eram vistas como muito promissoras (BURNS, 2001) não foram capazes de evitar recorrentes escândalos financeiros e a insuficiências das formas de governança vigentes, permanecendo atual a busca por novas alternativas que ajudem a diminuir os problemas.

2. A QUESTÃO DA INFORMAÇÃO CORPORATIVA, ESPECIALMENTE NO CONTEXTO EUROPEU

O papel interligado de procedimentos de informação adequados com novas tecnologias e a governança corporativa é central na doutrina e legislações de diferentes países e blocos, valendo a pena observar a grande centralidade que ele recebe no âmbito da União Europeia e de sua atuação para regular a sociedade informacional, a exemplo da Comunicação "O impacto da e-economia nas empresas europeias: análise económica e implicações políticas" [COM(2001) 711 final] e do Regulamento (CE) nº 808/2004.

A harmonização do direito societário no âmbito europeu vem sendo promovida com excepcional veemência há alguns anos (ANTUNES, 2012), mais facilmente constatável na primeira diretiva do Conselho (Diretiva 68/151/CEE) e na recente Diretiva (UE) 2017/1132 relativa a determinados aspetos do direito das sociedades. Os direitos e deveres de informação se mantiveram como um tópico central dessas novas regras e orientações durante todo esse processo harmonizador, especialmente sobre a possibilidade dos interessados em obter dados sobre a empresa (BURNS, 2001, p. 25; HOPT, 2006, p. 462-468; LAZARIDES *et al*, 2008).

A Comissão Europeia publicou em 2012 um Plano de Ação sobre modernização do direito societário (COM/2012/0740 final) que elencava a transparência das sociedades e uma postura mais ativista dos sócios como duas das três maiores prioridades da governança corporativa contemporânea. As tecnologias de informação e comunicação surgem como respostas a ambos os problemas, facilitando acesso aos dados relevantes e ampliando as possibilidades do diálogo entre os interessados na atividade empresarial, ao diminuir exponencialmente os custos envolvidos (DEDEIC, 2009).

A maximização da publicação e publicidade das informações da sociedade (incluindo aquelas em estado bruto, e ao menos para alguns agentes capazes de utilizá-los para análises) ajuda a inibir comportamentos ilícitos ou irregulares dos administradores. Se adotada em larga escala, auxilia um ambiente de mercado aberto onde as ações correspondem melhor ao seu valor real, além de possibilitar micro análises de risco pelos investidores

com menor capital para tais procedimentos (BURNS, 2001, p. 24 e 30). A grande desconcentração de ações no meio empresarial global atual faz sobressair o potencial de investidores em pressionar as sociedades a se comportarem de maneira socialmente responsável, por eles mesmos terem que dar respostas sobre sua atuação social, como já é possível observar nos ordenamentos do Reino Unidos, Japão, Brasil, Canadá, Malásia, Coréia do Sul, dentre outros (FENWICK *et al*, 2019, p. 183-185; MENDES, 2016, p. 135-137).

Apesar da divulgação do máximo possível de informações ser *a priori* um argumento de fácil defesa, não é uma escolha tão simples e apresenta algumas dificuldades. Para além de itens que não podem ser tornados públicos, como segredos industriais e dados pessoais (LAZARIDES *et al,* 2008, p. 23; EIZIRIK, 2011, p. 489-491), existe um justificado receio corporativo no âmbito concorrencial, ao expor dados que podem ser utilizados por outras empresas ou mesmo manipulados para confundir investidores. A chance de divulgar algum dado errado também aumenta quando cresce a quantia de informação bruta tornada pública, pela dificuldade e maiores custos de checagem.

Cumulativamente, lembra-se que o que a maior parte dos interessados buscam é a síntese do que é relevante no material anunciado pela empresa (BURNS, 2001, p. 32). A quantidade de informação não se confunde com qualidade da mesma (ASCENSÃO, 2006, p. 24)[4], sendo essencial que ela seja reduzida ao que é relevante para a tomada de decisões dos sócios, administradores ou terceiros (CÂMARA, 2014. p. 160-162; ABRAHAM, 2012).

---

[4] Apesar do texto referenciado tratar principalmente sobre propriedade intelectual, as observações são relevantes também para o direito societário. Recortando alguns trechos: *"A quantidade de informação disponível cresceu exponencialmente. (...) o significado da informação disponível depende de produzir ou não o conhecimento. O valor da informação não se mede por quantidades. A questão passa a ser: esta informação produz o conhecimento, ou não? A sociedade de massas oferece uma quantidade fantástica de informação disponível, mas de que não resulta informação assimilada. Ela não gera por si o conhecimento. São hoje visíveis as ambiguidades que se ocultam na referência, já de si indefinida, à 'sociedade da informação'",* e, em especial, "*Quando, na aparente diversidade, os dados são filtrados e controlados de formas mil, não há informação, há desinformação".*

Por fim, como um último argumento contrário à simples disponibilização de dados brutos, isso pode ser utilizado inclusive de forma maliciosa, enterrando informações importantes (e até irregularidades) no meio de uma grande quantia de documentos ou números irrelevantes.

Por isso o problema da qualidade da informação recebe paulatinamente maior atenção, como pode ser observado na Recomendação da Comissão da EU 2014/208/CE sobre a qualidade da informação relativa à governação das sociedades ("cumprir ou explicar"), distinguindo-se especialmente o resumo feito no Considerando 16:

> A apresentação dessa informação numa declaração geral ou para cada disposição em concreto será aceitável desde que seja informativa e útil para os acionistas, investidores e outras partes interessadas. As sociedades devem evitar declarações de caráter demasiado geral, suscetíveis de não abranger aspetos importantes para os acionistas, mas também declarações meramente formais, com pouco valor informativo. Do mesmo modo, devem também evitar prestar informação demasiado extensa que poderá não ter grande valor informativo.

3. A GOVERNANÇA CORPORATIVA NO CONTEXTO BRASILEIRO

O cenário brasileiro da governança corporativa apresenta muitas semelhanças com o europeu, porque em uma economia tão interconectada e globalizada como a atual, se uma sociedade informacional, inevitavelmente também serão compartilhados problemas e propostas de soluções.

Mas tem também algumas características específicas, que em alguns casos são acentuações de problemas também encontrados no ambiente corporativo da Europa continental. SILVEIRA et al. (2013) destacam determinados aspectos da governança corporativa em economias similares à brasileira, como a necessidade de lidar com a concentração acentuada de propriedade ou estruturas piramidais de grupos, que acabam por potencializar conflitos de interesse, "*derivados dos tradicionais problemas de agência, como assimetria de informação e de interesse*". Em conflitos que se mostram tradicionais, métodos de governança tradicional não se mostram

efetivos, por isso BUENO et al. apontam o surgimento de mecanismo externos de governança para aprimorar os internos (2018, p. 133).

Os autores destacam também a importância do desenvolvimento de mais pesquisas sobre esses mecanismos externos para entender a profundidade de seu impacto na gestão, transparência e equidade de empresas nacionais (BUENO et al., 2018, p. 134).

Um outro aspecto a ser considerado, apontado por RIBEIRO et al. (2017, p. 92) é que o alto grau de concentração de votos sob o controle do acionista majoritário e uma ampla utilização de emissão de ações preferenciais, sem direito a voto. Dizem elesque "*o acionista majoritário pode usar sua posição na empresa para extrair benefícios privados em detrimento dos demais acionistas mediante a nomeação de gestores que representam seus próprios interesses*" (RIBEIRO et al., 2017, p. 93).

A constatação e potencial solução apontada pelos autores é que uma menor concentração de propriedade resulta em menores riscos e melhores desempenhos, e quando acionista majoritários compartilham controles são mais bem vistos pelos investidores e melhoram as decisões estruturais (RIBEIRO et al., 2017, p. 93).

Assim, eles também propõem uma maior adesão a formas de governança externa (RIBEIRO et al., 2017, p. 98):

> Contemplou-se a importância da legitimação das empresas perante aos investidores, por meio da adesão voluntária aos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da Bovespa e através da adesão a ADRs no mercado norte-americano, ou seja, práticas de governança corporativa estão sendo institucionalizadas nas empresas de capital aberto pelo mundo, aumentando a capacidade das empresas em competir estrategicamente.

Esses mecanismos externos, como não poderia deixar de ser, dependem de bons níveis de transparência e disponibilidade de informações de qualidade da empresa. Nesse sentido, ANDRADE (2016, p. 6) lembra que "*empresas mais lucrativas procuram adotar melhores práticas de governança e melhores práticas relacionadas a transparência nas suas informações*". Porém,

o mesmo autor aponta que há uma enorme dificuldade em identificar quais são os elementos capazes de auxiliar as decisões empresariais na escolha por melhores ou piores práticas de governança, estrando relacionas "*ao tamanho e ao segmento de listagem*".

4. TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NA GOVERNANÇA

É quase instintivo perceber como as tecnologias de informação e comunicação se encaixam para resolver os problemas levantados.

Ressalta-se, antes, que essas ferramentas são particularmente interessantes para os modelos de governança que buscam um equilíbrio entre os *stakeholders* em vez de priorizar a maximização dos lucros dos acionistas. Podem-se encontrar exemplos desses modelos, mesmo que de maneira matizada, em nações como Alemanha, Japão e países nórdicos (TYLECOTE & RAMIREZ, 2008). Como o conceito de *stakeholder* abrange todas as pessoas ou grupos que têm interesses ou direitos na sociedade e em suas atividades, comumente há vínculos menos fortes entre essas pessoas e a sociedade do que há com os acionistas.

As ferramentas tecnológicas diminuem essa dificuldade, não só proporcionado maior participação como estimulando o sentimento de pertencimento e de valorização da atividade empresarial (ABRAHAM, 2012; FENWICK *et al,* 2019, p. 189-192).

Por outro lado, o benefício para os administradores é também notável, já que existem acentuados ganhos na facilidade de análise de dados. A análise de dados pessoais e utilização de redes sociais aprofundam o contato uma maior gama de percepções, possibilitando conferir com trabalhadores ou consumidores o resultado das escolhas empresariais (ABRAHAM, 2012, p. 285; CLARK, 2012, p. 137-140).

Não à toa, já está consolidada dentre as boas práticas administrativas a importância de se ter nos conselhos de administração profissionais com bons conhecimentos sobre tecnologias, evitando que a empresa se torne defasada e desligada do seu público alvo e participantes da

atividade (EVANS, 2017, p. 210-211; NOLAN & MCFARLAN, 2005; TRAUTMAN & ALTERNBAUMER-PRICE, 2011, p. 140).

Apesar de todos esses benefícios, na opinião dos autores da presente investigação, é na fiscalização e supervisão das sociedades que se sobressaem os ganhos de utilização de novas tecnologias, em especial pela sua maior ligação com os deveres e direitos de informação corporativa (TRAUTMAN & ALTERNBAUMER-PRICE, 2011, p. 330-332).

Isso é um padrão já antigo, com pesquisas empíricas indicando o quanto as TICs foram úteis para auditorias já no início do século (BANKER *et al,* 2002; em sentido contrário, mas indicando soluções, ver BIBLE *et al,* 2005). O auxílio de ferramentas computacionais e a automatização de determinados procedimentos permitiram uma maior profissionalização e a descentralização hierárquica das empresas (ou departamentos de auditoria, além de permitir mais rapidamente a produção de relatórios com maior grau de confiabilidade, precisão e completude (OMOTESO *et al,* 2010).

Por fim, é importante destacar que a utilização de novas tecnologias não é um tópico de interesse apenas para empresas de médio e grande porte. Pelo contrário, mesmo que tenham custos altos de implantação ou utilização no início, a tendência é que elas se tornem mais acessíveis, em especial quando falamos de tecnologias disruptivas que buscam públicos que não eram atendidos pelas alternativas anteriores (EVANS, 2017).

A adoção dessas ferramentas de informação e comunicação tendem a tornar a sociedade mais competitiva, não só por demonstrar sua seriedade perante o mercado, mas também pela potencial influência no estabelecimento vanguardista de novos padrões de boa governança, quando firmam exemplos a se seguir ou parâmetros para futuras regras imperativas sobre comportamentos éticos (BURNS, 2001, p. 36. Em sentido contrário, minimizando esses efeitos, TYLECOTE & RAMIREZ, 2008, p. 608-611).

O que se apontou até o momento foi como as TICs já influenciaram positivamente o cenário empresarial. A questão mais importante para esse trabalho, contudo, não são as consequências no passado, e sim os benefícios

que ainda podem ocorrer. Tecnologias que foram mais intensamente desenvolvidas nos últimos anos, também caracterizadas pelo manejo de informação, também prometem mudanças positivas para a atividade empresarial e para o direito societário.

5. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E *BIG DATA*

As ferramentas tecnológicas para análise de dados e tomada de decisões, com destaque aqui para a inteligência artificial (IA)[5], são uma excepcional solução para transformar grandes quantidades de dados brutos em informação de qualidade (ABRAHAM, 2012, p. 287).

O problema clássico da falta de tempo e recursos dos investidores para acompanhar com cuidado o que ocorre na empresa, especialmente no caso dos institucionais, encontra soluções nas aplicações de inteligência artificial. A própria razão de existência dessas ferramentas encontra um paralelo no paradoxo gerado pela sociedade informacional para as sociedades comerciais, que facilitou a publicidade de grandes quantidades de informações sem que isso necessariamente implicasse em uma melhoria na qualidade e em sócios mais bem informados.

Por sua vez, menos explorado é o potencial de análise de grande quantidade de dados dessas ferramentas para substituir a tomada de decisões dentro do conselho administrativo (e, em menor medida, nas assembleias), especialmente sobre dúvidas mais objetivas, como análises de riscos e preferências dos consumidores (MÖSLEIN, 2018).

A participação de algoritmos nos conselhos de administração é um assunto que chama a atenção, com autores defendendo que a tecnologia poderá substituir os próprios integrantes destes conselhos (FENWICK *et al,* 2017, p. 42). Em 2014, uma sociedade de Hong Kong

[5] Mais relevante do que definir inteligência artificial é explicar, ainda que reduzidamente, seu funcionamento: através da análise rápida de gigantescas massas de dados, aliadas ao aprendizado de máquina (uma autoavaliação contínua e parametrizada para aperfeiçoar sua precisão), esses programas fazem comparações e/ou traduzem grandes quantidades de informação em pequenos conjuntos identificáveis e gerenciáveis. Para mais informações sobre aprendizado de máquina e suas aplicações no direito, ver SURDEN, 2014.

chamada *Deep Knowledge Ventures* apontou um algoritmo chamado VITAL (*Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences*) para o seu conselho de administração, alegadamente com capacidade e direitos de voto como qualquer membro[6]. Posteriormente, a sociedade finlandesa Tieto também apontou um sistema de inteligência artificial chamado "Alicia T" como gestora com poderes de voto (PAGALLO, 2018, p. 232).

Esses casos ensejam várias dúvidas, como a possibilidade de delegação da gestão de uma sociedade comercial para IAs. No Reino Unido, os dispositivos legais só possibilitam a delegação de tarefas para pessoas ou comitês, mas uma interpretação teleológica sobre o fim da norma (possibilitar uma gestão mais eficiente) poderia levar à conclusão pela possibilidade de delegar. Essa mesma interpretação poderia ser estendida para outras jurisdições. Mesmo que fosse possível delegar as tarefas, os sistemas britânico, alemão e norte-americano também exigem que quem delega supervisione o delegado, o que na hipótese analisada parece ser uma escolha diligente do programa utilizado e uma verificação das decisões automatizadas antes de colocá-las em práticas. Na ampla maioria dos sistemas, a restrição sobre atos não incluídos na gestão corrente da sociedade também se aplica (MÖSLEIN, 2018, p. 658-659).

Apesar de curiosa, esta não é uma preocupação urgente, valendo a menção para chamar a atenção para futuros desdobramentos. Em primeiro lugar, porque as leis empresariais por todo o mundo usualmente colocam como requisitos para ser administrador exigências que não podem ser hoje preenchidas por entidades não-humanas, geralmente restringindo a função para pessoas naturais ou coletivas com personalidade legal[7].

---

[6] Na verdade, como se esclareceu depois, VITAL não poderia legalmente assumir a condição de administrador, e, portanto, era tratado como um "membro observador do conselho". (MÖSLEIN, 2018, p. 649–650)

[7] Há de se chamar a atenção ao fato de que, recentemente, passou a ser discutido por todo o mundo, inclusive nas instituições da União Europeia, a possibilidade de se conceder personalidade legal a certas categorias de robôs e programas. Como o debate, apesar de muito interessante, é denso e foge dos objetivos deste trabalho, recomenda-se a leitura para contextualização de PAGALLO, 2018.

Em segundo lugar, porque a maioria da doutrina especializada considera que, ao menos atualmente e no futuro próximo, há certas partes da decisão estritamente humanas, com o papel da inteligência artificial sendo meramente auxiliar (MÖSLEIN, 2018, p. 663-665). Afinal, permanece forte o argumento de que processo decisório da administração não pode ser reduzido exclusivamente a elementos objetivos ou a uma lógica racional pura. Conhecimentos subjetivos, como a intuição, a percepção de traços da personalidade de outros *stakeholders* e o discernimento da capacidade de influenciar outras pessoas, são características importantes para um bom gestor. Os sentimentos e emoções tem um papel importante na formação de uma boa decisão, porque nem toda experiência resgatada (ainda que inconscientemente) pelos gestores quando decidem está registrada. Um mero processo analítico e frio de decisão parece ser invariavelmente limitado, ainda que as emoções cumpram um papel auxiliar (RICCIULLI & MARTINS, 2011).

Sobra uma dúvida mais palpável sobre o uso destas tecnologias nos conselhos de administração: considerando as pesquisas que revelam os ganhos para decisões informadas através da utilização de inteligência artificial, poderia se falar em um dever de os administradores usarem esse tipo de programa, partindo do dever geral de cuidado, positivado ou aplicado pelos tribunais na maior parte dos sistemas jurídicos pelo mundo? Parece que não.

É evidente, ainda mais em um cenário de ampla disponibilidade de dados como o atual, que o administrador não deve obter toda e qualquer informação relevante disponível, ponderando os custos com os benefícios que poderão ser alcançados (ABREU, 2010b, p. 21; COSTA & DIAS, 2017, p. 774, EIZIRIK, 2011, p. 431-434). Sua escolha pela não utilização (ou subutilização) dos instrumentos de IA não poderia hoje, geralmente, ser considerada *prima facie* irracional, e seria ousado afirmar que ele não teria se informado razoavelmente e descumprido assim uma norma procedimental.

Desconsiderando situações excepcionais de certos tipos de atividade e obrigações firmadas pelos órgãos da sociedade, contrariaria

a regra da decisão empresarial (*business judgement rule)* se os tribunais pudessem discricionariamente determinar os melhores meios de se informar no caso específico (para as leis portuguesas, ver COSTA & DIAS, 2017, p. 781-787). Enquanto programas de inteligência artificial não se consolidarem e popularizarem como elementos essenciais para uma boa decisão, não se vislumbra a existência de um dever do administrador em utilizá-los antes de decidir (chegando à essa conclusão a partir dos ordenamentos da Alemanha, França, Itália, EUA, Reino Unido, Áustria e Suíça, ver MÖSLEIN, 2018, p. 660-662).

6. CADEIA DE BLOCOS, FISCALIZAÇÃO E NOVOS MODELOS SOCIETÁRIOS

As novas tecnologias têm um papel igualmente destacado no âmbito da fiscalização. Em uma concepção mais ampla, possibilita-se que as atividades sejam "auditadas", ainda que de forma superficial, por qualquer interessado com acesso aos dados, mesmo que não tenham muito tempo disponível (LAZARIDES, 2008, p. 25). O problema da apatia dos acionistas encontra nas tecnologias da informação alguns passos para sua resolução (PEREIRA, 2013, p. 24), assim como dá bases práticas para o argumento de que qualquer cidadão deveria poder investigar as atividades de sociedades, pelo menos naquilo em que seus interesses são afetados (poluição ambiental, por exemplo, conforme mostra ERP, 2018).

Os conselhos fiscais e auditores (tanto internos quantos externos) podem desenvolver programas menos genéricos e voltados para a inspeção de uma sociedade específica ou de um tipo de atividade empresarial em particular. A inteligência artificial, ao diminuir significativamente os custos necessários para análise de dados, permite um processo de auditoria constante e ininterrupto quando, a título exemplificativo, identifica em tempo real divergências ou erros nos relatórios publicados e nas entradas e saídas disponibilizadas como dados brutos (GEPP *et al,* 2018; OMOTESO *et al,* 2010, p. 161).

Para a fiscalização há outra tecnologia mais valiosa, que é a cadeia de blocos, também conhecida pelo anglicismo *blockchain (*CHEDRAWI & HOWAYECK, 2018). Esse é um sistema totalmente distribuído para

capturar e armazenar de forma criptografada um registro de eventos consistente, imutável e linear de transações entre atores eletrônicos em rede (RISIUS & SPOHRER, 2017, p. 386). A utilização mais conhecida da tecnologia da cadeia em blocos para o direito é a estrutura dos contratos inteligentes (*smart contracts),* que automatizam relações de troca e de obrigações, excluindo a necessidade de um intermediário confiável (ver, aprofundando, BACON, 2018), mas há outros usos cada vez mais difundidos como os registros das cadeias de abastecimento e fornecimento.

A característica central do *blockchain* para promover uma boa governação das sociedades é a elevada segurança (após um dado ser inserido na cadeira, ele se torna praticamente imutável) e baixo custo das transações digitais e registros feitos usando essa tecnologia em comparação com as bases de dados usadas hoje. Os sistemas de fiscalização e auditoria tradicionais não conseguem lidar com quantidades muito grandes de dados e nem fornecer o mesmo nível de segurança para os registros contra fraudes e falhas, obrigando as sociedades a recorrer a auditorias extras para dar maior confiabilidade às suas informações. Em outras palavras, a cadeia de blocos pode dispensar ou tornar muito mais fácil a confirmação por parte de um auditor da veracidade das transações e valores dos relatórios financeiros (BRANDON, 2016, p. 35-36).

No entanto, não se pode esquecer que essa tecnologia não é uma solução mágica para todos os problemas e exige mais recursos que outras categorias de bases de dados e registros, devendo ser sempre cuidadosamente analisado qual a sua real necessidade perante o problema concreto. A cadeia de blocos tem como principal foco prover soluções para aprimorar outras tecnologias de informação já amplamente utilizadas no meio empresarial, mas que ainda apresentam certos problemas de segurança e confiabilidade (RISIUS & SPOHRER, 2017). Para exemplificar alguns usos no direito das sociedades, ela pode ser aplicada na confirmação de identidades em votações à distância.

Finalizando a seção, vale mencionar rapidamente o potencial de modelos de sociedades radicalmente novos, combinando inteligência artificial, cadeia em blocos e os contratos inteligentes para, nas propostas

mais extremadas, automatizar por completo até a gestão administrativa de uma empresa. O que em um primeiro momento pareceria pura elucubração, na verdade já teve um protótipo implementado em maio de 2016. Trabalhando apenas com bens digitais e sem nenhum administrador ou trabalhador, com sua estrutura construída à base de programas de computador, código e contratos inteligentes, a organização experimental "*The DAO*" simulava uma sociedade (com direitos de voto e *tokens* que equivaliam a ações transferíveis) e conseguiu arrecadar mais de U$150 milhões provenientes de mais de 11 mil investidores[8].

7. NOVAS TECNOLOGIAS, NOVOS PROBLEMAS

Apesar do tom otimista até este momento, não se pode olvidar que novas tecnologias não significam necessariamente boas notícias ou um caminho inexorável para melhoras no ambiente corporativo. As tecnologias não são neutras, e mesmo a escolha de uma em vez de outra condiciona as potencialidades de utilização, não havendo qualquer garantia de que elas caminhem sempre para as melhores soluções (ASCENSÃO, 2006, p. 10).

Pode-se pensar no exemplo da função ponderadora dos conselhos administrativos, significando o papel que o conselho tem em evitar decisões impulsivas e individuais que eventualmente podem prejudicar a sociedade, permitindo melhores debates e perspectivas diferentes sobre um mesmo assunto. Essa função poderia por um lado ser incrementada com uma ferramenta que analisasse com rapidez os dados disponíveis e desse respostas objetivas aos administradores, mas também poderia ser um argumento para suprimir a discussão, alegando-se que se trataria de uma conclusão supostamente neutra e técnica.

---

[8] Seu aparente sucesso foi interrompido abruptamente, pois uma grave falha em seu código foi explorada por *hackers* para desviar por volta de um terço dos fundos acumulados na forma de criptomoedas. A situação foi posteriormente revertida pelos responsáveis da plataforma *Ethereum*, sobre a qual a *The DAO* foi construída, e o dinheiro voltou aos seus donos originais (FENWICK *et al,* 2017, p. 45-47). Note-se que uma organização DAO não pode ser facilmente categorizada como uma sociedade, e a dificuldade de sua regulamentação a torna um modelo ainda um tanto questionável (MÖSLEIN, 2018, p. 651-652).

Nesse sentido, um dos grandes problemas jurídicos do aumento da utilização de programas de inteligência artificial também se aplica ao direito societário. Trata-se do o regime de responsabilidade aplicável ao uso dessas ferramentas para auxiliar decisões e, mais extremadamente, quando os próprios algoritmos decidem.

Enquanto elas são bastante limitadas, não é difícil concluir pela responsabilização dos administradores ou sócios que escolherem utilizar os programas por não terem tomado as devidas precauções, mesmo quando apenas ratificam uma decisão algorítmica. Mas essa resposta vai paulatinamente se tornando menos adequada (ou pelo menos comportando mais e mais escalonamentos e exceções) à medida que a programa se torna mais autônomo e passa a ser considerada imprescindível para uma boa administração. Isso poderia inclusive levar a uma necessidade de mudança do foco em um controle *ex-post* para um controle *ex-ante,* instaurando obrigações mais fortes de precauções antes que a decisão administrativa fosse tomada e flexibilizando a noção de culpa empresarial por eventuais erros que ocorressem (MÖSLEIN, 2018, p. 667; PAGALLO, 2018).

Sempre quando se fala de tecnologias de informação e comunicação, e mais ainda em espaços que envolvem grande movimentação financeira (como o de grandes empresas), deve ser também priorizado a questão da segurança cibernética e privacidade de dados.

Uma sociedade que tenha sua essência no mundo digital, incluindo bens e informações sensíveis, é especialmente vulnerável às invasões em seus sistemas eletrônicos. Paralelamente a isso, a interação com consumidores, trabalhadores e terceiros levanta o problema da proteção de dados pessoais, que nos últimos anos está no meio do inflamado debate que envolveu o Regulamento Geral de Proteção de Dados (na União Europeia) e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil.

Ambas questões, no entanto, são objeto de estudos específicos no campo da governação de TI (CLARK, 2013, p. 140-144; TRAUTMAN & ALTERNBAUMER-PRICE, 2011. p. 326-329), sendo pouco profícuo delongar-se mais nesse ponto para além de lembrar o leitor da necessidade

de cautela na sugestão de implementação de novas tecnologias para gestão ou controle de atividades empresariais.

Por último, mas também de importância central, não se pode ignorar a existência de pessoas que não tenham familiaridade com essas novas tecnologias. Assim como as convocações eletrônicas para assembleias não dispensaram as convocações por jornais de grande circulação por bastante tempo (ABREU, 2010a, p. 23-24), deve-se realizar as adaptações à tecnologia com cuidado para não cair em exclusões geracionais.

Isso porque, como já argumentado, as ferramentas tecnológicas e suas respostas tendencialmente objetivas não conseguem preencher todos os requisitos de uma boa administração. Fatores como a experiência e boas relações pessoais pesam para se obter os melhores resultados na conduta da empresa.

Há, também, problemas mais graves de vieses de máquina (*machine bias)*. Programas de inteligência artificial, por exemplo, não estão livres de preconceitos humanos como o racismo, e podem inclusive reforçá-los sob a roupagem de uma análise e decisão baseadas apenas em dados. Deve-se, por isso, sempre existir redobrada atenção com a formulação dos princípios e limites que guiarão os algoritmos, inclusive para formular respostas tecnológicas aos vieses pré-existentes (CHANDER, 2017).

Assim como os novos mecanismos podem empoderar os *stakeholders* que hoje têm pouco ou nenhum poder sobre as atividades das sociedades, eles podem ser também utilizados para aumentar desigualdades (econômicas e informacionais) por aqueles que têm maior influência na agenda de implementação e desenvolvimento tecnológico (ABRAHAM, 2012, p. 289). Podem ser inclusive utilizadas para burlar regras de governação tradicionais, potencialmente possibilitando comportamentos legais mais pouco éticos no ambiente concorrencial.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível perceber no capítulo anterior, simplesmente introduzir tecnologias novas em sistemas corporativos antigos e ordenamentos jurídicos parados no tempo não irá automaticamente torná-

los melhores. Muitos problemas da atividade empresarial persistiram e se adaptaram às diversas propostas de soluções, sobrevivendo a enormes crises econômicas globais. Um estudo de 2017 feito pela *Optimity Advisors and Tipik Legal* sobre o uso de ferramentas digitais no direito societário corrobora essas conclusões. Nele foi evidenciado que o uso de ferramentas digitais tem impactos positivos em eficiência, segurança jurídica e inibição de atividades fraudulentas ou ilegais, mas não foi exposto de forma incontestável um nexo de causalidade entre essas implementações e as melhoras. Em outras palavras, as novas ferramentas não são por si só suficientes (EUROPEAN COMISSION, 2017).

Não há uma solução mágica ou uma única mudança revolucionária, mas os ganhos em transparência e eficiência observados na implementação de TICs desde o final do século XX são um bom sinal de que esse é um aspecto importante na busca por melhoras, e que tal transformação pode se repetir novamente, em maior ou menor grau de intensidade, com a nova onda (e empolgação) tecnológica que atravessa o mundo contemporâneo.

Essa observação do passado não está isolada. Há alguns anos, dentro dos estudos sobre governança corporativa, surgiu uma linha doutrinária que defende que os modelos econômicos tradicionais não são adequados para lidar com uma sociedade informacional cada vez mais desenvolvida. É desejável, o que já se constata em alguma medida, uma substituição dos antigos modelos de sucesso por outros em rede, menos centralizados e hierarquizados e mais colaborativos, abertos e interdependentes (CLARK, 2013, p. 128-134; FENWICK *et al,* 2019; CASTELLS, 2011, p. 143 e 214).

Há bons indícios que o uso desses novos instrumentos tecnológicos estimula maior colaboração, proximidade, diálogo e confiança entre *stakeholders,* resultando ainda em notável vantagem sobre sociedades concorrentes. Eles também favorecem a competitividade de empresas menores que tenham boas ideias, mas poucos recursos, como é o caso de muitas *startups*. As tecnologias podem não ser suficientes por si, mas sem dúvidas poderão se mostrar um grande vetor ou catalisador de mudança da cultura corporativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, S. E. Information technology, an enabler in corporate governance. **Corporate Governance: The international journal of business in society**, v. 12, n. 3, p. 281–291, 2012.

ABREU, J. M. C. **Governação das Sociedades Comerciais,** 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010a.

_____. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedades,** 2ª Ed., IDET, Cadernos nº 5, Coimbra: Almedina, 2010b.

ALBUQUERQUE FILHO, A. R.; FREIRE, M. M. A.; CABRAL, A. C. A.; SANTOS, S. M.; **Influência da Governança Corporativa e da Intangibilidade no Desempenho das Maiores Empresas Brasileiras**. R. Adm. FACES Journal Belo Horizonte v. 18 n. 4 p. 25-43 out./dez. 2019. ISSN 1984-6975 (online).

ALVES, C. Corporate Governance, Auditoria e Regulação: há conflito de interesses? **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários**, v. 55, p. 117-124, 2016.

ANDRADE, F. J. D. **A natureza das práticas de governança corporativa no Brasil**. FGV EAESP - CMAE: Dissertações, Mestrado em Administração de Empresas, 2016.

ANTUNES, J. E. Novos rumos do direito societário europeu, o "Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law". In ABREU, J. M.C; DUARTE, R. P.; VASCONCELOS, P. P. (coord.). **II Congresso DSR**, Coimbra: Almedina, p. 347-353, 2012.

ASCENSÃO, J. O. **O Direito da Internet e da Sociedade da Informação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ Propriedade intelectual e internet. **Direito da Sociedade da Informação**, v. VI, p. 1–25, 2006.

BACON, J. *et al.* Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralised Ledgers. **Richmond Journal of Law and Technology,** v. 25, no. 1, 2018.

BANKER, R. D.; CHANG, H.; KAO, Y.-C. Impact of Information Technology on Public Accounting Firm Productivity. **Journal of Information Systems**, v. 16, n. 2, p. 209–222, 2002.

BIBLE, L.; GRAHAM, L.; ROSMAN, A. The effect of electronic audit environments on performance. **Journal of Accounting, Auditing and Finance**, v. 20, n. 1, p. 27–42, 2005.

BRANDON, D. The Blockchain The Future of Business Information Systems? **International Journal of the Academic Business World**, v. 10, n. 2, p. 33–40, 2016.

BUENO, G.; NASCIMENTO, K.; LANA, J.; GAMA, M. A. B.; MARCON, R.; **Mecanismos Externos de Governança Corporativa no Brasil**. Revista Contabilidade, Gestão e Governança v. 21 n. 1 p.120-141 jan. /abr. 2018

BURNS, T. Implications of information technology on corporate governance. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 9, n. 1, p. 21–38, 2001.

CÂMARA, P. A Corporate Governance de 2013 a 2023: Desafios e Objetivos. In: PINTO, J. C. (coord.) *et al.* **A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal**. Coimbra: Almedina, p. 145-165, 2014.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede. A era da informação, economia, sociedade e cultura, v. 1,** São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CHANDER, A. The Racist Algorithm. **Michigan Law Review**, v. 115, n. 6, pp. 1023-1046, 2017.

CHEDRAWI, C.; HOWAYECK, P. Audit in the Blockchain era within a principal-agent approach. **Proceedings of the 2018 ICTO Congress**.

University Paris Nanterre, Paris, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/323987299>.

CLARK, E. E. Reflecting Inward and Looking Outward; Future Trends Impacting Corporate Governance Research and Practice. **Global Journal of Comparative Law**, v. 2, p. 115–146, 2013.

COSTA, R.; DIAS, G. F. Art. 64º: Deveres Fundamentais. In: ABREU, J. M. C. (coord.). **Códigos das Sociedades Comerciais em Comentários vol. I,** Coimbra: Almedina, p. 757-808, 2017.

DEDEIC, P. Corporate Governance and Information Society. **Corporate Ownership & Control**, v. 7, n. 2, p. 202–207, 2009.

EIZIRIK, N. *et al.* **Mercado de Capitais, Regime Jurídico**. 3 ed., São Paulo: Renovar, 2011.

ERP, J. V. O papel dos atores privados na regulação e aplicação das normas contra o dano ambiental causado pelas empresas. **Revista Electrónica de Direito**, v. 15, n. 1, p. 124–146, 2018. Disponível em: <https://www.cije.up.pt/content/o-papel-dos-atores-privados-na-regulação-e-aplicação-das-normas-contra-o-dano-ambiental-caus>

EUROPEAN COMISSION**. Assessment of the impacts of using digital tools in the context of cross-border company operations.** Luxembourg: Publications Office of the EU, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/impact_of_use_of_digital_tools_final_report.pdf>

EVANS, G. L. Disruptive Technology and the Board: the Tip of the Iceberg. **Economics and Business Review**, v. 3 (17), n. 1, p. 205–223, 2017.

FENWICK, M.; KAAL, W. A.; VERMEULEN, E. P. M. The 'Unmediated' and 'Tech-Driven' Corporate Governance of Today's Winning Companies. **U of St. Thomas (Minnesota) Legal Studies Research Paper**, v. 17, n. 10, p. 2–48, 2017.

FENWICK, M.; MCCAHERY, J. A.; VERMEULEN, E. P. M. The End of 'Corporate' Governance: Hello 'Platform' Governance. **European Business Organization Law Review**, v. 20, p. 171–199, 2019.

GEPP, A.; LINNENLUECKE, M. K.; SMITH, T. Big Data in Accounting and Finance: A Review of Influential Publications and a Research Agenda. **Journal of Accounting Literature**, v. 40, n. June, p. 102–115, 2018.

HOPT, K. J. Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance after Enron. In: ARMOUR, J.; MCCAHERY, J. A. **After Enron, Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US**. London: Bloomsbury Publishing, p. 445–496, 2006.

LAZARIDES, T. *et al.* Corporate governance and the information systems excellence factor. **International Journal of Business Excellence**, v. 2, n. 1, p. 16-29, 2008.

MENDES, M. F. C. Corporate Governance na Europa: Desenvolvimentos Recentes e Desafios. **Jurismat**, v. 9, p. 119–157, 2016.

MÖSLEIN, F. Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law. **Research handbook on the law of artificial intelligence**. p. 649–670, 2018.

NORRIS, W. C. Technology and Corporate Governance. **Proceedings of the Annual Meeting of the Minnesota Society of Certified Public Accountants**, Minnesota: Bloomington, 1979.

OCDE. **Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE.** Éditions OCDE, 2016.

OMOTESO, K.; PATEL, A.; SCOTT, P. Information and Communications Technology and Auditing: Current Implications and Future Directions. **International Journal of Auditing**, v. 14, n. 2, p. 147–162, 2010.

PAGALLO, U. Vital, Sophia, and Co. The Quest for the Legal Personhood of Robots. **Information**, v. 9, n. 9, p. 230-240, 2018.

PARGENDLER, M. The Corporate Governance Obsession. **The Journal of Corporation Law**, v. 42, n. 2, p. 359–402, 2016.

PEREIRA, A. L. D. Corporate e-Governance in Portugal. In: GUEDES, A. M. (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas.** vol. II, Coimbra Editora: Coimbra, pp. 11-24, 2013.

PESSOA, F.; DIAS, F. C. A Inutilidade dos Conselhos Fiscais e dos Comissários do Governo nos Bancos e nas Sociedades Anónimas. **Revista de Comércio e Contabilidade**, nº 4, 1926.

RIBEIRO, H. C. M.; MURITIBA, S. N.; MURITIBA, P. M.; DOMINGUES, L. M.; **A dimensão da gestão nos estudos governança corporativa no Brasil: análise teórica e agenda de pesquisa**. Revista Metropolitana de Governança Corporativa, São Paulo, Vol.2 N.1, P. 77-104, Jan/Jun. 2017.

RICCIULLI, A.; MARTINS, A. Análise de investimentos, racionalidade económica e processo de decisão empresarial. **Boletim de ciências econômicas da FDUC**, v. LIV, p. 265–301, 2011.

RISIUS, M.; SPOHRER, K. A Blockchain Research Framework. **Business & Information Systems Engineering**, v. 59, n. 6, p. 385–409, 2017.

SILVEIRA, A. M. ; LEAL, R. P. C., CARVALHAL-DA-SILVA, A. L., & BARROS, L. A. B. DE C. (2013). **Endogeneity of brazilian corporate governance quality determinants.** Corporate Governance: The International Journal of Business in Society, 10(2), 191-202. DOI:/10.1108/14720701011035701.

SURDEN, H. Machine Learning and Law. **Washington Law Review**, v. 89, n. 1, p. 87-115, 2014.

TRAUTMAN, L. J.; ALTERNBAUMER-PRICE, K. The Board's responsibility for information technology governance. **The John Marshall Journal of Computer & Information Law,** v. XXVIII, n. 3, p. 313- 341, 2011.

TYLECOTE, A.; RAMIREZ, P. Finance, Corporate Governance and the New Techno-Economic Paradigm. **Recherches économiques de Louvain**, v. 74, n. 4, p. 583-612, 2008.

VERSIANI, F. V. Governança Corporativa no Direito Comunitário Europeu: lições para o Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 1, n. 64, p. 413–434, 2014.

VICENTE, D. M. A informação como objeto de direitos. In: WACHOWICZ, M. (org.) **Propriedade Intelectual e Internet, v. II,** Curitiba: Juruá, 2011.

Lukas Ruthes Gonçalves
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.
Professor.

Pedro de Perdigão Lana
Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra.
Especialização *lato sensu* pela OMPI em parceria com a Universidade de Genebra.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Advogado.

TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: A REPERCUSSÃO DA TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO CDC EM DEFESA DOS INTERESSES DOS PASSAGEIROS

Maria Luiza Baillo Targa

TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: A REPERCUSSÃO DA TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO CDC EM DEFESA DOS INTERESSES DOS PASSAGEIROS*

INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR: THE IMPACT OF THE THESIS ESTABLISHED BY THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT AND THE NECESSARY APPLICATION OF THE BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION CODE IN THE INTEREST OF THE PASSENGERS

Maria Luiza Baillo Targa

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a tese com repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 210, que deu primazia à aplicação das Convenções de Varsóvia e de Montreal, as quais limitam a responsabilidade das transportadoras aéreas, em detrimento das disposições das normas de origem nacional, em especial o Código de Defesa do Consumidor, bem como os seus impactos no julgamento de casos semelhantes pelas cortes brasileiras e o posicionamento da doutrina acerca da aplicação das normas incidentes sobre as relações de transporte aéreo internacional e do precedente criado, e conclui pela necessidade de ajustes à tese a fim de assegurar a aplicação do Código Consumerista quando caracterizada relação de consumo, especialmente, diante da sua origem constitucional e do fato de instituir normas de ordem pública e interesse social, bem como considerando a inafastabilidade de sua aplicação por ser o direito do consumidor um direito fundamental, um dever do Estado e

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

um princípio da ordem econômica. Para tanto, emprega-se o método dedutivo e uma visão analítica e crítica através de revisão bibliográfica e de análise de casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. TESE NO TEMA 210 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. CONVENÇÃO DE MONTREAL.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the thesis with general repercussion fixed by the Brazilian Federal Supreme Court in the judgment of Theme 210, which gave primacy to the application of the Warsaw and the Montreal Conventions, that limits the liability of air carriers, to the detriment of the provisions of Brazilian national laws, in particular the Brazilian Consumer Protection Code, as well as their impact on the judgment of similar cases conducted by the Brazilian courts as well as the position of the doctrine on the application of the rules on international air transport relations and the precedent created, and concludes by the need for adjustments to the thesis in order to ensure the application of the Consumer Code when a consumer relationship is formed, especially due to its constitutional origin and the fact that it institutes norms of public policy and social interest, and considering the necessity if its application because consumer law is a fundamental right, a duty of the State and a principle of the economic order. To this end, the deductive method and an analytical and critical view are used through bibliographic review and analysis of concrete cases.

KEYWORDS: *INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR. THESIS ON THE THEME 210 OF THE FEDERAL SUPREME COURT. BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION CODE. WARSAW CONVENTION. MONTREAL CONVENTION.*

INTRODUÇÃO

No ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário 636.331 e do Recurso Extraordinário com Agravo 766.618, ambos paradigmas representativos do Tema 210 (limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia).

Na ocasião, o Pleno fixou, por maioria, tese com repercussão geral no sentido de que, em virtude do que dispõe o artigo 178 da Constituição Federal, as normas e os tratados internacionais que limitam a responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, em especial as Convenções de Varsóvia[1] e de Montreal[2], têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor, o qual preconiza o princípio da indenização integral.

Muito embora as decisões ainda não tenham transitado em julgado, já se impõe a observância da tese fixada, posto que, de acordo com entendimento firmado pela Corte Suprema, a publicação do acórdão em que firmado entendimento em sede de repercussão geral já forma o precedente, sendo possível sua imediata aplicação.

Consequentemente, o posicionamento consolidado de forma majoritária no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça estaduais, no sentido de que as referidas convenções somente seriam aplicáveis naquilo em que não contrariassem as disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, teve de ser modificado para se adequar à nova orientação. E, analisando-se as recentes decisões prolatadas, constata-se certa dificuldade na aplicação da tese, em especial a respeito do seu âmbito de incidência, ou seja, se abrange apenas os danos regulados pelas convenções ou a quaisquer questões atinentes à matéria.

A doutrina, que também majoritariamente se consolidara naquele mesmo sentido, vem se manifestando contrariamente ao precedente, sobretudo, porque a tese deixa em segundo plano os interesses do passageiro, pessoa humana cuja vulnerabilidade é reconhecida pelo ordenamento jurídico nacional, sendo um dos fundamentos da proteção do consumidor.

Diante da grande relevância do tema, o presente trabalho propõe, em um primeiro momento, a análise dos principais aspectos dos votos prolatados pelos Ministros e da repercussão da tese no julgamento de casos semelhantes, bem como, em um segundo momento, do posicionamento doutrinário sobre a matéria, demonstrando, ao final, a necessidade de ajustes à tese em vista da inafastabilidade da aplicação do Código Consumerista quando configurada relação de consumo a fim de proteger os interesses dos passageiros.

I. A TESE NO TEMA 210 E SEUS IMPACTOS NO JULGAMENTO DE CASOS SEMELHANTES

O Supremo Tribunal Federal (STF) analisou em quatro oportunidades a aplicação das Convenções de Varsóvia e de Montreal e a sua compatibilidade com as normas nacionais.

Em 1996, a Segunda Turma, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 172.720, ponderou que a indenização tarifada fixada pelas convenções seriam aplicáveis apenas a danos materiais, não abrangendo danos morais em vista do que dispõe o artigo 5º, V e X, da Constituição Federal (CF/88)[3] (BRASIL, 1996a). Dez anos depois, a mesma Turma, analisando o RE 297.901, entendeu pela prevalência das convenções sobre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em virtude do disposto no artigo 178 da CF/88[4] (BRASIL, 2006a).

Em 2009, a Primeira Turma, ao julgar o RE 351.750, ponderou que as normas reguladoras do transporte aéreo que implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pela lei consumerista devem ser afastadas (BRASIL, 2009a). E, ainda em 2009, o Pleno reconheceu a repercussão geral do tema no Agravo de Instrumento 762.184 (BRASIL, 2009b) e o Ministro Gilmar Mendes converteu-o no RE 636.331. Paralelamente, o Ministro Luís Roberto Barroso ponderou que o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 766.618 era representativo da mesma controvérsia, determinando o julgamento conjunto (BRASIL, 2013).

Nesta primeira parte do trabalho, serão analisados os votos prolatados pelos Ministros nesse último julgamento e os impactos da tese sobre os demais tribunais.

A) O julgamento do Tema 210 e a tese com repercussão geral fixada pelo STF

O julgamento teve início em 8 de maio de 2014 e foi finalizado em 25 de maio de 2017 em virtude da solicitação de vista realizada pela Ministra Rosa Weber.

Votaram em 2014 os Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Teori Zavaski.

No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, relator do RE 636.331, asseverou que as convenções internacionais têm prevalência sobre as normas nacionais e que o intérprete deve construir leitura sistemática do texto constitucional para solucionar aparente conflito entre o princípio de defesa do consumidor instituído pelos artigos 5º, XXXII[5], e 170, V[6], e a regra disciplinada no artigo 178, afirmando sobressair a regra frente ao princípio, em respeito à opção dada pelo constituinte originário.

Sustentou que o CDC e as Convenções de Varsóvia e Montreal são normas de mesma hierarquia, de modo que, para a superação do aparente conflito entre elas, deve-se utilizar os critérios da especialidade e da cronologia, prevalecendo as Convenções por ser a de Montreal, promulgada pelo Decreto 5.910/2006, é posterior e especial em relação ao CDC.

Por fim, afirmou que seu voto era no sentido de declarar a aplicabilidade do limite indenizatório fixado pelas convenções não apenas em relação aos danos materiais decorrentes de extravio de bagagem, matéria objeto do recurso do qual era relator, mas em todas as hipóteses em que houver conflito entre o CDC e tais convenções.

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator do ARE 766.618, destacou que, se a questão pudesse ser resolvida por meio dos critérios clássicos de solução de antinomias, os recursos sequer deveriam ser analisados, pois se trataria de discussão infraconstitucional. O que legitima a admissão dos mesmos é o artigo 178 da CF/88, que disciplina um critério específico de solução de antinomia tal qual o faz a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), tratando-se de regra de sobredireito constitucional que indica como se deve solucionar a controvérsia. Ponderou ainda que o artigo 5º, XXXII, da CF/88, é princípio institutivo, ao passo que o artigo 178 é regra e, quando uma regra estatuir em sentido diverso ao indicado por um princípio, aplica-se a regra, por ser a vontade manifesta do constituinte.

Já o Ministro Teori Zavascki avaliou que a questão deve ser solucionada por meio dos critérios da especialidade e da cronologia, devendo-se dar prevalência às convenções internacionais. Todavia, referiu que não gostaria de afirmar tese de que, em qualquer circunstância, a norma

de direito internacional prevaleceria sobre a norma de direito interno, questionando se, em virtude do artigo 178, estaria o legislador brasileiro proibido de dispor de forma diversa de uma convenção. Ao final, constatou existir uma relação entre Direito Interno e Direito Internacional, o que, por si só, é uma questão constitucional, sendo desnecessário referir-se que o legislador nacional não pode legislar contra uma convenção internacional.

Retomado o julgamento em 2017, após vista regimental solicitada pela Ministra Rosa Weber, esta foi a primeira a se pronunciar, apontando que o caráter constitucional da controvérsia se assenta no comando do artigo 178, o qual deve ser interpretado de maneira harmônica com as normas veiculadas nos artigos 5º, incisos V, X e XXXII, e 170, V, em virtude do princípio da unidade. Afirmou ser o modelo de responsabilidade limitada compatível com o princípio da indenizabilidade irrestrita, com exceção dos danos morais, e que as convenções não são ontologicamente contrárias à indenização ilimitada por danos materiais, já que oportunizam ao passageiro a declaração especial de conteúdo da bagagem e admitem a reparação irrestrita quando demonstrado dolo ou culpa grave do transportador.

Asseverou inexistir óbice constitucional ao estabelecimento de condicionantes razoáveis à indenização integral de dano material, pois os parâmetros estipulados nas convenções permitem ao transportador calcular os riscos a que está exposto e embutir na passagem o custo da cobertura securitária[7]. Ao final, ponderou que o vocábulo ordenação constante no artigo 178 prestigia o compromisso assumido de instituir sistema uniforme de tratamento de demandas de serviço de transporte aéreo internacional, e que o constituinte, neste artigo, confere excepcional *status* supralegal às convenções internacionais.

Por seu turno, o Ministro Edson Fachin destacou que a legislação nacional e internacional não se excluem ou se revogam, de modo que devem ser utilizados os critérios ordinários de soluções de antinomia para dirimir a questão, devendo prevalecer as normas internacionais em vista dos critérios cronológico e da especialidade.

Já o Ministro Luiz Fux fundamentou seu voto em quatro argumentos: um constitucional, referindo que o artigo 178 é inequívoco

no sentido de que devem ser observados os acordos firmados pela União sobre a matéria; um jurídico-dogmático, afirmando que, de acordo com a Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio, a lei geral posterior convive com leis especiais anteriores, de modo que o CDC não revogou a Convenção de Varsóvia; um jurisprudencial, citando dois precedentes da Corte que prestigiam o entendimento: RE 214.349[8] e RE 297.901; e, por fim, um legal, apontando que o Código Brasileiro de Aeronáutica refere que o direito aeronáutico é regulado por tratados e convenções de que o Brasil seja parte.

O Ministro Dias Toffoli apenas acompanhou os votos dos Relatores.

O Ministro Ricardo Lewandowski ponderou que o respeito aos tratados e convenções não vulnera o direito dos consumidores, ao contrário, resguarda-os de forma adequada, pois o prazo prescricional para ajuizamento de ações indenizatórias previsto nas Convenções de Varsóvia e Montreal é adequado e as indenizações são razoáveis. Assinalou ainda que devem prevalecer as normas internacionais em virtude de cinco aspectos: segurança jurídica internacional e observância do princípio da reciprocidade, devendo o Brasil honrar a confiança depositada pelos demais signatários e a reciprocidade concedida às empresas aéreas brasileiras que realizam voos internacionais; segurança jurídica interna em vista da previsibilidade às empresas e aos consumidores; *lex posterior derogat priori*; *lex specialis derogat generali* e o disposto no artigo 178 da Constituição Federal.

Inaugurando a divergência, o Ministro Marco Aurélio reportou-se ao acórdão da Segunda Turma no RE 172.720, demonstrando que já havia decisão da Corte no sentido de que os incisos V e X do artigo 5º da CF/88 se sobrepõem aos tratados e convenções ratificados pelo Brasil. Enfatizou ainda a impossibilidade de concluir que os acórdãos recorridos, os quais decidiram favoravelmente aos consumidores, foram prolatados em ofensa à CF/88, posto que consideraram o disposto no CDC, norma que está em harmonia com a Carta Constitucional.

Igualmente em voto divergente, o Ministro Celso de Mello sustentou ser inviável a utilização do critério da especialidade com o fim de fazer prevalecer o disposto nas Convenções Internacionais, sob pena

de nulificar direito fundamental assegurado em favor do consumidor. No seu entender, a aparente antinomia deve ser superada por meio do critério hierárquico, devendo prevalecer as normas mais favoráveis ao consumidor, já que a cláusula de proteção ao consumidor encontra fundamento no artigo 5º da CF/88, possuindo caráter preponderante em relação a outras regras normativas, ainda que veiculadas em sede constitucional.

Asseverou que dita disposição é resguardada por cláusula pétrea, o que lhe confere eficácia jurídica preponderante, pois enuncia direito fundamental, bem como que a proteção ao consumidor e a defesa de seus direitos representam compromissos inderrogáveis assumidos pelo Estado brasileiro, sendo que a primazia conferida pela CF/88 à defesa do consumidor implica na sua qualificação como valor essencial e condicionante de qualquer processo decisório que vise a compor situações de antagonismo resultantes das relações de consumo.

Avaliou que a liberdade de atuação empresarial não se reveste de caráter absoluto na medida em que o seu exercício sofre os condicionamentos impostos pela CF/88 e, dentro desta perspectiva, a edição do CDC representou a efetivação dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro em tema de relações de consumo, mencionando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a projeção destes nas relações entre particulares, que é concretizada pelo CDC, razão pela qual suas disposições têm precedência sobre as convenções.

Por fim, a Ministra Presidente, Carmen Lúcia, acompanhou os relatores em virtude do que dispõe o artigo 178 da Carta Constitucional, salientando que, ainda que não se priorizasse tal norma, o critério da especialidade seria suficiente para dirimir a questão.

Ao final, o Plenário, por maioria, deu provimento aos recursos e fixou a seguinte tese[9]:

> Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 2017a).

Embora existam nove votos no sentido de dar provimento aos recursos, os fundamentos utilizados não são uníssonos, o que torna difícil identificar a *ratio decidendi*[10] do precedente. Isto porque, apesar de a tese referir que a prevalência das disposições das convenções internacionais decorre do artigo 178, muitos dos julgadores fundamentam suas decisões com base na aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias. Ademais, os argumentos dos votos divergentes não foram apreciados pelos demais.

Ressalta-se ainda que a tese nada menciona expressamente acerca dos danos morais e demais hipóteses não reguladas pelas convenções, tais como o *overbooking* e o *no show*.

Diante disso, denota-se que a tese, cuja observância já se impõe, vem gerando confusão no âmbito do Poder Judiciário, e sua utilização, conforme se verá a seguir, mostra-se confusa e muitas vezes alargada, sendo utilizada em situações que sequer estão nela abarcadas.

B) O impacto da tese no julgamento de casos relativos ao transporte aéreo internacional

Antes do precedente formado pelo STF, as cortes nacionais comumente davam prevalência às normas de origem nacional face às convenções internacionais reguladoras da matéria, especialmente, em virtude do que dispõem os artigos 732 da lei civil e 7º, *caput,* da lei consumerista, os quais assinalam, respectivamente, que se aplicam aos contratos de transporte os preceitos constantes de outras normas, nacionais ou internacionais, desde que não contrariem as disposições do Código Civil, e que os direitos previstos no CDC não excluem insertos em outras fontes normativas, ou seja, o diálogo com outras fontes, nacionais ou internacionais, é permitido, desde que seja para acrescentar direitos àqueles já assegurados pelo CDC.

Como consequência, a jurisprudência nacional sedimentou-se paulatinamente no sentido de que as disposições das Convenções de Varsóvia e de Montreal somente seriam aplicáveis quando não contrariassem as disposições das normas nacionais, afastando, por exemplo, os artigos que tarifam a indenização a ser alcançada pelas companhias aéreas por

contrariar o princípio da reparação integral consagrado pelo artigo 944, *caput,* do Código Civil, que estabelece que a indenização é medida pela extensão do dano, e pelo artigo 6º, VI, do CDC, que dispõe ser direito básico do consumidor a efetiva prevenção e a reparação de danos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), a título exemplificativo, em um primeiro momento, aplicava integralmente as Convenções por considerá-las especiais em relação às normas brasileiras[11]; em um segundo momento, passou a aplicar o CDC às questões corriqueiras de consumo e as Convenções às hipóteses em que configurado o risco do ar[12]; e, em um terceiro momento, passou a aplicar integralmente o CDC, afastando as normas contrárias às suas disposições[13] (TARGA, 2020, p. 57-58).

Todavia, após a publicação da tese no Tema 210 e, consequentemente, a formação do precedente[14], que já deve ser observado ainda que os processos aguardem julgamento de Embargos de Declaração – o RE 636.331 está concluso desde novembro de 2017 (MARQUES, et. al., 2018a) e o ARE 766.618 aguarda manifestação da Procuradoria-Geral da República desde junho de 2019 (MARQUES, et. al., 2018b) –, o entendimento teve de ser modificado para se adaptar ao que determinou a Corte Suprema.

Muitos dos recentes julgados do STJ deixam clara a alteração de posicionamento em virtude da necessidade de se respeitar o precedente. Alguns deles o fazem na própria ementa, como se vê, por exemplo, no Agravo Interno no Recurso Especial 1.548.248 (BRASIL, 2019a) e no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 957.245 (BRASIL, 2019b). Tal ocorre também no âmbito das demais cortes nacionais que compartilhavam o mesmo entendimento.

No entanto, como as convenções internacionais visam unificar "Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional", como o seu próprio nome diz, regulamentam tão somente danos decorrentes de morte ou lesão corporal de passageiro, destruição, perda ou avaria de bagagem ou carga, e atraso do serviço, e a Convenção de Montreal ainda possui artigo expresso no sentido de que sua aplicação se dá apenas a situações em que a indenização for de natureza compensatória (artigo 29)[15], os tribunais nacionais, de modo geral, vêm aplicando as normas internas para

dirimir outras questões que também ocorrem nos contratos de transporte aéreo, tais como o dano moral, o *overbooking* (em caso de preterição de embarque) e o *no show* (em caso de cancelamento automático e unilateral de voo de retorno).

Em relação ao dano moral, cita-se exemplificativamente recente decisão prolatada no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em que a 15ª Câmara de Direito Privado ponderou que, apesar de a demanda versar sobre transporte aéreo internacional, como o pedido diz respeito exclusivamente à indenização por danos morais, aplica-se o disposto no CDC (BRASIL, 2020a). Nesse mesmo sentido manifestou-se a Décima Segunda Câmara Cível do TJRS, a qual referiu que a qualificação do negócio jurídico não obsta a plena eficácia do CDC quando o pedido diz respeito a indenização por dano moral (BRASIL, 2019c). já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) possui decisão em que aplicou simultaneamente a Convenção de Montreal para os danos materiais, e o CDC para os danos morais (BRASIL, 2019d).

Quanto ao *overbooking*[16], o qual pode acarretar tanto danos morais quanto materiais, menciona-se, a título ilustrativo, decisões prolatadas no âmbito do TJSP, cujas Câmaras consideram ser inaplicável da tese do STF, valendo-se das disposições do CDC e do Código Civil para analisar a questão, como se vê nas Apelações Cíveis 1016754-30.2019.8.26.0100 (BRASIL, 2019e) e 1032371-67.2018.8.26.0002 (BRASIL, 2018b). O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) possui decisões nas quais aplicou-se a legislação nacional para reparar o dano moral de passageiro que sofreu *downgrade* de classe decorrente de *overbooking* (BRASIL, 2019f) e que referem a inaplicabilidade das convenções por não regularem expressamente a matéria (BRASIL, 2018c). O Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) possui decisão semelhante no sentido de que não se aplica a indenização tarifada ao dano decorrente de *overbooking* (BRASIL, 2019g).

O mesmo raciocínio vem ocorrendo em relação ao *no show,* cujo dano advém do cancelamento unilateral do voo de retorno pela companhia aérea, prática considerada abusiva pelo STJ[17]. Quando do julgamento da Apelação Cível 0032704-86.2016.8.16.0001 no âmbito do TJPR, restou

decidido que as Convenções de Varsóvia e Montreal não regulamentam cancelamento, reembolso ou remarcação de bilhete de passagem aérea, não se aplicando a tais situações (BRASIL, 2017b). No TJSP, por seu turno, há decisões no sentido de que se aplica o CDC a hipóteses de cancelamento de trecho decorrente de *no show* por se tratar de prática comercial abusiva e por caracterizar venda casada (BRASIL, 2019h).

Também nas situações em que comprovada a intenção de preposto das companhias aéreas em causar dano os tribunais vêm aplicando a legislação interna diante do que dispõem o artigo 25 da Convenção de Varsóvia e o artigo 22, 5, da Convenção de Montreal[18].

Entende-se que as decisões que optam por aplicar as normas de origem nacional às situações em comento estão corretas porquanto, como visto, não foram estas abarcadas pelo precedente criado pelo STF. Sobre a questão, Marinoni leciona que o respeito aos precedentes não redunda em uma obrigação de aplicá-los de forma irrefletida, pois estes não podem ser vistos apenas em abstrato, como modelos adaptáveis a toda e qualquer situação concreta, e sim como normas que devem considerara as particularidades de cada situação. Ressalta que, nesse contexto, é conhecida a técnica processual do *distinguished,* que permite ao julgador distinguir um caso de outro, o que é feito através de uma ponderação entre a *ratio decidendi* do precedente e a situação concreta submetida a juízo (MARINONI, 2016, p. 144-145).

Recentemente, porém, nota-se que os próprios Ministros do STF vêm ampliando o âmbito de incidência da tese fixada para além do que restou decidido no precedente.

Ao analisar pedido liminar na Medida Cautelar na Reclamação 38.694, o Ministro Edson Fachin suspendeu os efeitos de decisão proferida pela 4ª Turma Cível do TJSP, a qual teria deixado de aplicar a tese com repercussão geral ao afastar a prescrição prevista na Convenção de Montreal em pedido de indenização por danos morais decorrente de atraso de voo internacional. Ponderou que o STF já se manifestara sobre a matéria e decidira que a prescrição aplicável às causas indenizatórias relativas ao transporte internacional é de dois anos (BRASIL, 2020b).

Da mesma forma, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do RE 1.228.425, embora tenha inicialmente reconhecido

que os limites indenizatórios estabelecidos nas Convenções de Varsóvia e Montreal apenas são aplicáveis nas situações de dano material, posteriormente reformou sua decisão, asseverando que o Tema 210 também engloba questão específica relativa ao prazo para ajuizamento das ações de indenização por danos causados durante a prestação do serviço de transporte aéreo internacional, razão pela qual, nos termos do artigo 178 da CF/88, prevalece o prazo bienal estabelecido pelas referidas Convenções sobre o prazo quinquenal previsto no CDC, independentemente da espécie de dano (BRASIL, 2020c).

Muito embora, de fato, a discussão do ARE 766.618 fosse a respeito do prazo para ajuizamento de pedido de indenização decorrente de falha na prestação do serviço de transporte aéreo internacional, certo é que o pedido realizado pela passageira no feito foi de indenização por danos morais, e os Ministros do STF, ao fixar a tese, deixaram claro que as questões ali decididas não englobariam danos morais, sendo esta uma das razões pelas quais foram opostos Embargos de Declaração em face dos acórdãos paradigmas.

Inclusive, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do RE 1.240.833, afirmou categoricamente que "o caso dos autos versa sobre indenização por dano moral, razão pela qual inaplicável a tese fixada em sede de repercussão geral (BRASIL, 2019j)".

Tal demonstra que o próprio STF tem dificuldades em delinear os limites da tese que fixou, o que é prejudicial a todos os usuários dos serviços de transporte aéreo internacional.

Da mesma forma, os Tribunais de Justiça também aplicam, esporadicamente, a tese de forma equivocada. O TJDTF, por exemplo, possui decisão no sentido de que devem ser aplicadas as convenções internacionais para os casos de cancelamento de voo realizado pela aeronave Boeing 737 Max 8 (BRASIL, 2019l). Por seu turno, o Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) possui decisão no sentido de que não se aplica o CDC ao cancelamento unilateral de passagem decorrente de *no show* (BRASIL, 2019m).

Por essas razões que se mostra necessário um maior aprofundamento dos estudos sobre os reflexos da tese, caso mantida

após análise dos Declaratórios, especialmente por parte da doutrina, que poderá auxiliar o Judiciário. A seguir, será analisado o posicionamento doutrinário já existente, bem como a necessidade de adaptação da tese em vista da inafastabilidade da incidência do CDC sobre essa típica relação de consumo.

II. O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS INTERESSES DOS PASSAGEIROS

Embora ainda não haja doutrina consolidada a respeito da tese fixada pelo STF, inclusive por ser matéria ainda muito recente, a discussão acerca da aplicabilidade conjunta das normas incidentes sobre as relações de transporte aéreo não é hodierna.

A partir da promulgação da CF/88, que instituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, servindo de barreira intransponível à atuação dos indivíduos e do próprio Estado e sendo, ao mesmo tempo, um valor a ser buscado (SQUEFF, 2018, p. 133), questionou-se se as diversas legislações que fixavam limites indenizatórios, dentre elas a Convenção de Varsóvia, ainda seriam aplicáveis.

A questão foi ainda mais discutida após a promulgação do CDC e do Código Civil de 2002, legislações que preconizam o princípio da reparação integral, respectivamente, em seus artigos 6º, VI, e 944, *caput,* bem como permitem a aplicação de tratados e convenções ratificados pelo Brasil desde que estejam em consonância com as suas disposições e que tenham o fim de acrescentar direitos ao consumidor (artigos 732 do Código Civil e 7º, *caput*, do CDC).

Na segunda parte deste trabalho, analisa-se o posicionamento da doutrina sobre a matéria, formado ao longo dos anos, e também sobre a tese fixada pelo STF, ainda recente. Por fim, procura-se demonstrar ser imprescindível adaptar-se a tese para que assegure a plena aplicação do CDC quando configurada relação de consumo em vista de sua inafastabilidade para fins de assegurar a necessária proteção aos interesses do passageiro.

A) O posicionamento firmado pela doutrina sobre a aplicação conjunta das leis incidentes nos contratos de transporte aéreo internacional e a tese no Tema 210

Tão logo promulgado o CDC, a doutrina, majoritariamente, manifestou-se no sentido de que este seria aplicável aos contratos de transporte aéreo nacional e internacional de passageiros, uma vez que, em vista de definição de consumidor, de fornecedor e de serviço trazidos pela legislação consumerista, tornou-se inconteste o fato de que o passageiro seria um consumidor do serviço de transporte prestado pelas companhias aéreas.

Miragem, por exemplo, assevera que o contrato de transporte pode caracterizar-se como relação de consumo desde que presentes um consumidor e um fornecedor, atraindo a incidência do CDC. Tal ocorre como regra no contrato de transporte de pessoas e, em determinadas situações, também no transporte de coisas (MIRAGEM, 2014, p. 44-46). Marques, por seu turno, assinala ser sempre de consumo o transporte remunerado de pessoas ou de passageiros e suas bagagens (MARQUES, 2019, p. 496), aplicando-se, imprescindivelmente, as disposições do Código consumerista sobre tal relação.

A partir da promulgação do Código Civil de 2002, que tipificou o contrato de transportes, antes regulado de forma esparsa por leis especiais, parte da doutrina chegou a questionar a aplicabilidade do CDC. Stoco, por exemplo, pondera que o artigo 732 silencia propositalmente acerca da incidência do Código Consumerista justamente por se tratar de lei genérica voltada ao consumidor que não pode se sobrepor à legislação específica, exclusiva ao contrato de transporte, fixada pela Lei civil (STOCO, 2015).

Marques, Miragem e Benjamin afirmam que, efetivamente, as normas do Código Civil referentes ao contrato de transporte deverão ter prevalência em relação às normas contratuais do CDC. Todavia, a prevalência não subsiste em relação à responsabilidade extracontratual (MARQUES, et. al., 2016, p. 559-560). Marques ainda refere que o artigo 732 traz uma exceção à ordem normal de aplicação das fontes gerais e especiais em diálogo, pois remete à ideia de que são aplicadas prioritariamente as normas do Código Civil. Todavia, deve-se realizar

uma interpretação conforme a Constituição, aplicando-se ambas as fontes em prol do consumidor, posto que sua vulnerabilidade é um princípio constitucional (MARQUES, 2019, p. 497;1104).

De todo modo, certo é que, antes da prolação da tese pelo STF, a doutrina era, de modo geral, favorável à aplicação prioritária do CDC e do Código Civil nas relações de transporte aéreo por serem mais protetivas ao passageiro, parte vulnerável da relação contratual[19].

Em vista disso, ainda durante o julgamento dos *leading cases,* já havia manifestações doutrinárias em sentido contrário aos votos prolatados no ano de 2014.

Miragem asseverou que o modelo de indenização pré-definida por lei já havia sido afastado pelas cortes brasileiras em face de sua incompatibilidade com a CF/88 em situações não exclusivas de consumo[20]. Frisou, também, que, caso o Pleno decidisse de acordo com os votos até então proferidos, estaria o STF, pela primeira vez desde a consolidação do entendimento sobre a ampla reparabilidade dos danos, permitindo o tarifamento da indenização por norma infraconstitucional, alterando "importante paradigma fixado na compreensão da reparação de danos pelo direito brasileiro contemporâneo" (MIRAGEM, 2015).

Benjamin igualmente ressaltou que os limites indenizatórios previstos nas normas que regulamentam o transporte aéreo não foram recepcionados pela CF/88 (BENJAMIN, 2015).

Roland destacou que, se o posicionamento dos Relatores se confirmasse, a decisão afrontaria o princípio da isonomia, uma vez que seria dado tratamento desigual ao passageiro de voos internacionais em relação ao passageiro de voos domésticos, ao qual se assegura a reparação integral de danos nos termos da lei nacional (ROLAND, 2015).

Bergstein assinalou que, caso a decisão final fosse pela limitação do valor das indenizações pagas aos passageiros, se consolidaria uma lamentável exceção à regra de reparação efetiva dos danos aos consumidores. Concluiu afirmando ser difícil compreender de que forma a constituição de uma exceção ao princípio da reparação integral "poderia contribuir para a melhoria das condições de vida dos consumidores brasileiros" (BERGSTEIN, 2016).

Ramos criticou os fundamentos adotados pelos julgadores que já haviam se manifestado, a saber, o uso do critério da especialidade e a ampliação do disposto no artigo constitucional 178, pois ambos partem da premissa equivocada de que aparente antinomia de normas integrantes de um mesmo sistema deve ser resolvida pela aplicação exclusiva de uma em detrimento das demais, tratando-se de silogismo já ultrapassado, na medida em que hodiernamente se preconiza a coexistência de normas, de modo que aparentes "antinomias devem ser solucionadas através de uma interpretação integrativa e harmônica do sistema, que comporte a preservação dos princípios e fundamentos que o sustentam" (RAMOS, 2017).

Findo o julgamento, Marques e Squeff ponderaram chamar a atenção que o STF tenha interpretado o artigo 178 sem conexão com os artigos 5º, XXXII, e 170, todos constitucionais. Referiram ainda que a Convenção de Montreal permite derrogação *im favorem* dos passageiros ao possibilitar o uso da *lex fori* para suprir suas lacunas, dentre elas a regulamentação da indenização por danos que não regula expressamente (artigo 29). Ao final, afirmaram não parecer admissível que a interpretação mais benéfica ao consumidor seja ignorada, especialmente quando as convenções permitem abertamente uma aplicação conjunta com as normas nacionais (MARQUES; SQUEFF, 2017).

Aprofundando a análise, Marques ressaltou que a tese deve ser revista justamente porque a Convenção de Montreal é *im favorem* do consumidor. Destacou que alguns pontos devem ser levados em conta: (a) a hierarquia do direito fundamental de defesa do consumidor; (b) o texto do artigo 178, o qual visa unicamente organizar o ordenamento jurídico para que observe a existência de múltiplos tratados internacionais; (c) o valor de lei ordinária das Convenções de Varsóvia e de Montreal; (d) o fato de o artigo 732 do Código Civil orientar a forma de aplicação das normas incidentes sobre os contratos de transporte; (e) e a necessidade de aplicação harmônica destas normas através de uma interpretação conforme a Constituição, valorizando o sujeito de direitos fundamentais, isto é, direitos humanos recebidos e positivados nas Constituições, e observando

as convenções naquilo em que não interferirem com direitos fundamentais e princípios constitucionais[21] (MARQUES, 2019, p. 242; 506-509).

Tartuce e Silva assinalaram que a defesa do consumidor está arrolada no artigo 5º constitucional, isto é, dentro do núcleo de direitos fundamentais assegurados à pessoa humana, tratando-se de expressão de direitos humanos. Referiram ainda que afastar o princípio da reparação integral previsto no CDC significa aniquilar a vedação do retrocesso social, princípio disciplinado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (TARTUCE; SILVA, 2018).

Verbicaro, Leal e Freire, no mesmo sentido, referiram que a tese fixada pelo STF ocasionou retrocesso social e que demonstrou a resistência do Poder Judiciário em realizar um diálogo entre as normas nacionais e internacionais, além de refletir um posicionamento liberal da Corte, na medida em que produz mensagem clara aos passageiros e às companhias aéreas: para aqueles, o desestímulo à reparação de danos por meio do Judiciário e, para estas, um incentivo à precarização dos serviços na medida em que os riscos da atividade estão sendo invertidos em desfavor do consumidor, que se vê obrigado a aceitar cláusulas e condições contratuais abusivas para utilizar o serviço (VERBICARO, et. al., 2019).

Há, porém, entendimento diverso aos acima apresentados.

Saliba e Souza mencionaram que a decisão prolatada assegura o dever de cumprimento à obrigação internacionalmente assumida quando da ratificação das Convenções internacionais, e que ela não fere o princípio da isonomia por tratar de forma diferente o passageiro de voo internacional do passageiro de voo doméstico, tampouco o princípio da dignidade da pessoa humana, em vista do âmbito de aplicação das Convenções (SALIBA, Souza, 2017).

Penteado e Hanna destacaram que o Brasil é um país com grande peso no mercado de tráfego aéreo, sendo fundamental que as decisões de litígios atinentes à matéria sejam pautadas por critérios mais objetivos e proporcionais de modo a permitir que empresas estrangeiras continuem investindo no setor aéreo brasileiro. Disseram crer que, possivelmente, a decisão impactará financeiramente nas tarifas de bilhetes aéreos, pois as

companhias aéreas terão condições de avaliar de forma objetiva os riscos da atividade (PENTEADO; HANNA, 2018).

Para Muniz, embora possa parecer que houve redução dos direitos dos consumidores, o resultado traz avanços, pois serão evitadas demandas judiciais desnecessárias e onerosas, e as empresas poderão melhor planejar suas estratégias comerciais e operacionais, o que pode reduzir o preço das pesagens. No mesmo sentido, Almeida destacou que a aplicação do CDC agravava a existência de litígios atinentes a questão, fato que sobrecarrega as companhias aéreas com passivo judicial considerável (CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

Ainda que existam manifestações e opiniões doutrinárias favoráveis à tese, as quais trazem argumentos que não podem ser desconsiderados, já nos manifestamos no sentido de ser lesivo aos interesses do passageiro, pessoa humana, afastar-se *prima facie* a aplicação do CDC sobre uma típica relação de consumo (TARGA, 2019), especialmente porque é possível uma aplicação, harmônica, coerente e coordenada das normas incidentes sobre as relações de transporte aéreo internacional por meio da teoria do Diálogo das Fontes, criada por Erik Jayme e desenvolvida por Claudia Lima Marques, iluminada pelos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais (TARGA, 2020).

A seguir, será demonstrada a inafastabilidade do CDC sobre as relações de transporte aéreo internacional para resguardar os interesses do passageiro.

B) A origem constitucional do CDC e a inafastabilidade de sua aplicação sobre as relações de transporte aéreo internacional

A defesa do consumidor está inserida no rol do artigo 5º da Constituição Federal, sendo, pois, um direito fundamental, um dever imposto ao Estado em todas as suas esferas e, ainda, cláusula pétrea. Igualmente, está inserida no artigo 170 da CF/88, tratando-se de princípio norteador da ordem econômica. Em decorrência desse elevado *status* conferido pelo constituinte, a proteção do consumidor é um valor fundamental que orienta e impõe a aplicação *ex officio* de todas as normas protetivas do consumidor (MARQUES, et. al., 2016, p. 82).

Aliás, o próprio Código Consumerista tem origem constitucional, posto que sua elaboração foi determinada pelo constituinte originário através do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e a importância das normas que dispõe é ressaltada já no seu artigo 1º, o qual enuncia que o código estabelece "normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social".

Em relação à ordem pública, Roppo assinala que esta "é o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase da sua evolução histórica", razão pela qual devem ser considerados imanentes no ordenamento jurídico. Pondera que os princípios de ordem pública não se esgotam no conjunto das normas imperativas da lei, pois fundam-nas e, ao mesmo tempo, transcendem-nas (ROPPO, 2009, p. 179-180). Diniz, nesse mesmo sentido, sustenta que a ordem pública é o reflexo da ordem jurídica vigente em uma dada sociedade em um determinado momento, abrangendo todas as manifestações sociais relevantes e refletindo todos os hábitos, ideias políticas e culturais de um povo (DINIZ, 1999. p. 364).

Friedrich acrescenta que a noção de ordem pública está diretamente vinculada ao tema das normas imperativas de Direito Internacional Privado – regras internas que contêm assuntos considerados essenciais ao país que as promulgou, razão pela qual são automaticamente aplicadas –, posto que os dois institutos "têm o potencial de afastar a escolha ou aplicação do direito estrangeiro, a execução local de atos realizados no exterior, o reconhecimento de sentenças estrangeiras e a escolha da lei regente dos contratos" (FRIEDRICH, p. 27; 79).

Miragem, a respeito destaca que o caráter de ordem pública do CDC independe da expressa referência do seu artigo primeiro, pois decorre da matéria que disciplina, sendo norma consagradora do direito fundamental (MIRAGEM, 2016, p. 70).

Quanto ao interesse social, Marques, Benjamin e Miragem lecionam que o CDC constitui verdadeiramente uma lei de função social que tutela um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do mercado, intervindo de modo imperativo nas relações jurídicas de direito privado, que antes eram dominadas pelo dogma da

autonomia de vontade. Ponderam que as normas do CDC têm a finalidade de impor uma nova conduta, transformar a realidade social e impor novas noções valorativas que devem orientar a sociedade, razão pela qual geralmente optam em positivar direitos aos consumidores e deveres aos demais agentes da sociedade. Referem, por fim, que, como as demais leis de função social, nasce com a tarefa de "transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas" (MARQUES, et. al., 2016, p. 80).

Para Miragem, embora a disposição do artigo 1º não torne o CDC hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, outorga-lhe um caráter preferencial, já que realiza o conteúdo de um direito fundamental, de matriz constitucional, e retira da esfera de autonomia privada das partes a possibilidade de derrogá-la, tratando-se de norma imperativa. Ainda, segundo o doutrinador, o fato de o Código Consumerista consagrar direito fundamental lhe garante um *status* diferenciado em relação às demais normas que não possuem um fundamento constitucional imediato (MIRAGEM, 2016, p. 68-70).

Como leciona Marques, ao regulamentar a proteção dos consumidores, constitucionalmente consagrada, o CDC concretiza o que se denomina de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (MARQUES, 2019, p. 242). Tal significa que, ao disciplinar normas protetivas cuja origem se encontra no texto constitucional, serve de veículo à concretização do direito fundamental de proteção ao consumidor, permitindo com que este direito gere efeitos nas relações entre particulares. Da mesma forma, Duque assevera que o disposto no CDC assegura a vigência de direitos fundamentais em contratos privados (DUQUE, 2019, p. 9).

De frisar que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais já foi inclusive objeto de análise do STF: quando do julgamento do RE 201.819, a Segunda Turma firmou entendimento no sentido de que "as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado" (BRASIL, 2006b).

Diante da inegável origem constitucional tanto do Código Consumerista em si quanto da matéria que regulamenta, inevitável é a

concordância com os argumentos esposados pelo Ministro Celso de Mello quando da prolação de seu voto.

A toda evidência, é inquestionável a aplicação das convenções internacionais em matéria de responsabilidade das empresas de transporte aéreo internacional, e a promulgação da Convenção de Montreal reafirma a conveniência de se viabilizar um desenvolvimento ordenado do tema em conformidade com os princípios e objetivos da Convenção de Aviação Civil Internacional firmada nos Estados Unidos no ano de 1944. Da mesma forma, porém, é inquestionável a incidência do CDC quando configurada uma relação de consumo.

Contudo, como bem referido pelo Ministro, é inadequada a utilização dos critérios cronológico e de especialidade para sanar aparente antinomia entre tais normas, pois, o CDC, embora seja uma lei ordinária em seu aspecto formal, certo é que foi elaborado por determinação constitucional e que regulamenta matéria cuja origem remonta aos direitos fundamentais assegurados à pessoa humana, razão pela qual possui *status* de superioridade hierárquica frente a outras leis ordinárias, como o são ambas as convenções aqui tratadas. Foi por essa razão que o Ministro propôs a utilização do critério hierárquico no caso concreto, arguindo que a cláusula de proteção ao consumidor se fundamenta no artigo 5º constitucional, "a que não se podem opor estatutos revestidos de inferior positividade jurídica".

Cumpre acrescentar ainda, em relação ao critério da especialidade, que uma lei é considerada especial ou geral sempre em comparação a uma outra[22]. No caso das Convenções de Varsóvia e de Montreal e do CDC, embora aquelas regulamentem uma relação específica, este regulamenta os interesses de uma pessoa específica, o consumidor, razão pela qual inafastável a aplicação de uma ou de outra norma com base no referido critério.

Como se não bastasse, o Ministro ainda asseverou que, em comparação ao artigo 178, o rol do artigo 5º é preponderante, não apenas porque possui idêntico perfil constitucional como também é cláusula pétrea e enuncia direito fundamental. Importante, aqui, rememorar lição dada por Bachof, segundo o qual há normas constitucionais, isto é, que

estão inseridas no corpo da Constituição de um país, que podem ser inconstitucionais, ou seja, que não são vinculativas, pois infringem matéria de direito supralegal, já que o constituinte também está sujeito ao direito supralegal (BACHOF, 2014 p. 35-63).

Ora, se realizada interpretação no sentido de que o artigo 178 é uma regra constitucional que visa dar primazia às convenções internacionais regulamentadoras de transporte internacional, e que esta regra permite com que as normas de origem internacional se sobreponham às domésticas de proteção ao consumidor, então não há outra conclusão senão a de que o artigo em comento seria inconstitucional, uma vez que a defesa do consumidor é direito fundamental e, portanto, norma de sobredireito, pois os direitos fundamentais transcendem a própria Constituição Federal, já que possuem ligação direta com a dignidade da pessoa humana (TARGA, 2020, p. 115-116).

Dessa forma, tem-se que, para uma correta aplicação, coerente, coordenada e harmônica desses dois dispositivos constitucionais, é preciso realizar-se uma interpretação à luz da Constituição, iluminada pelos seus princípios norteadores, dentre eles o respeito à dignidade da pessoa humana. Como ensina o Ex-Ministro do STF Eros Grau, "não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminho pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição" (GRAU, 2006, p. 132).

Ao assim se proceder, chega-se à conclusão já apontada por Marques no sentido de que o artigo 178 tem como objetivo organizar o ordenamento jurídico nacional, impondo ao legislador ordinário a observância dos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, sendo por esse motivo que usa o termo "observar", o qual foi incluído pela Emenda Constitucional 7/1995 em substituição à expressão "cumprirá" utilizada originalmente ("A ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União, atendido o princípio de reciprocidade").

Em vista disso conclui-se que a tese firmada pelo STF deve ser adequada e revisada, o que se espera que ocorra com o provimento dos

Embargos de Declaração oposto em face dos acórdãos paradigmas, uma vez que, da forma como redigida, deixa em segundo plano a aplicação do CDC quando, como visto, sua aplicação deveria ocorrer *ex officio*, sendo imprescindível a sua aplicação para assegurar e resguardar os interesses dos passageiros, que nada mais são do que a parte reconhecidamente vulnerável nesta relação de consumo. É preciso, ainda, deixar mais evidente que as Convenções não regulamentam todas as matérias atinentes ao transporte aéreo internacional, e que possuem lacunas externas que devem necessariamente ser preenchidas pela legislação nacional (CACHARD, 2015, p. 82).

A dignidade da pessoa humana é o principal fundamento que norteia o ordenamento jurídico pátrio. A pessoa humana é, assim, o bem maior a ser protegido. E respeitar os seus interesses, resguardando os seus direitos, jamais significará descumprir compromissos internacionalmente assumidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recente tese com repercussão geral fixada pelo STF quando do julgamento do Tema 210, que deu prevalência às Convenções de Varsóvia e de Montreal sobre as normas de direito interno, em especial o Código de Defesa do Consumidor, embora venha sendo aplicada pelas cortes brasileiras, que tiveram de amoldar o entendimento anteriormente fixado à orientação dada pela Corte Suprema, necessariamente deve ser revista, já que, da forma como redigida, deixa em segundo plano as disposições do Código consumerista, cuja aplicação prioritária é imprescindível a fim de que sejam resguardados os interesses dos passageiros diante da sua reconhecida vulnerabilidade frente às companhias aéreas.

Como visto, a tese confere intepretação equivocada ao artigo 178 da Constituição Federal e lhe dá uma força que, a toda evidência, não possui, já que o disposto nesse artigo deve ser analisado conjuntamente com os demais artigos constantes no texto constitucional justamente a fim de assegurar a unidade e a coerência do texto inserto na Carta Magna, e tal análise deve ser iluminada pelos princípios que norteiam e fundamentam o ordenamento jurídico nacional.

Ademais, mostra-se inadequado o uso dos critérios clássicos de solução de antinomias na seara do transporte aéreo internacional, em especial, o cronológico e o da especialidade, uma vez que o CDC possui origem constitucional e ainda regulamenta normas de ordem pública e de interesse social, sendo, por tais razões, inviável o seu afastamento sobre quaisquer relações de consumo, não podendo ser diferente nos contratos de transporte internacional.

Além disso, as Convenções de Varsóvia e de Montreal visam unicamente regular certas questões atinentes ao tema, de modo que têm pleno conhecimento de que não regulamentam com exclusividade toda e qualquer questão relativa à matéria. Aliás, possuem lacunas externas que necessariamente devem ser preenchidas pela legislação nacional, o que deve ser realizado através de um diálogo entre referidas convenções, o CDC, o Código Civil, que disciplina as regras gerais incidentes sobre todos os contratos de transporte, e as demais normas aplicáveis, sempre em consideração aos princípios basilares do sistema jurídico pátrio.

Espera-se que a tese seja revisada pelos Ministros integrantes do STF quando do julgamento dos Embargos de Declaração opostos em face dos dois acórdãos paradigmas, a fim de que se assegure a aplicação coerente, coordenada e harmônica de todas as normas incidentes sobre as relações de transporte aéreo internacional, sobretudo do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o passageiro deve ter os seus interesses assegurados em decorrência do necessário respeito à dignidade da pessoa humana.

NOTAS

[1] A Convenção de Varsóvia foi concluída em 1929 e desempenhou importante papel ao delinear a responsabilidade do transportador aéreo, disciplinando danos decorrentes de morte, ferimento ou lesão corporal sofrida pelo viajante, de destruição, perda ou avaria de bagagem despachada ou mercadoria, bem como de atraso no transporte de modo geral. Fixava limites indenizatórios a cada espécie de dano, a saber: 125.000 francos por passageiro no transporte de pessoas, 250 francos por quilograma no transporte de mercadorias ou de bagagem despachada; e 5.000 francos por passageiro em relação aos objetos sob a sua guarda. Foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 20.704, de 24 de novembro de 1931.

[2] A Convenção de Montreal corresponde à mais recente modernização do texto da Convenção de Varsóvia, foi concluída no ano de 1999, e incorporada ao ordenamento nacional em 2006, por meio da promulgação do Decreto 5.910. Sua alteração mais significativa diz respeito à indenização fixada para os mesmos danos de sua antecessora: quantificando-os em Direitos Especiais de Saque (DES), cujo montante é definido pelo Fundo Monetário Internacional, define os seguintes limites indenizatórios: 100.000 DES por passageiro em caso de morte ou lesão corporal; 1.000 DES por passageiro em caso de destruição, perda ou avaria de bagagem; 17 DES por quilograma em caso de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de carga, salvo declaração especial prévia; e 4.150 DES por passageiro em caso de atraso no transporte de pessoas.

[3] Os incisos V e X do artigo 5º constitucional asseguram o direito de resposta proporcional ao agravo, bem como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, e a correspondente indenização por dano material, moral ou à imagem decorrentes de sua violação.

[4] O *caput* do artigo 178 da Constituição Federal determina que a lei, ao dispor sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, deve, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União quando atendido o princípio da reciprocidade.

[5] O inciso XXXII do artigo 5º da dispõe sobre o dever do Estado de promoção da defesa do consumidor.

[6] O inciso V do artigo 170 arrola a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica.

[7] De acordo com o artigo 50 da Convenção de Montreal, as transportadoras aéreas devem contratar seguro a fim de cobrir a responsabilidade sobre os danos disciplinados pela Convenção.

[8] O RE 214.349 tratava de responsabilidade civil no âmbito do transporte aéreo internacional. Todavia, o recurso não foi conhecido em virtude da ausência de prequestionamento da matéria.

[9] O Ministro Gilmar Mendes havia proposto a seguinte tese: "é aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais". Por seu turno, o Ministro Luis Roberto Barroso fez a seguinte proposta de redação: «por força do art. 178 da Constituição, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor». Já a Ministra Carmen Lúcia sugeriu a seguinte tese: "as normas dos tratados sobre transporte aéreo internacional firmados pela União e regularmente incorporados ao direito interno, quando aplicáveis, afastam a incidência das disposições da legislação infraconstitucional interna no que lhe forem contrárias".

[10] A força vinculante de um precedente repousa em sua *ratio decidendi,* isto é, a razão utilizada pelo Tribunal para decidir uma questão (MITIDIERO, 2018. p. 99).

[11] Veja-se, nesse sentido, o Recurso Especial 58.736 (BRASIL, 1996b).

[12] Veja-se o Informativo Jurisprudencial 53 do STJ (BRASIL, 2000).

[13] Nesse sentido, veja-se, a título exemplificativo, o Recurso Especial 209.527 (BRASIL, 2001).

[14] Consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito do STF, o fato de o precedente ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo

aplicação, desde logo, da diretriz consagrada no julgamento. Nesse sentido, ver a Tutela Provisória na Reclamação 30.996. (BRASIL, 2018a). O artigo 1.040 do Código de Processo Civil regulamenta o procedimento a ser adotado após publicado o paradigma.

[15] O artigo 29 da Convenção de Montreal refere que "em nenhuma das referidas ações se outorgará uma indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória".

[16] O STJ pondera que o dano sofrido pelo passageiro em caso de *overbooking* decorre do constrangimento e da aflição a que foi submetido, como se vê, por exemplo, na decisão prolatada no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 478.454 (BRASIL, 2014). A partir de 2016, a Resolução 400 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) definiu que, se ocorrido *overbooking,* o transportador deve procurar voluntários para reacomodação em outro voo mediante compensação negociada e, em caso de preterição de embarque, deve pagar 500 DES (BRASIL, 2016). Não se encontrou, porém, decisões judiciais que aplicaram o disposto nesta Resolução para fins de indenizar o passageiro dentro de tal limite.

[17] O Informativo Jurisprudencial 618 do STJ contém trechos da decisão prolatada no âmbito do Recurso Especial 1.595.731 e o seguinte destaque: "É abusiva a prática comercial consistente no cancelamento unilateral e automático de um dos trechos da passagem aérea, sob a justificativa de não ter o passageiro se apresentado para embarque no voo antecedente". (BRASIL, 2018d). Para maiores detalhes, ver: TARGA, 2018, p. 521-552. De frisar que a Resolução 400/2006 da ANAC expressamente refere que, "caso o passageiro não utilize o trecho inicial nas passagens do tipo ida e volta, o transportador poderá cancelar o trecho de volta" (BRASIL, 2016).

[18] Veja-se decisão prolatada no âmbito do TJRS que afastou a aplicação das Convenções Internacionais em situação de extravio temporário de bagagem em que esta foi restituída à passageira sem os seus pertences, que foram furtados e substituídos por travesseiros ou almofadas (BRASIL, 2019i).

[19] Diversamente, Refosco, em artigo de 2011, ponderava que o Brasil deve cumprir com os compromissos internacionais assumidos, cabendo ao Judiciário tal responsabilidade. Referia, ainda, que a Convenção de Montreal é lei especial posterior ao Código Civil e ao CDC, de modo que, por força dos critérios cronológico e da especialidade, deve prevalecer. Por derradeiro, referia que o artigo constitucional 178 impõe a observância também ao Judiciário dos tratados e convenções firmados pelo Brasil (REFOSCO, 2011).

[20] Por exemplo, a Lei de Imprensa, Lei 5.250/67, fixa limites indenizatórios em caso de dano moral, os quais não foram recepcionados pela Constituição Federal: o STF, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, declarou que referida lei era incompatível com a atual ordem constitucional (BRASIL, 2009c).

[21] Marques ressalta ser "urgente incluir, ao final da Tese 210, a frase que limite os efeitos desta 'prevalência sobre o CDC' aos temas que a Convenção realmente regula, no mundo e no Brasil. O ideal seria complementar a tese incluindo: 'nos temas que regulam, a saber: danos materiais oriundos de morte e lesão de passageiros, danos à bagagem e atrasos'. Espera-se que isso possa ser alcançado em breve" (MARQUES, 2019, p. 512).

[22] A esse respeito, veja-se o voto do Ministro Eros Grau quando do julgamento do RE 351.750 (BRASIL, 2009a).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100, p. 23-37, jul./ago. 2015.

BERGSTEIN, Laís. Direitos do consumidor de transporte aéreo internacional em pauta no STF. *Atualização CDC*, 31 maio 2016. Disponível em: <http://www.atualizacaocdc.com/2016/05 /direitos-do-consumidor>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Agência Nacional da Aviação Civil. *Resolução 400, de 13 de dezembro de 2016*. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolu coes- 2016/ resolucao-no-400-13-12-2016>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 957.245. Agravante: Cargolux Airlines International S/A. Agravada: Royal e Sunalliance Seguros (Brasil) S.A. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Brasília, 10 set. 2019. DJe 17 set. 2019b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.548.248. Recorrente: Delta Airlines. Recorrida: Royal e Sunalliance Seguros (Brasil) S.A. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 16 dez. 2019. DJe 18 dez. 2019a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 478.454. Agravante: Aerolíneas Argentinas S/A. Agravados: Carmen Villaronga Fontenelle e Outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 08 abr. 2014. DJe 25 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo Jurisprudencial 618. Brasília, 23 fev. 2018d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 58.736. Recorrente: Wagner Bueno Cateb. Recorrida: Aerolíneas Agentinas S/A. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 13 dez. 1995, DJ 29 abr. 1996. p. 13413 (1996b).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 158.535. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A. Recorrida: Nívea Regina de Oliveira Souza. Relator para acórdão: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 04 abr. 2000. DJ 09 out. 2000. p. 141.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 209.527. Recorrente: Itaú Seguros S/A. Recorridos: VARIG S/A Viação Aérea Rio-Grandense e Outros. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 15 dez. 2000. DJ 05 mar. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 762.184. Agravante: Société Air France. Agravada: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 out. 2009. DJe 17 dez. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.228.425. Agravante: Transportes Aéreos Portugueses S.A. Agravado: Cassio Otair Marques Borges. Decisão Monocrática. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 19 dez. 2019, DJe 31 jan. 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. Autor: Partido Democrático Trabalhista. Réu: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 30 abr. 2009. DJ 5 nov. 2009c.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 38.694. Reclamante: American Airlines Inc. Reclamado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Brasília, 11 fev. 2020. DJe 13 fev. 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 30.996. Reclamante: União. Reclamado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 9 ago. 2018. DJe 13 ago. 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 172.720. Recorrente: Sérgio da Silva Couto. Recorrida: Iberia Lineas Aereas de España S/A. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 fev. 1996. DJ 21 fev. 1997, p. 02831 (1996a).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. DJ 27 out. 2006b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 297.901. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A. Recorrida: Janekelly Ribeiro Rêgo. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 07 mar. 2006. DJ 31 mar. 2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 351.750. Recorrente: Varig S.A. - Viação Aérea Rio-Grandense. Recorrida: Ana Maria da Costa Jardim. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Carlos Brito. Brasília, 17 mar. 2009. DJe 25 set. 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.240.833. Recorrente: American Airlines Inc. Recorrida: Camila Conti Galvão. Decisão Monocrática. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 21 out. 2019. DJe 23 out. 2019j.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 766.618. Recorrente: Air Canada. Recorrida: Cintia Cristina Giardulli. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 13 nov. 2013. DJe 25 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 210 - Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia. Leading case: RE 636331. Recorrente: Société Air France. Recorrida: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 jul. 2017. DJe 13 nov. 2017a.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível 0306593-05.2015.8.24.0033. Apelantes: Izabel dos Santos Colzani e Outras. Apelada: Alitalia Compagnia Aerea S.P.A. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber. Florianópolis, 12 dez. 2019. DJe 12 dez. 2019d.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1032371-67.2018.8.26.0002. Apelantes: Filipe Vieira da Silva e Outra. Apeladas: Aerovias del Continente Americano S/A e outra. Relator: Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira. São Paulo: 12 dez. 2018. DJe 13 dez. 2018b.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1016754-30.2019.8.26.0100. Apelante: João Alberto Santos. Apelada: United Airlines Inc. Relator: Des. Roque Antonio Mesquida de Oliveira. São Paulo, 2 set. 2019. DJe 2 set. 2019e.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1032905-74.2019.8.26.0002. Apelantes/Apelados: TAM Linhas Aéreas S/A e Dennys Thiago Ferreira. Relator: Des. J. B. Franco de Godoi. São Paulo: 28 nov. 2019. DJe 28 nov. 2019h.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1088348-41.2018.8.26.0100. Apelante: Dorothy Alves Landim. Apelada: Latam Airlines Group S/A. Relator: Des. Kleber Leyser de Aquino. São Paulo, 18 fev. 2020. DJe 20 fev. 2020a.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Ceará. Agravo de Instrumento 0623440-70.2019.8.06.0000. Agravantes: Juliana Buse de Oliveira e Outros. Agravada: TAP – Transportes Aéreos Portugueses S/A. Relator: Des. Francisco Darival Beserra Primo. Fortaleza, 4 set. 2019. DJe 4 set. 2019m.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso Inominado 0718740-81.2019.8.07.0016. Recorrente: Gol Linhas Aéreas S.A. Recorrida: Maria Leocadia de Freitas Assunção Silva. Relator: Juiz Fabrício Fontoura Bezerra. Brasília, 8 ago. 2019. DJe 4 set. 2019l.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso Inominado 0735892-45.2019.8.07.0016. Recorrente: Transportes Aéreos Portugueses. Recorrido: Mario Pacini Neto. Relatora: Juíza Gabriela Jardon Guimarães de Faria. Brasília, 4 dez. 2019. DJe 10 dez. 2019f.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso Inominado 0746185-45.2017.8.07.0016. Recorrente: Compania Panameña de Aviación S/A. Recorridos: Nhyro Gonçalves Laranja Neto e outro. Relator: Juiz Arlando Corrêa da Silva. Brasília, 13 jun. 2018. DJe 19 jun. 2018c.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0025763-13.2018.8.16.0014. Apelante: Fundação de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Universidade de Londrina – FAUL. Apelada: TAM Linhas Aéreas S/A. Relator: Des. Luiz Lopes. Curitiba, 4 nov. 2019. DJe 4 nov. 2019g.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0032704-86.2016.8.16.0001. Apelante: TAM Linhas Aéreas S/S. Apelada: Claudia Andrea Angeli. Relator: Guilherme Freire Teixeira. Curitiba, 30 nov. 2017. DJe 01 dez. 2017b.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70081377418. Apelantes/Apelados: United Airlines INC e Ian Miranda Ramil. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 26 set. 2019. DJe 08 out. 2019c.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70076764448. Apelante: Rosa Maria de Campos Aranovich. Apelada: American Airlines Inc. Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 8 maio 2019. DJe 10 maio 2019i.

CACHARD, Olivier. *Le Transport International Aérien De Passagers.* Haye: LPRecueils de Cours, 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. CDC não regula relação entre passageiros e companhias aéreas estrangeiras, diz STF. *Conjur,* 25 mai. 2017. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/ 2017-mai-25/cdc-nao-regular-relacao-entre-passageiros-aereas-estrangeiras>. Acesso em: 29 fev. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada.* 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional.* 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Normas imperativas de Direito Internacional Privado: *lois de police.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC. *Conjur*, 21 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc >. Acesso em: 27 fev. 2020.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso; TARGA, Maria Luiza Baillo. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 636.331. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, p. 507-559, jan./fev. 2018. p. 526-527 (2018a)

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso; TARGA, Maria Luiza Baillo. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 766.618. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, p. 561-598, jan./fev. 2018. p. 563-564 (2018b).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Contrato de transporte.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. CDC deve ser aplicado aos contratos de transporte aéreo internacional. *Conjur*, 9 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/garantias-consumo-cdc-aplicado-aos-contratos-transporte-aereo-internacional>. Acesso em: 26 fev. 2020.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes:* da persuasão à vinculação. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PENTEADO, Luciana Goulart; HANNA, Victor. Impactos das decisões do STF para o setor aéreo. *Estadão,* 27 maio 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/impactos-das-decisoes-do-stf-para-o-setor-aereo/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Normas de transporte aéreo internacional devem favorecer vulneráveis. *Conjur*, 04 jan. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/garantias-consumo-normas-transporte-aereo-internacional-favorecer-vulneraveis>. Acesso em: 26 fev. 2020.

REFOSCO, Helena Campos. A Convenção de Montreal e a responsabilidade civil no transporte aéreo internacional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 46, p. 53-78, 2011.

ROLAND, Beatriz da Silva. O diálogo das fontes no Transporte aéreo internacional de passageiros: ponderações sobre a aplicabilidde da Convenção de Montreal e/ou CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 39-70, maio/jun. 2015.

ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009.

SALIBA, Aziz Tuffi. SOUZA, Alexandre Rodrigues de. A aplicabilidade da Convenção de Montreal no direito brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 430-449, 2017.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. Bases constitucionais da defesa dos consumidores no Brasil: um resgate acerca da criação da legislação consumerista em prol da confirmação de sua posição privilegiada no ordenamento jurídico pátrio. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 116, p. 129-149, mar./abr. 2018.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil.* 2ª ed. em ebook baseada na 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 [ebook].

TARGA, Maria Luiza Baillo. *Diálogo das fontes pro homine*: a coerência sistemática entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal sobre alguns aspectos do Transporte Aéreo Internacional. 2020. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

TARGA, Maria Luiza Baillo. O dano moral decorrente do cancelamento de voo de retorno de passageiro que não embarcou no voo de ida: comentários ao REsp 1.595.731/RO. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 119, p. 521-552, set./out. 2018.

TARGA, Maria Luiza Baillo. Responsabilidade civil nos contratos de transporte aéreo internacional: da uniformização à harmonização das legislações aplicáveis. *Revista de doutrina e jurisprudência.* Brasília, v. 110, p. 213-233, jan./jun. 2019.

TARTUCE, Flávio; SILVA, Bruno Casagrande e. A aplicação das Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal em face do princípio da proibição do retrocesso. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, p. 41-68, jan./fev. 2018. p. 40-65.

VERBICARO, Dennis; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. Transporte aéreo e consumo: o Recurso Extraordinário 636.331 - STF à luz do diálogo de fontes e do princípio da vedação ao retrocesso. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade,* Canoas, v. 7, n. 2, p. 51-61, 2019.

Maria Luiza Baillo Targa

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université Savoie Mont Blanc.
Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub).
Membro do Grupo de Pesquisa "Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização".
Advogada.

O DIREITO À CONSULTA DOS POVOS INDÍGENAS ENQUANTO INSTRUMENTO EFETIVADOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nicole Rabelo Souto Maior
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho

O DIREITO À CONSULTA DOS POVOS INDÍGENAS ENQUANTO INSTRUMENTO EFETIVADOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*

THE RIGHT TO CONSULT INDIGENOUS PEOPLES AS AN EFFECTIVE INSTRUMENT OF HUMAN PERSON'S DIGNITY

Nicole Rabelo Souto Maior
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho

RESUMO

A presente pesquisa objetivou analisar a maneira pela qual o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado relaciona-se à efetivação de direitos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana, enquanto instrumento ensejador de um diálogo intercultural mais simétrico entre Estado, povos indígenas e demais comunidades tradicionais. Com isso, buscou-se discorrer a respeito das principais nuances da importância e amplitude conceitual do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, bem como seu contexto histórico de surgimento. Almejou-se, ainda, verificar a problemática da atividade minerária em terras indígenas, e os impactos socioambientais experimentados por esses povos. Por derradeiro, intencionou-se evidenciar o dever do Estado em adotar medidas que possibilitem às comunidades indígenas o gozo de uma vida humana digna, a partir da consubstancialização e fomento do exercício do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado. Conclui-se que o direito

*Artigo recebido em Fevereiro/2020 e aprovado em julho/2020.

à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado enseja uma relação mais respeitosa e equânime entre povos indígenas e o Estado. A metodologia utilizada nesta pesquisa, quanto aos meios, foi desenvolvida mediante o método dedutivo, descritivo e qualitativo, através da análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Quanto aos fins, a pesquisa foi qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO À CONSULTA E AO CONSENTIMENTO PRÉVIO, LIVRE E INFORMADO. POVOS INDÍGENAS. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT

This research aimed to analyze the way in which the right to consultation and prior, free and informed consent is related to the realization of fundamental rights, in particular, the dignity of the human person. With this, we sought to discuss the main nuances about the importance and conceptual breadth of the right to consultation and prior, free and informed consent, as well as its historical context of emergence. It was also aimed at verifying the problem touched on mining activity in indigenous lands, and the consequent socio-environmental impacts experienced by these peoples. Finally, the intention was to highlight the State's duty to adopt measures that enable indigenous communities to enjoy a dignified human life, based on the consubstantialization and promotion of the exercise of the right to consultation and prior, free and informed consent. It is concluded that the right to consultation and prior, free and informed consent entails a more respectful and equitable relationship between indigenous peoples and the State. The methodology used in this research, regarding the means, was developed through the deductive, descriptive and qualitative method, through bibliographic, doctrinal and jurisprudential analysis. As for the purposes, the research was qualitative.

KEYWORDS: *RIGHT TO CONSULTATION AND PRIOR, FREE AND INFORMED CONSENT. INDIGENOUS PEOPLES. FUNDAMENTAL RIGHTS. DIGNITY OF HUMAN PERSON.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A consulta e o consentimento prévio, livre e informado em linhas gerais; 2. A mineração em terras indígenas e as consequentes violações à dignidade humana; 3. A importância da consulta e do consentimento prévio, livre e informado na garantia dos direitos fundamentais dos povos indígenas; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Consultation and prior, free and informed consent in general terms; 2. Mining on indigenous lands and the resulting violations of human dignity; 3. The importance of consultation, prior, free and informed consent in guaranteeing the fundamental rights of indigenous peoples; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a maneira pela qual o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado se encontra relacionado à efetivação de direitos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana, enquanto instrumento ensejador de um diálogo intercultural mais simétrico e esclarecido entre Estado, povos indígenas e demais comunidades tradicionais.

Diante disso, o questionamento trazido neste trabalho é: Qual o papel atribuído ao direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, na perspectiva (inter)nacional contemporânea, para a garantia e respeito aos direitos fundamentais dos povos indígenas?

A problemática abordada nesta pesquisa se justifica na compreensão de que, para os indígenas, o meio ambiente sadio encontra estreita ligação à ideia de dignidade. Nesse sentido, os referidos povos entendem dignidade humana como a capacidade de desfrutarem de vida com qualidade, e possuírem participação ativa em processos decisórios pertinentes a circunstâncias que possam remodelar substancialmente sua forma tradicional de existência.

Desse modo, especificamente, busca-se discorrer a respeito das principais nuances acerca da importância e amplitude conceitual do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, bem como seu contexto histórico de surgimento e atuais desenvolvimentos concernentes á temática, em âmbito nacional.

Almeja-se, ainda, verificar a problemática tangenciada na atividade minerária em terras indígenas, e os consequentes impactos socioambientais experimentados por esses povos. Por derradeiro, intenciona-se evidenciar o dever do Estado em adotar medidas que possibilitem às comunidades indígenas o gozo de uma vida humana digna, a partir da consubstancialização

e fomento do exercício do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado.

Quanto à metodologia aplicada no presente trabalho, foi utilizado o método dedutivo e descritivo, pois possibilitam que o investigador chegue a conclusões formais a partir do estabelecimento de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, da análise do geral para o particular.

No que tange ao aspecto procedimental, a técnica empregada foi o conjunto composto por dados coletados mediante análise doutrinária, pesquisa bibliográfica e documental, tendo por base as informações e conteúdos constantes de livros, leis, códigos, artigos, revistas jurídicas, sites, textos, pesquisas relacionadas ao tema e demais estudos que forneçam informações válidas, com o fito de alcançar os objetivos da pesquisa.

Ademais, a pesquisa qualitativa é o tipo de investigação escolhida para o desenvolvimento da abordagem do problema, uma vez que os dados não serão medidos, e sim interpretados.

1. A CONSULTA E O CONSENTIMENTO PRÉVIO, LIVRE E INFORMADO EM LINHAS GERAIS

Para que se possa ter uma melhor compreensão da importância e da amplitude conceitual do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, necessário se faz traçar um panorama geral acerca das principais abordagens do tema.

Inicialmente, cumpre observar que tanto no âmbito interno, quanto internacional, é notória a dificuldade em se garantir uma efetiva participação de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais perante os procedimentos decisórios realizados pelo Estado que lhes possam afetar. Nesse sentido, o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI), no intuito de ensejar uma alteração do corrente cenário, surge com previsão na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e na Declaração dos Estados Americanos sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como continuamente solidifica-se em jurisprudências internacionais (ROJAS GARZÓN et al., 2016).

Outrossim, não é demais destacar que o conceito de "consentimento livre, prévio e informado" é originário da área médica, tendo por finalidade construir um diálogo entre médico e paciente, de maneira a possibilitar que os pacientes obtivessem as informações imprescindíveis à tomada de decisão referente à sua saúde (GRABNER, 2015).

Desse modo, no que tange às pesquisas com seres humanos, os desenvolvimentos atinentes ao "consentimento" vinculam-se ao referencial bioético de "autonomia", que corresponde a um dos elementos centrais do conceito de liberdade (GRABNER, 2015).

Nessa lógica, é possível inferir que o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado permite um novo tipo de relação mais simétrica e esclarecida entre os Estados e os povos interessados, baseada no reconhecimento dos direitos fundamentais destes últimos (ROJAS GARZÓN et al., 2016).

Cabe salientar que, na esfera internacional global, a relevância do direito ao consentimento prévio, livre e informado na consubstancialização da integridade dos direitos humanos dos povos indígenas foi firmada no decorrer da Sexta Sessão do Fórum Permanente para Questões Indígenas das Nações Unidas, em maio de 2007. Durante a ocasião, aos Governos restaram atribuídas as recomendações para a observância do princípio do consentimento informado em suas legislações internas, concernentes a potenciais projetos de desenvolvimento ou quaisquer outras atividades que possam vir a ser realizadas em terras tradicionais indígenas. Dessa forma, pretendeu-se ter em consideração a certeza de que o direito ao acesso e à gestão das terras comunais e seus recursos inerentes foi e continua sendo indispensável à conservação e continuidade desses povos (GRABNER, 2015).

Assim sendo, o implemento da consulta e do consentimento prévio, livre e informado se perfaz, atualmente, na maior garantia – jurídica – de efetivação de um diálogo intercultural entre os povos indígenas e demais comunidades tradicionais com outras parcelas das sociedades (inter) nacionais. E nesse sentido, complementa a Relatora Especial da ONU para

os direitos dos povos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, em seu relatório apresentado na 72ª Sessão da Assembleia Geral da ONU, A/72/186 de 2017:

> A consulta e o consentimento livre, prévio e informado são importantes salvaguardas dos direitos fundamentais dos povos indígenas e elementos essenciais para o estabelecimento de uma relação de boa fé e respeito entre os povos indígenas e os Estados. Os Estados e os povos indígenas devem desenvolver conjuntamente as medidas consideradas necessárias para tornar efetivos esses direitos (YAMADA et al., 2019, p. 08).

Nesse cenário, jurisprudências, recomendações e documentos advindos da OIT, das Nações Unidas e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos têm admitido a cognição na qual o direito em comento deve ser compreendido como um direito fundamental que, ao ser assegurado, estabelece conexões com diversos outros direitos, tais como o direito à igualdade, à participação, à integridade cultural, à subsistência, e à direitos territoriais. Por essa inteligência, o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado provém do direito a não discriminação dos povos indígenas, e de seu adjunto direito à autodeterminação, que reconhece a autonomia dos povos para, conjuntamente, usar, decidir e gerir suas terras e seus recursos naturais correspondentes em conformidade com seu modelo de organização social (YAMADA et al., 2019).

Na perspectiva nacional, por conseguinte, o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado tem recebido proteção jurídica pela Convenção n. 169 da OIT - tratado internacional de direitos humanos que diz respeito aos direitos dos povos indígenas e tribais com força vinculante entre os Estados que a assinaram – aprovada em 1989, em Genebra, no âmbito da OIT (que integra a Organização das Nações Unidas) e ratificada em 2002 (Decreto Legislativo n. 143/2002), entrando em vigor em 2003 no Brasil, sendo promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004 (MARÉS et al., 2019). Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em vigor no Brasil desde 25 de setembro de 1992, e

a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP), assinada em 2007, também oferecem proteção ao direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, e por versarem sobre direitos humanos, as mencionadas Convenções foram integradas ao ordenamento jurídico pátrio na condição de normas supralegais, com aplicabilidade imediata, bem como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal (STF) (ROJAS GARZÓN et al., 2016).

Nesse sentido, essa somatória de direitos deve ser compreendida como um notório instrumento de diálogo entre os povos indígenas e o Estado, vez que garante atuação efetiva nos processos de tomada de decisões legislativas e administrativas que se referem a seus direitos coletivos, urgindo uma atuação de boa-fé entre todas as partes envolvidas no intuito de se chegar a um acordo que harmonize direitos e interesses coletivos em conflito (YAMADA et al., 2019). Outrossim, é o que se encontra disposto no art. 6º da Convenção n. 169 da OIT:

> **ARTIGO 6º**
>
> **1.** Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:
>
> **a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**
>
> b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem;
>
> c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim.
>
> **2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo**

> **ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado** (OIT, 2011, p. 18-19, grifo nosso).

De igual modo, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) assevera a importância da boa-fé durante a realização das consultas:

> **ARTIGO 32**
>
> 1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.
>
> 2. **Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo** (ONU, 2008, p. 16-17, grifo nosso).

Contudo, não obstante as prescrições dos textos acima mencionados, o que se percebe no Brasil é que o direito à consulta é constantemente violado pelos diferentes poderes do Estado. Interesses políticos, econômicos e privados têm prevalecido em detrimento dos direitos humanos de coletivos singulares em seu aspecto social e cultural, o que revela a frágil e incipiente disposição do Estado em estabelecer um diálogo intercultural com povos indígenas, comunidades tradicionais e quilombolas e observar seus direitos fundamentais. Dessa forma, a Convenção n. 169 segue sendo descumprida ou erroneamente observada, o que ocasiona graves desafios ao seu pleno reconhecimento e efetivação (YAMADA et al., 2019).

Além disso, os povos e comunidades reiteradamente denunciam a má-fé do Estado e dos agentes privados que se empenham em executar projetos em suas terras, vez que entendem a consulta como tão somente um procedimento, uma formalidade passível de ser descumprida, a ponto de, em grande parte dos casos, chegarem com um projeto finalizado, já

em fase de implementação e preliminarmente aprovado pelo Estado e pelos órgãos ambientais incumbidos de proceder aos estudos de impacto ambiental (MARÉS et al., 2019).

Similarmente, no âmbito do Poder Legislativo no Brasil, não se tem compreendida a obrigação e o dever de observância a Convenção n. 169, na acepção de integrar a consulta prévia ao processo legislativo. Nessa linha, há um histórico de casos de violações de consulta prévia concernentes a medidas legislativas, as quais configuram verdadeiro vício congênito da lei ou ato normativo (MARÉS et al., 2019).

Cabe também asseverar que a consulta deve ser efetuada mesmo em casos nos quais a medida pareça ser benéfica às comunidades, tais como ações e políticas afirmativas, de modo a incitar a superação do etnocentrismo e a subalternização nas relações Estado/povos indígenas e tradicionais (MARÉS et al., 2019). E nessa perspectiva, o então Relator Especial da ONU para Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas, James Anaya (2009), complementa:

> El Relator Especial ha observado que, sin la adhesión de los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de la elaboración de las iniciativas gubernamentales, la eficacia de los programas gubernamentales, incluso los que se proponen beneficiar específicamente a los pueblos indígenas, puede verse menoscabada desde el comienzo. Al parecer la falta de una consulta apropiada lleva siempre a situaciones conflictivas en que los indígenas manifiestan su cólera y su desconfianza y que, en algunos casos, han degenerado en actos de violencia (ANAYA, 2009, p. 13).

Por essa cognição, o direito à participação não se esgota no direito à fala ou à manifestação de opinião, mas diz respeito ao reconhecimento enquanto pessoa ou comunidade política, com capacidade argumentativa, de acolher propostas ou apresentar alterações. Nesse seguimento, a participação deve ocorrer tendo em consideração as particularidades de cada indivíduo ou grupo culturalmente diferenciado, posto a democracia – assim como reconhece a Constituição de 1988 – se instituir a partir das diferenças (PERUZZO, 2017).

Outrossim, de acordo com a corrente jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos de megaprojetos que alterem substancialmente a vida dos povos (deslocamentos em decorrência de construções de represas, atividades extrativas etc.), não basta tão somente a realização de consulta, mas se faz necessário também o consentimento livre, prévio e informado (MARÉS et al., 2019).

Corrobora com o entendimento acima exposto o emblemático caso do povo Saramaka, no Suriname. A Corte IDH firmou entendimento no sentido de que quando se tratar de planos de desenvolvimento ou de intervenção em grande escala que ocasionem um elevado impacto dentro do território, o Estado deve não apenas realizar a consulta, mas também obter o consentimento prévio, livre e informado, conforme os costumes e tradições do respectivo povo (MARÉS et al., 2019).

E nesse sentido, de modo a corroborar com a cognição firmada pela Corte, os protocolos de consulta surgem como um importante instrumento para a concreção de uma participação efetiva. Sua elaboração enseja que cada povo indígena ou cada comunidade tradicional e quilombola reflita a forma pela qual deve ser consultada pelo governo, tendo em conta suas formas tradicionais de tomada de decisão, elaboração de acordos internos, configuração política e de representação ante a sociedade nacional e o Estado (YAMADA et al., 2019). Assim, ao serem formalizados, os protocolos exprimem a definição pública e explícita de regras de representação, organização, e acompanhamento de processos decisórios de cada povo, organização ou comunidade (GRUPIONI, 2017).

Em 2014, os Wajãpi do Amapá foram o primeiro povo indígena do Brasil a estabelecer protocolo próprio para regimentar os processos de consulta a eles referidos. E quanto à relevância do referido documento, Jawaruwa Wajãpi destaca:

> A Convenção 169 é muito importante para nós indígenas e para o governo, para chegar e dialogar e fazer diálogo de boa fé. O governo tem que respeitar, porque isso é sua obrigação. Muitas vezes o governo, seja do poder legislativo ou executivo, faz seus projetos em seus gabinetes, sozinhos, não conversa com a sociedade indígena, não conversa com o povo indígena. Como povo interessado nós

> começamos a construir nosso protocolo de consulta, dizendo como o governo deve consultar nossa comunidade (YAMADA et al., 2019, p. 08).

O protocolo de consulta elaborado pelos Wajãpi serviu de inspiração para a feitura de dois outros protocolos de consulta, referentes a região do Tapajós: o dos Munduruku e de Montanha e Mangabal. Em 2017, por sua vez, os povos indígenas que habitam o Parque Indígena Xingu elaboraram um protocolo autônomo de consulta, e logo em sequência foram realizados: os dos Juruna da Terra Indígena Paquiçamba da Volta Grande do Xingu (2017), dos Kreank de Minas Gerais (2017), dos Waimiri Atroari (2018) e dos Kayapó associados no Instituto Kabu (2019) (YAMADA et al., 2019).

Nessa cognição, no Protocolo dos Munduruku constam as seguintes regras concernentes à garantia de participação efetiva e à importância do Estado e demais estratos da sociedade compreenderem a realidade de seu povo:

> O governo não pode nos consultar apenas quando já tiver tomado uma decisão. [...] Quando o governo federal vier fazer consulta na nossa aldeia, eles não devem chegar à pista de pouso, passar um dia e voltar. Eles têm que passar com paciência com a gente. Eles têm que viver com a gente, comer o que a gente come. Eles têm que ouvir a nossa conversa. O governo não precisa ter medo de nós. Se ele quer propor algo que vai afetar nossas vidas, que ele venha até a nossa casa. Não aceitaremos dialogar com assessores, queremos ser consultados por quem tem o poder de decisão. [...] Nessas reuniões, nossos saberes devem ser levados em consideração, no mesmo nível que o conhecimento dos pariwat (não índios) (PERUZZO, 2017, p. 2727).

Conforme se pode depreender, a partir do consenso e difusão de regras internas para tomada de decisão, os protocolos de consulta aparelham – politicamente – os povos e comunidades tradicionais para um diálogo mais harmonioso e nivelado com o governo, empoderando-os em momentos de debates, além de indicar aos representantes do Estado

como proceder durante a realização dos processos de consulta aos povos indígenas, comunidades tradicionais e quilombolas. Um agir Estatal que se conduza de forma consonante aos protocolos de consulta garante legitimidade e segurança a processos que, de outra forma, inclinam-se a ser conflitivos e desiguais (GRUPIONI, 2017).

Portanto, os povos indígenas e tribais têm o direito de participar de decisões que os afetem, ainda que beneficamente, como forma de contribuir para o aperfeiçoamento e ratificação das instituições democráticas, atuando efetivamente na gestão da coisa pública.

2. A MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS E AS CONSEQUENTES VIOLAÇÕES À DIGNIDADE HUMANA

Vistas as principais nuances que circundam a garantia da consulta e do consentimento prévio, livre e informado enquanto direito fundamental inerente aos povos indígenas, necessário se faz analisar, no presente tópico, a problemática tangenciada na atividade minerária em terras indígenas, e os consequentes impactos socioambientais experimentados por esses povos.

Inicialmente, cumpre observar que a extração mineral, enquanto atividade humana que remonta à antiguidade, foi concebida a princípio como forma de sobrevivência, e, num segundo momento, passou a assumir a incumbência de fornecer bens sociais e industriais, contribuindo de modo essencial para a evolução da humanidade. Nesse sentido, os níveis de desenvolvimento, conforto e bem-estar atingidos pelos seres humanos evidenciam a importância e a forte dependência dos recursos minerais no contexto econômico-social atual (FERREIRA, G.; FERREIRA N., 2011).

Nessa linha, de acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM, 2015), no território brasileiro há significativa produção de 72 substâncias minerais, sendo 23 metálicas, 45 não metálicas e 4 energéticas, bem como constam 1.820 lavras garimpeiras, 839 complexos de água mineral e 13.250 licenciamentos. Dentre os principais tipos de substâncias minerais extraídas se encontram: ferro, ouro, carvão, chumbo, zinco, prata, agregados para construção civil e garimpos, calcário, gipsita e cassiterita (FARIAS, 2002).

Contudo, ainda que o país detenha notável diversidade geológica, não é demais lembrar que a matéria-prima da mineração consiste em bens não renováveis passiveis de acabar à medida que sua exploração e consumo aumentem (SILVA; ANDRADE, 2017).

Embora a atividade minerária utilize transitoriamente o solo para a extração de recursos nele contidos, ela altera substancialmente as condições ambientais naturais, modificando paisagens e deteriorando extensas áreas, as quais dificilmente conseguem retornar à sua composição original, em decorrência de tais impactos implicarem total modificação do meio ambiente violado (SILVA; ANDRADE, 2017).

De igual modo, conforme asseveram Fernandes et al. (2014) a mineração afeta a qualidade de vida e o modo de viver das populações que se encontram em áreas de mineração e adjacências, e no que diz respeito aos povos indígenas a situação é ainda mais grave, posto que muito frequentemente suas terras são invadidas por não-índios para exploração ilegal de seus minerais (CURI, 2007).

A respeito dessa temática, a Constituição Federal de 1988 é assertiva ao garantir de modo permanente aos índios a posse das terras tradicionalmente por eles ocupadas, e prescrever exclusividade no usufruto dos recursos naturais nelas contidos (art. 231, §2.º). Mas de fato, o que se verifica é o desrespeito aos citados preceitos, acarretando diversos conflitos e impactos experimentados por tais comunidades (CURI, 2007).

Nesse sentido, embora a Lei Maior brasileira não proíba a mineração formal nas citadas terras, ela estabelece uma série de pré-requisitos a serem cumpridos por aqueles que visam efetivar tal atividade, os quais se encontram inseridos em seu art. 231, §3.º:

> §3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com **autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei** (BRASIL, 1988, n.p, grifo nosso).

Semelhantemente, o art. 176, § 1°. da Carta Constitucional determina que a exploração minerária em terras indígenas, envolvendo a pesquisa e a lavra de recursos minerais, ocorrerá mediante legislação correspondente que assinale as condições necessárias ao exercício da atividade nas ditas localidades (CURI, 2007), logo, três são as exigências indispensáveis para que a exploração de recursos minerais em terras indígenas ocorra, a saber: "lei que estabeleça as condições específicas de como pode se dar a exploração ou aproveitamento; autorização do Congresso Nacional e **oitiva das comunidades indígenas afetadas**" (VILLAS BÔAS, 2013, p. 2, grifo nosso).

No que tange o garimpo realizado pelos próprios índios, ainda que o assunto suscite controvérsias, a atividade encontra previsão legal, visto que o Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/1973), em seu artigo 44, contempla a exclusividade do exercício da garimpagem, faiscação e cata aos povos indígenas em áreas a eles pertencentes (CURI, 2007).

Vale destacar, outrossim, que no Congresso Nacional circulam projetos de Lei que objetivam fixar diretrizes para o exercício da atividade minerária em terras indígenas, sendo os principais: o PL nº. 1.610/96, que versa exclusivamente a respeito da exploração e o aproveitamento de recursos minerais em áreas indígenas, e o PL nº. 2.057/91, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, conferindo capítulo próprio para abordar a matéria (CURI, 2007). Contudo, os referidos projetos se encontram em fase de votação há mais de duas décadas, sem efetiva regulamentação, o que tem ocasionado invasões de áreas indígenas por diversos segmentos (madeireiros, latifundiários, garimpeiros, agricultores etc.), degradando e explorando recursos que são essenciais ao desenvolvimento nacional, e principalmente, às comunidades afetadas, que necessitam dos mesmos para a sua sobrevivência e perpetuação (VILLAS BÔAS, 2013).

Nessa perspectiva, a elaboração de normas e regulamentos que fomentem uma gestão ambiental otimizada do entorno das terras indígenas se faz urgente, de modo a garantir o uso tradicional de recursos naturais pelas comunidades indígenas, desestimulando quaisquer atividades

extrativas que violem os preceitos constitucionais, bem como os direitos fundamentais inerentes a estes povos (VILLAS BÔAS, 2013).

Por esse viés, é necessário compreender que para os povos indígenas a terra é verdadeira fonte de vida. Assim sendo, o que garante o gozo de uma vida humana digna e a continuidade desses povos é a preservação da natureza, e não o excessivo aumento de obras, e o consequente "desenvolvimento" de suas terras. Dessa forma, as comunidades indígenas brasileiras são as mais prejudicadas por projetos de "desenvolvimento" que afetam, simultaneamente, o meio em que vivem, e também seu modo de vida, cultura e relações desses povos com seu meio (FEITOSA; BRIGHENTI, 2014).

De fato, o que se verifica é que a mineração, similarmente a qualquer outra atividade econômica exercida no país, insere-se em um cenário neoliberal que – erroneamente - equipara crescimento econômico a desenvolvimento. Nesse sentido, a concepção de progresso se vê restrita a uma perspectiva quantitativa, que mensura o desenvolvimento de um país por sua renda *per capita*, e para isso, não raramente despreza valores ambientais, sociais e culturais fundamentais (CURI, 2007).

Corroboram com esse entendimento as informações trazidas pelo Instituto Socioambiental (ISA), que constata a existência de 52 conflitos em terras indígenas, as quais, embora sejam monitoradas por organizações indígenas em conjunto com a Fundação Nacional do Índio (Funai), encontram-se extremamente vulneráveis a atividade minerária ilegal, e fragilizadas quanto a sua segurança e proteção (RIBEIRO, 2015).

Exemplo disso é a Terra Indígena Yanomami, que apesar de demarcada e homologada em 1992, sofre, ainda nos dias atuais, com invasões de garimpeiros que procuram ouro, ensejando impactos à saúde, à sobrevivência e à maneira de viver da etnia (ARAÚJO; FERNANDES, 2016). Ademais, entre os anos de 1987 e 1990, ao menos 40 mil garimpeiros adentraram nas terras Yanomami em busca de seus recursos minerais, causando expressiva quantidade de mortes resultantes de conflitos e doenças (CARNEIRO FILHO; SOUZA, 2009).

Nesse contexto, dentre os principais danos ambientais decorrentes do garimpo no citado território, encontram-se: destruição das barrancas dos

rios; perda da qualidade das águas; prejuízo à pesca e, consequentemente, à alimentação do povo; além da contaminação das águas dos rios pelo mercúrio utilizado na extração do ouro (ARAÚJO; FERNANDES, 2016).

Outrossim, a Terra Indígena Roosevelt, habitada pelos índios Cinta Larga, igualmente tem sido alvo de disputas entre garimpeiros e indígenas por minérios, dentre os quais figuram o ouro, a cassiterita e os diamantes. Tais conflitos provocam o aumento da violência na área indígena e arredores, e desencadeiam um processo de desintegração da comunidade indígena, devido a grande quantidade de índios mortos nos conflitos (OLIVIERI; ARAÚJO, 2014).

Nesse sentido, é imprescindível evidenciar que a mineração, em qualquer de suas modalidades (formal ou informal), acarreta impactos negativos aos povos indígenas de maneira muito mais elevada do que sobre outras comunidades. Tal proposição se confirma pelo fato de que o contato próximo entre indígenas e pessoas que exploram minérios, de maneira geral, gera prejuízos irremediáveis àqueles, em decorrência do estilo de vida agressivo e imediatista destes últimos. Desse modo, a violência, a transmissão de doenças altamente perigosas, e a destruição do meio ambiente local e integrado pela inserção de produtos químicos são algumas das tragédias experimentadas pelas comunidades indígenas que passam a conviver com a mineração em suas terras (CURI, 2007).

À vista disso, a prevalência da integridade física e cultural dos povos indígenas deve preponderar sobre os interesses privados de exploração de recursos minerais, por serem valores intrínsecos superiores a qualquer crescimento econômico. Logo, em caso de realização de atividades minerárias em terras indígenas, tal empreendimento deve ocorrer de modo a proporcionar uma qualidade de vida em níveis elevados à população, e efetivamente garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado (CURI, 2007).

Portanto, ainda que a mineração em terras indígenas encontre prescrição constitucional, os impactos socioambientais inerentes à atividade não podem ser ignorados, especialmente os relativos à população que vive nesses territórios, pois concebem a terra como fonte de vida e garantia

de continuidade de seus povos. Nesse contexto, o tópico seguinte aborda a forma pela qual a consulta prévia materializa os direitos fundamentais imanentes às comunidades indígenas.

3. A IMPORTÂNCIA DA CONSULTA E DO CONSENTIMENTO PRÉVIO, LIVRE E INFORMADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS

Conforme a abordagem até então desenvolvida na presente pesquisa, torna-se indispensável a realização da consulta e do consentimento prévio, livre e informado às comunidades indígenas afetadas pela exploração de recursos minerais, na medida em que garante aos índios a possibilidade de assentirem ou não com a efetivação de atividades minerárias em suas terras. Logo, a prescrição constitucional de consulta a esses povos permite que as comunidades indígenas detenham o poder de deliberar a respeito de suas terras e de seu futuro, optando pela realização da mineração, ou negando sua concretização. Por essa linha, os índios possuem a plena faculdade de não concordar com a mineração em suas terras, posto serem os maiores atingidos pelos impactos socioambientais produzidos pela referida atividade (CURI, 2007).

Dessa forma, a consulta às comunidades indígenas sobre a realização de empreendimentos minerários em seu território adquire a feição de instrumento de efetividade do princípio da autodeterminação dos povos. Nessa perspectiva, conjuga a possibilidade de exploração, por terceiros, dos recursos minerais em terras indígenas, e o direito da comunidade em ter respeitada a sua soberania enquanto povo, permitindo participação ativa na decisão que melhor atenda aos seus anseios (CAPUCCI, 2014).

Ademais, a consulta empreendida para obter a manifestação de uma comunidade indígena deve se dar por meio de um procedimento que a permita discutir de forma prévia, livre e informada os efeitos da atividade minerária ao seu povo e ao meio ambiente em que está inserida, e conduzir-se de acordo com as suas convicções. A discussão prévia, livre e informada, à vista disso, pode ser entendida como aquela em que os indígenas tenham obtido acesso às informações necessárias – e em tempo hábil - para a

compreensão dos diversos impactos que o possível empreendimento pode ensejar em seu território, em seus mais amplos aspectos (CAPUCCI, 2014).

Nessa lógica, uma vez obedecidas todas as etapas do procedimento que circunda a consulta prévia, as conclusões obtidas facilitarão a convergência dos interesses envolvidos, a fim de nortear uma decisão do Congresso Nacional que reflita as orientações das comunidades indígenas quanto aos fatores que envolvem a atividade mineraria em seu território, suas sugestões de medidas e ações mitigadoras e reparadoras de danos supervenientes, e demais questões e conteúdos tidos em conta quando da realização da consulta (CAPUCCI, 2014).

Vale ressaltar que, para os povos indígenas, o meio ambiente sadio encontra-se intrinsecamente relacionado à dignidade, nesse sentido, a mantença da natureza é indispensável ao seu sustento e convivência com seus pares (SOUSA, 2012). Dessa forma, para os índios, dignidade humana é a possibilidade de subsistirem em conformidade com que acreditam, desfrutando de vida com qualidade, em consonância à capacidade de decidirem sobre circunstâncias e atividades que possam alterar substantivamente seus projetos de vida, e forma tradicional de existência (MARTINS, 2005).

Nessa cognição, aos povos indígenas a dignidade figura como a possibilidade de reiterar o modo de vida de seus antepassados, com o exercício das atividades de caça e pesca, e a livre gestão e circulação de suas terras, perfazendo, dessa forma, a compreensão indígena de território capaz de possibilitar a busca e consubstancialização dos frutos físicos e imateriais indispensáveis à existência de uma *dignidade indígena* (RABELO, 2012).

Outrossim, concerne ao Estado visar a igualdade material, no domínio de suas atividades, de maneira a garantir a aplicação da dignidade da pessoa humana aos povos indígenas tendo por bússola as peculiaridades que lhe são inerentes, uma vez que para tais povos as crenças e culturas diferenciam-se – e muito – das adotadas pelo restante da sociedade (PHILIPPI; WEHMUNTH, 2019).

E pela inteligência acima formulada, Samia Barbieri complementa:

> Aí está o cerne da questão da nossa dissertação, que é o do respeito ao direito do indígena, com sua cultura e hábitos próprios, sua rica diversidade, o respeito à sua autodeterminação e à sua alteridade, como forma de respeito ao ordenamento jurídico constitucional, e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como forma de materialização dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito (BARBIERI, 2007, n.p.).

Nesse sentido, Alexandre de Moraes traz a definição do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto estrutura harmônica de direitos e garantias fundamentais, e valor mínimo intransponível a ser resguardado em todo ordenamento jurídico, posto materializar a autodeterminação de cada indivíduo:

> A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2017, p. 41).

A partir da análise quanto à questão dos direitos dos povos indígenas, deve-se compreender que "os povos indígenas possuem direito a ter direitos". Por esse viés, é de singular importância o reconhecimento da complexidade e autossuficiência de tais sociedades, com suas estruturas culturais, sociais, tradições, crenças, princípios éticos, valores e direito próprios (RABELO, 2012).

Dito isto, a consulta prévia é um instrumento que assegura aos indígenas a oportunidade de influenciarem em tomadas de decisões, principalmente, fazendo respeitar seus modos de vida, planos de futuro, e especificidades étnicas e socioculturais, conferindo-lhes, inclusive, o direito a dizer "não" diante de violações, comumente vivenciadas por esses povos em seus territórios, ainda constatadas mesmo nos dias atuais (PERUZZO, 2017).

Corrobora o entendimento acima proferido a inteligência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando da Opinião Consultiva n. 23/17, ao esclarecer o dever dos Estados em garantir os direitos de consulta e participação às comunidades indígenas em todas as etapas de planejamento e implementação de projetos que possam afetá-las:

> [...] En el contexto de las comunidades indígenas, este Tribunal ha determinado que el Estado debe garantizar los derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones. Ello significa que además de aceptar y brindar información, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan opinar sobre cualquier proyecto que pueda afectar su territorio dentro de un proceso de consulta con conocimiento y de forma voluntaria. Por lo tanto, el Estado debe generar canales de diálogo sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas (CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párr. 227).

Outrossim, os Estados têm o dever de adotar medidas que assegurem aos membros das comunidades indígenas o desfrute de uma vida humana digna - considerada em sua dimensão individual e coletiva - em observância à relação particular que estes povos possuem com a terra em

que habitam. Caso contrário, os "projetos de desenvolvimento" em terras indígenas ensejarão verdadeira falta de acesso a territórios e recursos naturais essenciais a estes povos, ocasionando exposição a precárias condições de vida, maior vulnerabilidade a doenças, além de graves violações de direitos humanos a eles inerentes (CORTE IDH, 2017).

Por todo o exposto, o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado constitui uma importante conquista dos povos indígenas, por abrir espaço para uma relação mais simétrica e respeitosa entre eles e o Estado, e concretizar os meios pelos quais os citados povos possam efetivamente reivindicar seus direitos e garantias (inter) nacionalmente estabelecidos.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa pôde constatar que o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado deve ser exercido perante todas as medidas administrativas e legislativas que possam afetar os povos indígenas - posto ser imprescindível para o reconhecimento da autonomia destes - de modo a permitir o desenvolvimento de um diálogo efetivo e adequado entre as autoridades estatais e os citados povos, a fim de se chegar a um consentimento ou acordo que menor interfira nos planos de vida e direitos das comunidades indígenas.

Restou evidenciado que, não obstante a mineração formal em terras indígenas encontre previsão constitucional, tal atividade afeta de maneira substancial a qualidade de vida e o modo de viver dos povos indígenas, pois altera significativamente condições ambientais naturais que dificilmente retornam à sua estrutura original. Nesse sentido, partindo do entendimento de que para o indígena a terra é fonte de vida e a preservação da natureza é a garantia de continuidade de seu povo, a primazia da integridade física e cultural de tais comunidades deve preceder qualquer interesse privado de exploração de recursos minerais.

Neste trabalho foi possível identificar, ainda, que a consulta e o consentimento prévio, livre e informado são prerrogativas indispensáveis aos povos indígenas, pois fomentam a possibilidade de tais comunidades

deliberarem sobre o desempenho de atividades minerárias em suas terras - e terem o respeito de sua soberania enquanto povo - inclusive não assentindo à exploração de recursos minerais em seus territórios, uma vez serem os maiores atingidos pelos danos socioambientais ocasionados pelas referidas atividades.

Por todo o exposto, conclui-se que o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado enseja uma relação mais respeitosa e equânime entre povos indígenas e o Estado, bem como fomenta "caminhos" pelos quais os mencionados povos possam pleitear direitos e garantias a eles conferidos em âmbito (inter)nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAYA, J. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluído el derecho al desarrolo. NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12º período de sesiones. Tema 3 de la agenda. **Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.** 15 jul. 2009. A/HRC/12/34.

ARAÚJO, E. R.; FERNANDES, F. R. C. Mineração no Brasil: crescimento econômico e conflitos ambientais. In: GUIMARÃES, P. E.; CEBADA, J. D. P. (Ed.). **Conflitos ambientais na indústria mineira e metalúrgica**: o passado e o presente. Rio de Janeiro: CETEM/CICP, 2016. p. 65-88. Disponível em: <http://mineralis.cetem.gov.br/bitstream/cetem/1909/1/conflitos_ambientais_cap2%20p65.pdf>. Acesso em: 06 de agosto de 2019.

BARBIERI, S. R. J. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os povos indígenas**. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3799/O-principio-da-Dignidade-da-Pessoa-Humana-e-os-Povos-Indigenas> Acesso em: 19 de junho de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 26 de agosto de 2019.

CAPUCCI, M. R. A fundamental e obrigatória observância dos direitos dos povos indígenas nos projetos e execução de grandes empreendimentos hidrelétricos: a consulta livre, prévia e informada como pressuposto de validade dos atos do poder público que afetem os povos indígenas. In: FEITOSA, S. F.; BRIGHENTI, C. A. (Org.). **Empreendimentos que impactam terras indígenas**. Brasília: Cimi – Conselho Indigenista Missionário, 2014. p. 45-50.

CARNEIRO FILHO, A.; SOUZA, O. B. D. **Atlas de pressões e ameaças às terras indígenas na Amazônia Brasileira**. São Paulo: Instituto Socioambiental (ISA), 2009.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva Oc-23/17, de 15 de noviembre de 2017**. Solicitada por la República de Colombia. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

CURI, M. V. Aspectos legais da mineração em terras indígenas. **Revista de Estudos e Pesquisas**, FUNAI, Brasília, v. 4, n. 2, p. 221-252, dez. 2007.

FARIAS, C. E. G. **Mineração e meio ambiente no Brasil**. 2002. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/minera.pdf>. Acesso em: 08 de agosto de 2019.

FEITOSA, S. F.; BRIGHENTI, C. A. (Org.). **Empreendimentos que impactam terras indígenas**. Brasília: Cimi – Conselho Indigenista Missionário, 2014.

FERNANDES, F. R. C.; ARAÚJO, E. R.; OLIVIERI, R. D. Impactos socioambientais da mineração no Brasil. In: **2. Simpósio Brasileiro de Saúde & Ambiente (2. SIBSA)**. Belo Horizonte: 2014. Disponível em: <https://

www.cetem.gov.br/images/congresss/2014/ CAC00370014.pdf>. Acesso em: 08 de agosto de 2019.

FERREIRA, G. L. B. V.; FERREIRA, N. B. V. Meio ambiente e mineração na constituição federal. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 11, n. 20, p. 111-124, jan./jun. 2011.

GRABNER, M. L. O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 14, n. 45, p. 11-65, jul./dez. 2015.

GRUPIONI, L. D. B. Elaborações indígenas do direito de consulta no Brasil. In: RICARDO, C. A.; RICARDO, F. P. (Eds.). **Povos indígenas no Brasil 2011/2016**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2017. p. 83-85.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO – IBRAM. **Informações sobre a economia mineral brasileira, 2015**. Brasília: IBRAM, 2015.

MARÉS, C. F.; LIMA, L.; OLIVEIRA, R.; MOTOKI, C.; GLASS, V. (Org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

MARTINS, T. A. U. **Direito ao pão novo**: o princípio da dignidade da pessoa humana e a efetivação do direito indígena. São Paulo: Pillares, 2005.

MORAES, A. **Direito Constitucional.** 33 ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OIT. **Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011.

OLIVIERI, R. D.; ARAÚJO, E. R. **Garimpo ilegal na Terra Indígena Roosevelt (RO)**. Banco de dados de recursos minerais e territórios: impactos humanos, socioambientais e econômicos. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2014. Disponível em: <http://verbetes.cetem.gov.br/verbetes/ExibeVerbete.aspx?verid=42>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: ONU, 2008.

PERUZZO, P. P. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, p. 2708-2740, oct./dec. 2017.

PHILIPPI, P. P.; WEHMUNTH, C. T. **A dimensão da dignidade da pessoa humana aplicada aos povos indígenas**. 2019. Disponível em: <https:// ambitojuridico.com.br/ cadernos/direito-constitucional/a-dimensao-da-dignidade-da-pessoa-humana-aplicada-aos-po vos-indigenas/#_ftn1> Acesso em: 19 de junho de 2020.

RABELO, P. A dignidade da pessoa humana pelo olhar indígena e a consolidação da igualdade material. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 11, n. 37, p. 225-261- Edição Especial. 2012.

RIBEIRO, M. I. F. C. A. **Mineração e garimpo em terras indígenas**. Banco de dados recursos minerais e territórios: impactos humanos, socioambientais e econômicos. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2015.

ROJAS GARZÓN, B.; YAMADA, E. M.; OLIVEIRA, R. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica - RCA; Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

SILVA, M. L. D.; ANDRADE, M. C. K. Os impactos ambientais da atividade mineradora. **Caderno Meio Ambiente e Sustentabilidade**, v. 11, n. 6, p. 67-82, 2017.

SOUSA, N. R. D. N. **O dano socioambiental em terras indígenas**: a diversidade cultural e a concretização do direito ao meio ambiente sadio previsto na constituição federal de 1988. 99 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2012.

VILLAS BÔAS, H. C. **Mineração em terras indígenas**: a invisibilidade do direito à consulta prévia como um processo e a visibilidade ao flagrante

desrespeito de ouvir e consultar os verdadeiros titulares desses direitos. Center for Mineral Technology: paper, Rio de Janeiro, 2013.

YAMADA, E. M.; GRUPIONI, L. D. B.; ROJAS GARZÓN, B. **Protocolos autônomos de consulta e consentimento:** Guia de Orientações. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA, 2019.

Nicole Rabelo Souto Maior

Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).
Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).
Pós-graduanda em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).
Advogada.

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro

Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Mestre em Direito Ambiental (UEA).
Advogada e Professora da Universidade do Estado do Amazonas na área de Direito Administrativo.

Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2004).
Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Professora da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) na área de Direito Ambiental.

NATUREZA EMPRESARIAL DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS PARA CONSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO-HOTEL E O CARÁTER VINCULANTE DA CLÁUSULA DE IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

NATUREZA EMPRESARIAL DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS PARA CONSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO-HOTEL E O CARÁTER VINCULANTE DA CLÁUSULA DE IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE*

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

RESUMO

O objetivo do artigo é demonstrar a natureza empresarial do compromisso de compra e venda que compõe o conjunto de contratos coligados que constituem um condomínio-hotel a partir de uma operação de incorporação imobiliária, além de ressaltar que a existência de cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade impedem a resilição unilateral imotivada do contrato.

Consequentemente, à luz da teoria finalista, o adquirente de unidades autônomas que compõem o condomínio-hotel não é considerado consumidor, uma vez que o imóvel adquirido obrigatoriamente integrará o estabelecimento hoteleiro, não sendo apta ao uso próprio do adquirente. Ademais, a compra foi efetivada com a finalidade do adquirente auferir renda com a exploração econômica do estabelecimento hoteleiro. Assim, o compromissário comprador não será jamais o destinatário final fático ou econômico do produto adquirido.

Portanto, como regra geral não há ensejo à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao compromisso de compra de venda em condomínio hotel. Apenas excepcionalmente, através da aplicação da teoria finalista mitigada, desde que esteja devidamente comprovada a existência de vulnerabilidade do adquirente no caso concreto analisado, poderá haver a incidência da legislação consumerista.

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

O artigo ressalta que a cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade existente nos compromissos de compra e venda das unidades autônomas não permite que as partes pleiteiem imotivadamente a resilição unilateral do contrato, já que a estabilidade contratual é imprescindível para o adequado desempenho da operação econômica de prestação de serviços de hospedagem pelo condomínio hotel.

PALAVRAS-CHAVES: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. CONDOMÍNIO-HOTEL. NATUREZA EMPRESARIAL. CLÁUSULA DE IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O condomínio-hotel como um conjunto de contratos empresariais coligados. II.1. A busca de lucro como elemento estruturante dos contratos empresariais. II.2. Interpretação dos contratos empresariais: boa-fé e alocação de riscos. III. Da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao condomínio-hotel. IV. As cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade nos contratos de condomínio-hotel. IV.1. Impossibilidade da desistência imotivada. IV.2. A necessária relativização da Súmula nº 1 do TJSP e da Súmula 543 do STJ. IV.3. O caráter vinculante da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. V. Conclusão. VI. Referências Bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO.

Os contratos coligados que estruturam a constituição de um condomínio-hotel a partir de incorporação imobiliária possuem natureza empresarial.

Neste contexto, não há em regra ensejo para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos compromissos de compra e venda das unidades autônomas que compõem o condomínio-hotel, tanto em razão da finalidade lucrativa recíproca do comprador e do vendedor, como pela circunstância de que as unidades jamais serão destinadas a uso próprio do adquirente, pois obrigatoriamente integrarão o estabelecimento hoteleiro. Portanto, como o adquirente não é o destinatário final fático ou econômico do imóvel, não pode ser considerado consumidor à luz da teoria finalista.

Apenas excepcionalmente, caso especificamente demonstrada no caso concreto analisado a incidência de vulnerabilidade do comprador poderá ser aplicada a legislação de proteção do consumidor, de acordo com

a teoria finalista mitigada. Porém a análise da presença da vulnerabilidade no caso concreto deverá ser extremamente rigorosa, pois o adquirente, em regra, terá o perfil de investidor, diante da nítida finalidade lucrativa da compra efetivada.

O ensaio irá destacar que a cláusula de irretratabilidade existente nos compromissos de compra e venda das unidades autônomas não permite que as partes pleiteiam imotivadamente a resilição unilateral do contrato, ressaltando que a estabilidade contratual é fundamental para o adequado desenvolvimento da operação econômica de prestação de serviços de hospedagem pela sociedade em conta de participação na qual são sócios tanto os compradores das unidades autônomas quanto a empresa administradora do hotel.

Por tal motivo, o artigo defende a tese de que deve prevalecer a interpretação que resguarde a validade e eficácia da cláusula de irretratabilidade, não se admitindo a desistência imotivada do adquirente ou do vendedor no compromisso de compra e venda de unidade autônoma de condomínio-hotel.

O ensaio é finalizado com estudo de caso no qual se analisa a estruturação contratual que culminou na criação do condomínio-hotel denominado Complexo Madeira na cidade de Barueri.

II. O CONDOMÍNIO HOTELEIRO COMO UM CONJUNTO DE CONTRATOS EMPRESARIAIS COLIGADOS.

A partir da década de 2010 o condomínio-hotel passou a ser utilizado para viabilizar a construção de empreendimentos hoteleiros com investimento pulverizado, permitindo a participação de diversos investidores no proveito econômico advindo do desenvolvimento da atividade hoteleira[1].

---

[1] Ver: MARINO NETO, José Ernesto. Condo-hotel hoje: responsabilidades, riscos e consequências. *Revista Hotéis*, 03.10.2013. Disponível em: https://www.revistahoteis.com.br/condo-hotel-hoje-responsabilidades-riscos-e-consequencias-artigo-de-jose-ernesto-marino-neto/. Acesso em 11.04.2019. O autor define o condo hotel como o "hotel organizado em imóvel em condomínio, empreendimento no qual os proprietários obrigatoriamente participam do negócio hoteleiro".

No presente artigo destaco a modalidade de condomínio-hotel construído a partir da incorporação imobiliária, ocorrendo a alienação de unidades autônomas destinadas exclusivamente a compor um empreendimento hoteleiro. A convenção de condomínio estipula que o imóvel objeto de incorporação será destinado especificamente para abrigar um empreendimento hoteleiro. Por seu turno, o adquirente da unidade autônoma compromete-se a destinar a sua unidade para compor o estabelecimento do hotel, aderindo a *pool* formado entre os condôminos e concomitantemente firmando contrato de sociedade em conta de participação com a administradora do empreendimento.

Portanto, a operação econômica de condomínio-hotel é viabilizada pela coexistência de diversos contratos[2], dentre eles o compromisso de compra e venda das unidades autônomas, a sociedade em conta de participação (na qual os condôminos figuram como sócios ocultos e a administradora como sócia ostensiva) e o termo de adesão ao *pool* de unidades componentes do estabelecimento hoteleiro.

Os contratos coligados formam uma rede contratual que objetiva viabilizar uma operação econômica[3]. Assim, devem ser compreendidos em conjunto e não isoladamente, sob pena de uma interpretação descontextualizada dos seus preceitos colocar em xeque o programa econômico por eles estruturado e as consequências jurídicas almejadas[4].

---

[2] A definição de contrato como a vestimenta jurídica de uma operação econômica é efetivada por ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7. O autor destaca que: "As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação económica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação económica".

[3] LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21. O autor define os contratos coligados como aqueles "estruturalmente diferenciados, todavia, unidos por um nexo funcional-econômico que implica consequências jurídicas".

[4] Ver, a propósito: ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos Conexos: grupos e redes de contratos*. Santa fé: Rubinzal Culzoni Editores, 1998. p. 9. Destaca o autor que: "*El individualismo contractual viene dejando paso a la contratación grupal. Y ello no resulta caprichoso, puesto que lo perseguido es ahora un resultado negocial, una operación económica global, buscada a través de un 'programa' que una o varias empresas se proponen. Se trata ahora de contratos entrelazados en un conjunto económico, persiguiendo lo que se ha dado en llamar una 'misma prestación esencial', un 'todo' contractual para un mismo y único negócio*".

Com efeito, há uma relação de dependência recíproca entre os diversos contratos[5], sem os quais não será possível a estruturação do condomínio-hotel. O compromisso de compra e venda permite a alienação de unidades autônomas construídas a partir de incorporação imobiliária, viabilizando o acesso de investidores que não teriam condições de arcar individualmente com os custos do empreendimento. A convenção de condomínio vincula a destinação do imóvel à atividade hoteleira. A operação é completada com a adesão ao *pool* de unidades destinadas ao estabelecimento hoteleiro e a celebração de uma sociedade em conta de participação entre os proprietários e a empresa que irá administrar o hotel, disciplinando as obrigações e direitos das partes, bem como a repartição dos benefícios econômicos que vierem a ser apurados em razão da atividade econômica empreendida pelo esforço conjugado dos sócios.

Nesse contexto, deve ser realçado que o compromisso de compra e venda de unidades autônomas destinadas a compor condomínio-hotel apresenta características próprias que o diferencia de instrumentos contratuais congêneres. Com efeito, ao contrário da maioria dos compromissos de compra e venda existentes, o instrumento analisado no presente artigo não constitui uma avença isolada, mas compõe um conjunto de contratos coligados necessários para a estruturação de uma específica operação econômica: a exploração da atividade hoteleira. As suas disposições devem assim ser necessariamente interpretadas no contexto da operação econômica em que se inserem e em conjunto com os demais contratos, em especial a sociedade em conta de participação.

II.1. A busca de lucro como elemento estruturante dos contratos empresariais.

Os contratos coligados que estruturam o condomínio-hotel, em especial o compromisso de compra e venda das unidades autônomas e o

---

[5] O liame entre os contratos é a principal característica destacada por MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009: "Contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito, encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca)".

contrato que cria a sociedade em conta de participação possuem natureza empresarial e não de consumo.

Os contratos empresariais são aqueles em que as partes da relação jurídico-contratual têm sua atividade movida por finalidade econômica, ou seja, a obtenção de lucro. Na hipótese de estruturação do condomínio-hotel, o desiderato de todas as partes envolvidas é o de alcançar proveito econômico. O incorporador almeja alcançar o lucro consistente na diferença entre o valor investido na incorporação e a receita líquida advinda da alienação das unidades autônomas. E tanto o adquirente (sócio participante) como a empresa especializada em administração hoteleira (sócia ostensiva) visam obter o lucro consistente nos rendimentos advindos da exploração conjunta do condomínio-hotel. Adicionalmente, o adquirente almeja, também, como efeito reflexo, a valorização da unidade autônoma, na eventualidade de efetivar uma futura alienação.

Paula Forgioni destaca que "o estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença. O primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa daquela em que se encontram". Ressalta, ainda, que "a contratação é feita na esperança de que atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função"[6].

Assim, a análise conjugada dos contratos que dão base ao condomínio-hotel demonstra cabalmente o caráter empresarial das duas avenças (o compromisso de compra e venda e a sociedade em conta de participação).

E mesmo que se efetive uma análise isolada do compromisso de compra e venda da unidade autônoma (o que não reputo a metodologia mais adequada), é fácil constatar a presença do escopo de lucro, desempenho de uma função econômica e alocação de riscos[7], que são elementos característicos do contrato empresarial. Como já destacado,

---

[6] FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação nos negócios empresariais no novo Código Civil. *Revista de direito mercantil*, v. 130, 2003, p. 10.

[7] A propósito das características essenciais dos contratos empresariais ver: FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

com a venda da unidade o incorporador visa auferir receita superior às despesas que teve com a sua construção, enquanto o comprador adquire o imóvel para auferir renda com a destinação que a ele irá conferir: compor o estabelecimento destinado à exploração de negócio hoteleiro, no qual ele figurará como sócio da administradora do hotel, além de ter a expectativa de que o imóvel valorize.

O caráter empresarial do compromisso de compra e venda de unidades autônomas destinadas ao condomínio-hotel é ainda mais realçado a partir da distinção efetivada por António Junqueira de Azevedo entre contratos existenciais e contratos de lucro. Os primeiros seriam os necessários para suprir a subsistência das pessoas naturais, enquanto os segundos seriam os firmados entre agentes econômicos que visam auferir proveito através do desenvolvimento da atividade econômica pactuada.[8]

Não há qualquer dúvida quanto ao enquadramento do compromisso de compra e venda de unidades de condomínio-hotel na categoria de contrato de lucro, já que as duas partes objetivam obter proveito econômico através do contrato. O compromissário vendedor objetiva o superávit entre as despesas auferidas com a incorporação e o valor líquido obtido com a venda da unidade autônoma. O comprador não utilizará para um fim próprio a unidade, mas sim a destinará como um "insumo": compor o estabelecimento hoteleiro que explorará em conjunto com o sócio ostensivo da sociedade em conta de participação. Não há, assim, qualquer característica "existencial" em tal contrato, sendo nítida a presença do escopo de lucro.

---

[8] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, n. 34, p. 304-305. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008. O autor destaca que: "Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são "descartáveis" e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, "descartadas", do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões".

II.2. Interpretação dos contratos empresariais: a importância da boa-fé e alocação de riscos.

Sem ser exaustivo, indicarei princípios hermenêuticos característicos dos contratos empresariais que auxiliam a interpretação do alcance e importância da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade existente nos compromissos de compra e venda de unidades autônomas em condomínio-hotel.

Destaco, em primeiro lugar, a boa-fé objetiva, que em relação aos contratos e obrigações, encontra previsão tanto no art. 113 como no art. 422 do Código Civil. A aplicação conjunta dos dois artigos impõe aos contratantes a observância dos princípios de probidade e boa-fé na conclusão e execução dos contratos, a ser ponderada de acordo com os usos e costumes do local de sua celebração.

Segundo a doutrina, a boa-fé objetiva necessita ser interpretada à luz da natureza, característica e tipo de contrato estabelecido. A título de exemplo, é substancialmente distinta a interpretação do conteúdo da boa-fé em um contrato de consumo e em um contrato empresarial, presumindo-se, no último, um conhecimento mais amplo do objeto contratual, das obrigações contraídas e do risco envolvido[9].

Um dos deveres inerentes à boa-fé objetiva é o das partes não se comportarem de modo oportunista. Um exemplo de conduta inadequada seria justamente provocar artificialmente a extinção de contrato empresarial de longa duração na hipótese de vislumbrar situação mais vantajosa com o rompimento contratual, ainda que isto implique em desvantagem para o outro contratante e prejudique ou mesmo inviabilize a operação econômica que está por trás do contrato[10].

---

[9] LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 162.

[10] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 65. Transcrevo a seguinte passagem da autora: "A parte, ao celebrar um contrato, gostaria de vincular o parceiro comercial, mas também de permanecer livre para deixar aquela relação e abraçar outra que eventualmente se apresente como mais interessante".

Como será ressaltado adiante, uma das funções da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade em compromissos de compra e venda com previsão de pagamento do preço parcelado é justamente a de evitar comportamento oportunista das partes relacionado à variação do valor de mercado do imóvel.

Por exemplo, em períodos de grande crescimento econômico e dependendo da localização do imóvel, o seu preço de mercado pode ser objeto de significativo aumento durante o período do contrato. Seria oportunista o comportamento do vendedor rescindir o contrato caso vislumbrasse que em uma nova venda iria angariar diferença de preço superior ao da sanção pecuniária a ser paga ao comprador pela quebra contratual. O dispositivo contratual de irretratabilidade e irrevogabilidade visa justamente evitar comportamento disfuncional desta espécie. E tal cláusula possui uma mão dupla: objetiva também evitar que o adquirente insatisfeito com a renda menor do que aguardada no desenvolvimento da atividade do condomínio-hotel nos seu período inicial desistisse do contrato e pleiteasse a sua resilição unilateral[11].

Outro fator determinante na interpretação dos contratos empresariais é o reconhecimento de que as partes assumem riscos, podendo ao invés de ter lucro (que é o objetivo almejado) suportar prejuízo com a operação econômica.

Por exemplo, um comerciante que adquire uma máquina para revenda, pode ter prejuízo caso a demanda pela mercadoria seja inferior à projetada e ele tenha que praticar um preço de revenda menor do que o da aquisição. Porém, tal hipótese não configura motivo que possa ensejar a desistência do contrato de compra e venda e a devolução da mercadoria ao produtor. Caso isso fosse possível o mercado não funcionaria adequadamente, pois todo o risco seria alocado a apenas um dos agentes econômicos.

---

[11] Ressalvo que tal situação é diferente do inadimplemento motivado por impossibilidade superveniente, que não enseja violação à boa-fé objetiva, mas sujeita o comprador às sanções contratuais caso haja a resolução do compromisso.

O mesmo raciocínio vale para o compromisso de compra e venda de unidade autônoma no condomínio-hotel. O adquirente não poderá pleitear a resilição unilateral do contrato calcado exclusivamente no fato de que a unidade autônoma não valorizou na proporção almejada ou a operação do hotel não está gerando a renda por ele projetada. Admitir que houvesse desistência do comprador ou do vendedor por simples desinteresse superveniente poderia colocar em risco a operação do condomínio-hotel, diante de incertezas geradas quanto à credibilidade do empreendimento (na hipótese de resilição oportunista do vendedor), de seu fluxo de caixa ou da disponibilização das unidades necessárias para permitir a o pleno desenvolvimento da atividade hoteleira (na hipótese de desistência imotivada do comprador).

Portanto, afastar a eficácia das cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade existentes em compromissos de compra e venda de unidades autônomas que constituirão condomínio-hotel é disfuncional para a operação econômica almejada: o adequado desenvolvimento da atividade hoteleira.

Cabe ressaltar que em se tratando de contratos empresariais, deve ser privilegiada a interpretação que permita o melhor desempenho da função econômica que origina e é estruturada pelo contrato[12].

Assim o mais relevante não é o interesse específico das partes, mas sim o modo mais adequado de funcionamento da atividade econômica. Tal perspectiva é harmônica com a concepção de que o centro das preocupações do direito empresarial é o adequado funcionamento do mercado e não o específico interesse das partes envolvidas na atividade econômica[13].

---

[12] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALAESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33. Os autores destacam que: "No campo da função, os contratos empresariais instrumentalizam a circulação de riquezas indispensáveis à prática empresarial, ou seja, possibilitam-na. Atividade empresarial que precisará ser assegurada, otimizada e viabilizada pelo contrato e, consequentemente, pelo sistema jurídico aplicável aos contratos. Logo, a função direta dos contratos empresariais está associada aos negócios ali disciplinados, ao acertamento dos interesses envolvidos nos contratos, de modo a colaborar para que a atividade empresarial se desenvolva eficazmente."

[13] FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

III. DA NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CONDOMÍNIO-HOTEL.

O caráter empresarial do compromisso de compra e venda seria a princípio suficiente para afastar a possibilidade de incidência de normas de proteção do consumidor. Porém, tendo em vista a existência de jurisprudência que aplica as disposições consumeristas a compromissos de compra e venda, é importante demonstrar que não há subsunção da operação de constituição do condomínio-hotel a tais normas.

Cabe, a propósito, mais uma vez ressaltar a finalidade exclusivamente instrumental e com escopo de lucro da aquisição das unidades autônomas, que por força do contrato e da convenção de condomínio serão necessariamente destinadas a compor o estabelecimento destinado à exploração da atividade hoteleira.

Portanto, como anteriormente referido, ao contrário do que se dá ordinariamente nas incorporações imobiliárias de unidades habitacionais, o comprador já adquire a unidade autônoma de condomínio-hotel com a plena consciência de que não a utilizará para fruição própria[14] .

Com efeito, a operação econômica já está pré-formatada: todas as unidades necessariamente terão que compor o *pool*, pois o modelo depende da adesão de todos os condôminos, tanto pelo cálculo dos quartos disponíveis para oferta aos usuários do hotel, quanto pelo fato de que as áreas comuns comporão o estabelecimento hoteleiro, para o que é imprescindível a anuência de todos os condôminos.

---

[14] Ver, por exemplo: FURTADO, Gabriel. Aspectos jurídicos dos investimentos em condo-hotéis . Disponível em: https://cidadeverde.com/cadernojuridico/93558/aspectos-juridicos-dos-investimentos-em-condo-hoteis-i. Acesso em 03.04.2019. O autor destaca que: "o promitente comprador celebra concomitantemente alguns contratos coligados – com prazos determinados – em que se obriga a, principalmente, (i) transferir a um mesmo operador, por todos contratada, a administração do serviço hoteleiro (hospedagens, restaurantes, eventos, etc.), que geralmente explora marca comercial bastante conhecida no mercado, e (ii) não usar ou fruir diretamente da sua unidade que, em concreto, será um quarto de hotel. Ou seja, ainda que seja o proprietário da unidade habitacional, haverá de pagar diária como qualquer outro hóspede, mesmo que venha a habitar a sua própria unidade.

Outro fator que demonstra a inaplicabilidade do CDC é a circunstância de que normalmente é firmado um contrato de constituição de sociedade em conta de participação entre os condôminos e a empresa que administrará o empreendimento e é titular da "bandeira" que será utilizada pelo estabelecimento hoteleiro. A sociedade constituída possui natureza empresarial, não incidindo relação de consumo - mas sim vínculo societário - entre as partes que a compõem.

Seria ilógico aplicar o Código de Defesa do Consumidor a uma operação econômica na qual o comprador adquire a unidade autônoma para auferir renda e que ocasionará inclusive a constituição de uma sociedade empresária entre o conjunto dos adquirentes e a empresa que irá administrar o estabelecimento.

O comprador não se encaixa na definição de consumidor, na medida em que não é o destinatário final da unidade adquirida e pratica após a aquisição uma série de atos necessários para auferir rendimentos lucrativos advindos da exploração empresarial do imóvel adquirido.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor adota em seu art. 2.º, *caput*, a seguinte definição: "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Tal norma conceitua o *consumidor em sentido estrito*, do qual destaco três requisitos para a sua configuração: a) ser pessoa física ou jurídica; b) adquirir ou utilizar um produto ou serviço; c) ser o seu destinatário final.

No que tange ao primeiro requisito, o consumidor pode ser tanto pessoa física como pessoa jurídica, ao contrário do que ocorre em ordenamentos jurídicos de diversos outros países, que normalmente limitam o consumidor à pessoa natural[15].

Quanto ao segundo requisito, o consumidor em sentido estrito é aquele que efetivamente estabelece a relação de consumo, ou seja, realmente consome produto ou serviço. No entanto, tal exigência não é absoluta, pois há possibilidade de extensão de aplicação do Código de Defesa do Consumidor para os consumidores por equiparação.

---

[15] Bourgoignie, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor.* n. 2. p. 7-51. São Paulo: Ed. RT, 1992.

Porém, é o terceiro requisito que mais suscitou polêmicas na doutrina e jurisprudência. Com efeito, a expressão "destinatário final" não explicita se a utilização do produto ou serviço deve ocorrer apenas para usufruto pessoal ou se pode ser efetivada no bojo de uma atividade econômica. Formaram-se três correntes sobre o tema, que passam a ser analisadas.

A teoria finalista preconiza que o consumidor é apenas o destinatário final econômico, ou seja, aquele que frui o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, não o utilizando em atividade econômica empresarial[16]. Para a teoria finalista, a proteção do consumidor visa equilibrar a relação profundamente desigual estabelecida com o fornecedor. Neste contexto, não faria sentido uma proteção especial àqueles que utilizam o produto ou serviço como insumos ou etapas de sua atividade produtiva, devendo, em consequência, tal relação ser regida pelas normas da legislação civil ou comercial[17].

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, após intenso e profícuo debate, inclinou-se no sentido da adoção da teoria finalista, permitindo, no entanto, a extensão da aplicação do CDC às hipóteses de incidência de vulnerabilidade em concreto (teoria finalista mitigada).

Com efeito, em dois relevantíssimos precedentes o Supremo Tribunal Federal perfilhou-se com a teoria finalista. O primeiro deles deu-se com o julgamento de uma ação de homologação de sentença estrangeira em que empresa de fabricação de toalha alegou existência de relação de consumo com fornecedora de algodão, tese esta rejeitada pelo STF[18].

---

[16] Sobre o conceito econômico de consumidor ver: VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor: sua abrangência. In: Cadernos ICBC 22: Lei de defesa do consumidor. São Paulo: ICBC, 1991, p. 5-27.

[17] Tal aspecto é bastante salientado na doutrina finalista. Ver, especialmente: BENJAMIN, Antonio Herman. O Conceito jurídico de consumidor. In: Revista dos Tribunais, v. 628, São Paulo, RT, fev./1988, p. 77/78.

[18] Supremo Tribunal Federal - SEC 5847 - Relator: Min. Maurício Corrêa - Tribunal Pleno - DJ 17-12-1999. O julgamento foi objeto de inúmeros comentários, destacando-se o artigo de MARQUES, Cláudia Lima e TURKIENICZ, Eduardo. Caso "T" vs. "A": em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 36, out.-dez. 2000, São Paulo: RT, p. 221-240.

O segundo precedente importante é o histórico julgamento da ADI nº 2591, em que o STF, ao interpretar constitucional a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços financeiros, ressaltou a importância do destino final econômico para a configuração da relação de consumo em tais serviços[19]

Já a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o acatamento da teoria finalista, sendo que o principal precedente a ser citado no âmbito da Segunda Seção é o Recurso Especial nº. 541867, cuja ementa é abaixo transcrita:

> "COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.
>
> - A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.
>
> - Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca".[20]

Portanto, como regra geral, incide relação de consumo nas hipóteses em que a aquisição do produto ou serviço for para a satisfação de uma necessidade pessoal ou familiar do adquirente. Nesse caso o

---

[19] Supremo Tribunal Federal - ADI 2591 ED - Tribunal Pleno - Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 14.12.2006. "2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito".

[20] Superior Tribunal de Justiça. REsp 541867. Rel. para o acórdão: Min. Barros Monteiro. Segunda Seção. DJ 16.05.2005 p. 227.

consumidor será o *destinatário final econômico e fático* do serviço ou produto.

Por outro lado, não incidirá relação de consumo nas hipóteses em que o adquirente não for o destinatário final fático, como por exemplo, nas aquisições para fins de revenda ou transformação. Igualmente, não haverá relação de consumo caso a aquisição do serviço ou do produto for instrumental ao desenvolvimento de atividade empresarial[21].

É exatamente a hipótese do adquirente de unidade autônoma destinada a condomínio-hotel, na medida em que é estabelecido expressamente no compromisso de compra e venda e na convenção de condomínio que a unidade será destinada a compor o estabelecimento hoteleiro que resultará da incorporação imobiliária e que será operado a partir da formalização de sociedade em conta de participação na qual ele se obriga a destinar a unidade à exploração conjunta com o sócio aparente da operação hoteleira.

A ausência da fruição individual ou familiar do bem, combinada com a inequívoca utilização da unidade autônoma para o desenvolvimento de atividade econômica pelo comprador, retira por completo a destinação final (fática ou econômica) do bem, o que não permite a sua inclusão na categoria de consumidor.

No entanto, é preciso destacar que mesmo na hipótese de a aquisição do produto ou serviço ocorrer no exercício da atividade empresarial a jurisprudência do STJ admite possa ser excepcionalmente aplicado o Código de Defesa do Consumidor caso esteja presente, em concreto, uma situação de vulnerabilidade (técnica, econômica ou jurídica) e tal aquisição não se dê para fins de revenda ou transformação.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu a teoria finalista mitigada (ou para alguns autores aprofundada[22]), que permite a

---

[21] PFEIFFER. Roberto Augusto Castellanos. Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[22] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao consumo intermediário (ou seja, à aquisição de produtos ou serviços no âmbito de uma atividade econômica) desde que seja demonstrada a vulnerabilidade no caso concreto.[23]

Ressalto que a aplicação da teoria finalista mitigada sempre depende da análise de cada caso, já que a vulnerabilidade deve ser demonstrada em concreto e não em abstrato.

Deste modo, ainda que seja difícil estabelecer um padrão genérico para a sua aplicação, é possível destacar que dificilmente poderá ser aplicada na aquisição de unidade autônoma para condomínio-hotel, em razão de pelo menos três motivos relevantes. Em primeiro lugar porque a aquisição alcança somas normalmente vultuosas, revelando elevado padrão econômico do comprador. Em segundo lugar porque geralmente os adquirentes são investidores experientes que possuem informações e conhecimentos adequados da operação econômica a que estão se vinculando. Em terceiro lugar porque a atual regulação efetivada pela Comissão de Valores Mobiliários, por intermédio da Instrução CVM nº 602, de 27 de agosto de 2018, impõe elevados padrões acerca dos estudos, informações e material publicitário a oferta pública de distribuição de contratos de investimento coletivo - CIC hoteleiro devem cumprir, nas hipóteses em que o empreendimento for enquadrado em tal categoria. Tais fatores tornam menos provável a existência de casos nos quais haja prova específica de presença de vulnerabilidade em concreto envolvendo aquisições de unidades autônomas em condomínio-hotel.

Finalmente, deve ser levado em consideração que o compromisso de compra e venda é normalmente coligado à constituição de uma sociedade em conta de participação. Ainda que a relação societária só

---

[23] Transcrevo ementa de julgado representativo de tal entendimento: "Direito civil. Consumidor. Agravo no recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC". Superior Tribunal de Justiça - AgRg no REsp 687239. Rel. Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - DJ 02.05.2006, p. 307.

ocorra no segundo contrato, a coligação impõe uma interpretação conjunta das avenças, a fim de alcançar a hermenêutica que permita o melhor desenvolvimento da operação econômica que elas viabilizam. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor, neste caso, seria desvirtuada, dado o caráter nitidamente empresarial da atividade hoteleira e o fato da aquisição da unidade autônoma ser o passo inicial para o ingresso do adquirente na sociedade que a explorará.

Destaco por fim a existência de precedente do Superior Tribunal de Justiça que corrobora o entendimento esposado no presente artigo ao adotar a interpretação da ausência de amparo da teoria finalista para aplicação do Código de Defesa do Consumidor na aquisição de unidade autônoma destinada a compor empreendimento de apart-hotel[24].

O acórdão da Superior Tribunal de Justiça esposou a interpretação de que não há como qualificar o adquirente como destinatário final, pois não irá utilizar a unidade para seu uso próprio, buscando auferir renda com a destinação do imóvel para o pool que compõe o estabelecimento de apart-hotel. Assim, não sendo destinatário final fático ou econômico do bem adquirido, não pode ser enquadrado como consumidor no âmbito da teoria finalista. Nesse particular, há coincidência com a tese defendida no presente artigo, como e observa no trecho abaixo transcrito:

> "Como cediço, o apart-hotel (*flat services* ou *flats*) é um prédio de apartamentos com serviços de hotelaria. No caso, a partir dos contratos assinados pela autora e da oferta ao público, é incontroverso que o empreendimento seria destinado a aluguéis temporários (a turistas e executivos, por exemplo). Ademais, como não é permitido aos condomínios praticarem atividade comercial, e para haver a exploração da locação hoteleira, os proprietários das unidades deveriam se juntar em uma nova entidade, constituída na forma de sociedade em conta de participação, apta a ratear as receitas e as despesas das operações, formando um *pool* hoteleiro, sob a coordenação da empresa de administração hoteleira (BTH).

[24] Superior Tribunal de Justiça - REsp 1785802 – Rel. Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva - Terceira Turma - julgado em 19/02/2019.

> **Verifica-se, assim, que a autora adquiriu as unidades imobiliárias para investimento pessoal ou empresarial, não sendo, portanto, destinatária final dos bens, o que descaracterizaria, a princípio, a relação de consumo.**"[25]

O acórdão do STJ reconheceu a possibilidade, em tese, de excepcionalmente haver a aplicação da teoria finalista mitigada, desde que comprovada a vulnerabilidade no caso concreto. Foi acentuado o rigor que o Poder Judiciário deve ter na averiguação da vulnerabilidade, dado o escopo lucrativo da aquisição e o fato de, em regra o adquirente ter o perfil de investidor O trecho abaixo destacado dimensiona tal entendimento, que coincide com o esposado no presente ensaio:

> "Na hipótese dos autos, a promissária compradora tinha ciência de que as unidades habitacionais não seriam destinadas ao próprio uso, visto que as entregou ao *pool* hoteleiro ao anuir ao Termo de Adesão e ao contratar a constituição da sociedade em conta de participação para exploração apart-hoteleira, em que integraria os sócios participantes (sócios ocultos), sendo a BTH a sócia ostensiva.
>
> Desse modo, é inegável que a autora era investidora (a conta em participação é melhor qualificada como um contrato de investimento conjunto do que um tipo societário), de forma que, pela Teoria Finalista mitigada, a Corte local deveria, ao menos, aferir a sua vulnerabilidade para fins de aplicação do CDC"[26].

Portanto, há amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à tese de inexistência de relação de consumo à luz da teoria finalista, pela circunstância do adquirente não ser o destinatário final fático ou econômico da unidade autônoma adquirida, bem como que a excepcional aplicação da teoria finalista mitigada deve ser efetivada com profundo rigor na averiguação da vulnerabilidade no caso concreto, devido ao perfil de investidor que em regra terá o adquirente.

---

[25] Superior Tribunal de Justiça - REsp 1785802 – Rel. Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva - Terceira Turma - julgado em 19/02/2019. Grifo nosso.

[26] Ibidem.

IV. AS CLÁUSULAS DE IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONDOMÍNIO-HOTEL.

Os compromissos de compra e venda de unidades autônomas para a constituição do condomínio-hotel contém clausula de irretratabilidade e irrevogabilidade, que visa garantir estabilidade ao contrato, gerando segurança jurídica tanto ao comprador quanto ao vendedor, pois veda a possibilidade de arrependimento como causa extintiva do contrato[27]. Assim, uma vez firmado o contrato e iniciado o regular pagamento das parcelas pactuadas, ele somente poderá ser desfeito por comum acordo das partes (distrato consensual) ou por resilição unilateral motivada pelo descumprimento das obrigações da outra parte ou por impossibilidade superveniente no cumprimento do contrato.

Com efeito, a cláusula garante ao adquirente que após o cumprimento de seus deveres de pagamento do preço acordado, receberá em contrapartida a posse do bem e a transferência do domínio, mediante a outorga da escritura de compra e venda levada em registro imobiliário. Portanto, mesmo que haja uma valorização do imóvel que tornasse, hipoteticamente, mais vantajoso ao vendedor desfazer o negócio e o vender a terceiro, ele não poderá desistir da avença no curso do contrato. Consequentemente, o vendedor não pode recusar o recebimento das parcelas pactuadas e o comprador possui o direito de obter a escritura definitiva ou sua adjudicação compulsória ao pagar a totalidade do preço[28].

Por outro lado, a cláusula estipula estabilidade que é extremamente importante para o alienante da unidade autônoma. Com efeito, a incorporação imobiliária demanda investimento inicial vultuoso além de um contínuo fluxo de caixa para viabilizar a edificação do imóvel. Interromper de modo imotivado a estabilidade contratual causa sérios problemas para a manutenção do empreendimento.

---

[27] DINIZ, Maria H. *Dicionário jurídico universitário***.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340. A autora leciona que "irretratabilidade é a qualidade do ato jurídico que não pode ser desfeito pela vontade das partes, por não apresentar qualquer vício".

[28] RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

E no caso do condomínio-hotel há um elemento adicional que demonstra a fundamental importância da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. Com efeito, a convenção de condomínio estabelece que a totalidade das unidades autônomas e das áreas comuns do empreendimento comporão o estabelecimento hoteleiro. Assim, a operação do condomínio-hotel conta que todas as unidades autônomas integrem a exploração da atividade, para o que é fundamental a assinatura do termo de adesão e do contrato em conta de participação. Ademais, para a unidade estar disponível para uso dos hóspedes uma série de medidas preparatórias de constituição do mobiliário e decoração necessitam ser efetivadas.

Imaginemos que o contrato estabeleça que é de responsabilidade do compromissário da unidade arcar com os custos necessários para decorar e mobiliar as unidades autônomas. Caso antes do desembolso de tal quantia ocorresse resilição unilateral imotivada e o incorporador demorasse para efetivar nova venda da unidade devolvida e estivesse com diminuto fluxo de caixa, poderia haver dificuldade de integração da unidade no estabelecimento hoteleiro, prejudicando a operação do condomínio-hotel como um todo. A ausência de disponibilização da totalidade das unidades, além de afetar o planejamento das atividades do hotel, traz prejuízos nos eventuais momentos em que há demanda para a ocupação total do estabelecimento, que deixará de auferir renda com a unidade eventualmente indisponível, prejudicando assim os sócios do empreendimento.

IV.1. Impossibilidade da desistência imotivada.

Assevere-se que há expresso amparo legal para a inclusão de cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade nos compromissos de compra e venda de unidades autônomas na operação de incorporação imobiliária[29], na medida em que a estabilidade contratual é fundamental

[29] Dispõe, por exemplo, o art. 25 da Lei 6766/79 que: "são irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confiram direito real oponível a terceiros". Por seu turno estabelece o art. 32, § 2º da Lei 4591/64 que "Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra".

para garantir segurança jurídica tanto ao adquirente como ao alienante. Elas possuem força cogente, impedindo assim a extinção unilateral do contrato sem motivação.

Portanto, o arrependimento não deveria ser admitido como causa de extinção de compromisso de compra e venda com cláusula de irretratabilidade ou irrevogabilidade. Com efeito, após o pagamento do sinal são restritas as hipóteses de desfazimento do contrato.

Destaco, inicialmente, a resolução do contrato por descumprimento de obrigação de uma das partes. Estabelece o art. 474 do Código Civil que "a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial", estabelecendo, ainda, o art. 475 que "a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

Um bom exemplo é a resolução do contrato em razão de inadimplemento do devedor. Nesta hipótese, pode o credor efetivar a cobrança das parcelas em atraso ou pleitear a resolução do compromisso de compra e venda, efetivando a devolução das parcelas pagas, com a retenção das verbas pactuadas na cláusula penal do contrato. Neste caso, tratando-se de compromisso de compra e venda submetido à incorporação imobiliária normalmente há a necessidade de ser pleiteado judicialmente, caso não haja prévio acordo entre as partes. Assim, é opção da parte lesada a resolução do contrato ou o cumprimento da obrigação em mora. E em qualquer das duas hipóteses terá direito à indenização por perdas e danos, na forma pactuada no contrato.

Há ainda, o distrato ou resilição bilateral[30], em que as partes expressamente concordam com a extinção do contrato, pactuando as consequências, que, inclusive, devem seguir as disposições previamente estipuladas no contrato original. O art. 472 do Código Civil estabelece, a

[30] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26a edição atualizada por AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

propósito, que "o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato", adotando o princípio da simetria das formas[31].

Por isso, por exemplo, é perfeitamente natural e lícito que na hipótese de distrato seja pactuado que uma das partes indenize a outra por ter dado causa ou solicitado o desfazimento do contrato. É o que ocorre, por exemplo, com o distrato motivado por inadimplemento do comprador que preveja retenção de percentual do montante recebido de percentual do montante recebido, bem como das despesas com comissão de corretagem, de administração, publicidade, além de valor decorrente da fruição do imóvel, caso ela tenha ocorrido. Aliás, na hipótese de condomínio-hotel não há propriamente "fruição" da unidade autônoma, na medida em que ela é obrigatoriamente destinada ao estabelecimento, não sendo passível de uso próprio do adquirente. Porém, se o distrato ou a resolução ocorrem após o início das atividades do hotel, é lícito a inclusão de dispositivo contratual prevendo a retenção pelo vendedor do valor equivalente ao montante que foi distribuído ao comprador a título de percentual do lucro obtido com a prestação dos serviços de hospedagem, já que o Código Civil veda o enriquecimento sem causa em seu art. 884.

Já a resilição unilateral[32] desmotivada é incompatível com a cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. Deixa claro o art. 474 do Código Civil que apenas "nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte".

A cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, principalmente se impostas por lei como ocorre no caso de compromisso de compra e venda de unidades autônomas em incorporação imobiliária, é logicamente antagônica com a possibilidade de arrependimento ou desistência imotivada

---

[31] Ver, a propósito: ASSIS, Araken de. Do distrato no novo Código Civil. *Revista CEJ*, p. 58-61, jan./mar. 2004.

[32] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil* vol. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 187. O autor destaca que "a resilição unilateral, é um negócio jurídico unilateral extintivo, que se expressa pela manifestação da vontade de uma das partes, diferentemente do distrato, que é um contrato (e, portanto, um negócio jurídico bilateral), a exigir consenso de ambas para o desfazimento da avença".

de uma das partes. É o caso da lei de incorporação imobiliária, cujo art. 32, § 2º determina serem irretratáveis os compromissos de compra e venda de unidades autônomas, como já destacado.

Por outro lado, o direito de arrependimento é previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor exclusivamente para a hipótese de aquisição fora do estabelecimento empresarial e sete dias após a entrega do produto ou serviço.

Como já demonstrado anteriormente, especialmente no item IV do artigo, não há ensejo à aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso de compra de unidades por investidores em condomínio-hotel. E mesmo que em situações absolutamente excepcionais houvesse tal aplicação, a desistência teria que ocorrer apenas sete dias após a assinatura do contrato.

IV.2. A necessária relativização da Súmula nº 1 do TJSP e da Súmula 543 do STJ

Entendo, assim, que as cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade impedem a resilição unilateral imotivada do contrato como forma de extinção de compromisso de compra e venda de unidades autônomas destinadas a compor o condomínio-hotel.

Porém, como é de conhecimento amplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou a Súmula nº 1, que possui o seguinte teor: "O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem".

Com o devido respeito às posições contrárias, entendo que o teor literal da súmula não infirma a interpretação de que não deveria ser permitida a desistência do compromisso de compra e venda de unidades autônomas em condomínio-hotel que contenham cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade.

Em outras palavras, não me parece adequada a utilização da Súmula nº 01 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para afastar a eficácia de cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade existente nos compromissos de compra e venda de unidades autônomas em condomínio-hotel e consequentemente amparar o entendimento de que o adquirente possui o direito potestativo de imotivadamente extinguir o contrato, ainda que se sujeitando às suas cláusulas penais.

Conforme exposto em itens anteriores do presente artigo, a observância da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade é imposta pela lei de incorporação imobiliária, sendo de particular importância para o desenvolvimento do condomínio-hotel, concebido para ter a totalidade das unidades do imóvel e as respectiva área comum destinadas exclusivamente à atividade hoteleira. Uma eventual desistência de expressivo número de adquirentes acarretaria o risco de várias unidades não integrarem o estabelecimento hoteleiro, dificultando o seu funcionamento, em prejuízo, inclusive, dos demais compradores.

Assim, a extinção do contrato antes do seu término somente pode ser amparada nas formas que não são logicamente incompatíveis com a cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade: distrato ou resolução por descumprimento das obrigações contratuais ou por onerosidade excessiva.

Portanto, entendo a súmula nº 01 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo *não deveria ser aplicada nas hipóteses em que o compromisso de compra e venda possuísse natureza empresarial e* fosse dotado de cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade.

Excepcionalmente, poderia, por exemplo, amparar situações pontuais em que houvesse a demonstração específica de impossibilidade superveniente[33] como, por exemplo, um desemprego ou doença grave que tornasse efetivamente inviável o pagamento das prestações.

---

[33] GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizada por BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p 172.

Porém, o ônus da prova da efetiva impossibilidade de pagar as prestações caberia ao compromissário comprador, com análise minuciosa da demonstração da ocorrência do motivo alegado e submissão às cláusulas penais convencionadas no contrato[34].

Entendo, ainda, que a Súmula 543 do STJ não afasta a conclusão de que não pode o comprador efetivar a resilição imotivada do compromisso de compra e venda de condomínio-hotel. O referido enunciado possui a seguinte redação: "Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento".

Como demonstrado anteriormente, os compromissos de compra e venda de unidades autônomas para a constituição de condomínio-hotel não se submetem ao Código de Defesa do Consumidor, o que afasta, por consequência, a aplicação da Súmula 543 do STJ. Ademais, o verbete utiliza a expressão resolução e não resilição. Portanto, o enunciado não infirma a validade das cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade existentes nos compromissos de compra e venda relacionados com o condomínio-hotel.

Ressalto, por último, a existência de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo interpretando que a cogência da cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade infirma inserta em contrato de natureza empresarial infirma a desistência imotivada ou amparada exclusivamente

---

[34] Disso decorre que não se tolera, por exemplo, que determinado promitente comprador, solvente e que reúna recursos para honrar com o pagamento do saldo devedor, simplesmente desista da execução do contrato e peça a sua resolução, porque o negócio deixou de ser economicamente atraente, em virtude da depreciação do preço de mercado atual do imóvel, em confronto com o preço convencionado no momento da celebração, devidamente atualizado. LOUREIRO, Francisco Eduardo Alguns aspectos dos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras e o Código de Defesa do Consumidor. In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Direito e a Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Editora sine nomine, 2016, p. 14.

no argumento de que não ocorreu o retorno financeiro aguardado pelo comprador. Destaco, a título de exemplo, as ementas de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo a seguir transcritas:

> "RESCISÃO CONTRATUAL Autor que adquiriu salas comerciais como investimento, visando à obtenção de lucro Inexistência de relação de consumo. Narrativa do autor e provas que demonstram que o desfazimento dos negócios, após dois anos na posse e uso dos imóveis, é amparado no arrependimento deste por não ter obtido o retorno esperado, não por modificação em sua situação financeira. Prevalência da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade que vedam o arrependimento da contratação, diante da especificidade deste caso Impossibilidade de se declarar a rescisão judicial dos contratos Ação improcedente[35].

> "Apelação. Compra e venda de imóvel. Pleito de rescisão contratual com restituição de 90% do valor pago. Procedência. Inconformismo. Cabimento. Negócio jurídico celebrado entre empresas atuantes no ramo imobiliário, com intuito lucrativo. Inaplicabilidade do CDC, visto que a compradora não se enquadra no conceito de destinatário final. Análise da lide que deve ocorrer sob o prisma do Código Civil. Ausência de comprovação de quaisquer vícios de consentimento ou posterior desequilíbrio contratual. Impossibilidade de intervenção judicial sem que comprovados motivos para anulação (arts. 156 e 157 do CC), revisão (art. 317 do CC) ou resolução contratual (art. 478 do CC). Princípio do pacta sunt servanda preservado. Sentença reformada. Recurso provido."[36]

Portanto, as decisões acima destacadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deram o adequado valor à cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, reconhecendo a sua importância em contratos de

---

[35] TJSP. Apelação 1021894-87.2015.8.26.0002. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Miguel Brandi. Julgado em 20/09/2017.

[36] TJSP. Apelação 1008505-61.2017.8.26.0100. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Rodolfo Pellizari. Julgado em 01/09/2017.

natureza empresarial, que não são disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor, ensejando assim maior rigor na manutenção das disposições contratuais, em razão do intuito lucrativo que as partes possuem na celebração do contrato, assumindo o risco do negócio não conferir o retorno almejado.

V. CONCLUSÃO.

Os contratos coligados que constituem um condomínio-hotel a partir de incorporação imobiliária possuem natureza empresarial. Assim, o compromisso de compra e venda da unidade autônoma não deve ser analisado isoladamente, mas sim no contexto da operação econômica que viabiliza, ou seja, o desenvolvimento da atividade hoteleira.

A aquisição da unidade autônoma dá-se com a finalidade de proveito econômico, consistente no objetivo de obter renda com as atividades do condomínio-hotel e valorização do preço do imóvel. Portanto, o compromisso de compra e venda não apresenta natureza existencial, enquadrando-se na categoria de contrato de lucro, possuindo, assim, inequívoca natureza empresarial.

Consequentemente, não há ensejo para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tanto em razão da finalidade recíproca de lucro do comprador e do vendedor, como pela circunstância de que a unidade autônoma jamais será destinada a uso próprio ou familiar do adquirente, na medida em que obrigatoriamente irá compor o estabelecimento no qual serão desenvolvidas as atividades de prestação de serviços de hospedagem, executados através de sociedade em conta de participação da qual o adquirente figura como sócio.

A cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade possui uma função de extrema importância para o adequado desenvolvimento da operação econômica viabilizada pelos contratos coligados, já que o condomínio-hotel é destinado exclusivamente ao serviço de hospedagem, sendo essencial que a totalidade das unidades sejam destinadas a compor o estabelecimento hoteleiro para a adequada prestação da atividade econômica envolvida.

Assim, em regra, somente poderia haver a extinção do compromisso de compra e venda antes de cumpridas todas as obrigações das partes nas seguintes hipóteses: 1- por distrato, caso comprador e vendedor acordassem o desfazimento do contrato, estipulando as consequências; 2- por resolução em razão de descumprimento de obrigações contratuais de uma das partes ou por onerosidade excessiva.

Por seu turno, a mera insatisfação ou arrependimento não é causa apta a amparar a pretensão unilateral de extinção do compromisso de compra e venda com cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. O vendedor não pode pleitear a extinção do contrato caso haja valorização do imóvel que lhe permita alienar o imóvel a novo comprador por montante substancialmente superior ao do compromisso original. Da mesma forma, não pode o comprador pleitear a resilição unilateral do contrato com a alegação de que os rendimentos obtidos com o desenvolvimento da atividade hoteleira são inferiores à sua expectativa.

A resilição unilateral pleiteada pelo comprador somente seria excepcionalmente admissível na hipótese de demonstração de sua impossibilidade superveniente em arcar com as prestações, por causas como desemprego ou doença e ausência de patrimônio para fazer frente às despesas. Em tal hipótese, o ônus da prova de demonstrar a impossibilidade superveniente cabe ao adquirente, que se sujeita às consequências estabelecidas no contrato para a resolução por inadimplemento.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil* vol. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ASSIS, Araken de. Do distrato no novo Código Civil. *Revista CEJ*, p. 58-61, jan./mar. 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, n. 34, p. 304-305. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008.

BENJAMIN, António Herman. O Conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais* v. 628, fev./1988, p. 77-86.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2. p. 7-51. São Paulo: Ed. RT, 1992.

DINIZ, Maria H. *Dicionário jurídico universitário***.** São Paulo: Saraiva, 2010.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FORGIONI, Paula. A interpretação nos negócios empresariais no novo Código Civil. *Revista de direito mercantil*, v. 130, 2003, p. 9-38.

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FURTADO, Gabriel. Aspectos jurídicos dos investimentos em condo-hotéis . Disponível em: https://cidadeverde.com/cadernojuridico/93558/aspectos-juridicos-dos-investimentos-em-condo-hoteis-i. Acesso em 03.04.2019.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26a edição atualizada por AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizada por BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos Conexos: grupos e redes de contratos*. Santa fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1998.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOUREIRO, Francisco Eduardo Alguns aspectos dos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras e o Código

de Defesa do Consumidor. In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Direito e a Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Editora sine nomine, 2016, p. 9-26.

LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARINO NETO, José Ernesto. Condo-hotel hoje: responsabilidades, riscos e consequências. *Revista Hotéis*, 03.10.2013. Disponível em: https://www.revistahoteis.com.br/condo-hotel-hoje-responsabilidades-riscos-e-consequencias-artigo-de-jose-ernesto-marino-neto/.

MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso "T" vs. "A": em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor* v. 36, out.-dez. 2000, São Paulo: RT, p. 221-240.

MARQUES. Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2016.

PFEIFFER. Roberto Augusto Castellanos. Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALAESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor: sua abrangência. In: Cadernos ICBC 22: Lei de defesa do consumidor. São Paulo: ICBC, 1991, p. 5-27.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.
Doutor e Mestre pela USP.
Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

CIBERTRABALHO: A ERA DIGITAL E AS RELAÇÕES DE TRABALHO. DESAFIOS PARA UMA COEXISTÊNCIA CONSTITUCIONAL HARMÔNICA

Thiago Leão Nepomuceno

CIBERTRABALHO: A ERA DIGITAL E AS RELAÇÕES DE TRABALHO. DESAFIOS PARA UMA COEXISTÊNCIA CONSTITUCIONAL HARMÔNICA*

CYBER WORK: A DIGITAL ERA AND AS WORK RELATIONSHIPS. CHALLENGES FOR A CONSTITUTIONAL HARMONICS OF COEXISTENCE

Thiago Leão Nepomuceno

RESUMO

O Estado assumiu constitucionalmente o comprometimento de agasalhar o desenvolvimento econômico, essencial a existência da sociedade, e as garantias básicas dos trabalhadores que, por sua vez, são peças fundamentais a estruturação dos fatores de produção que impulsionam o próprio desenvolvimento econômico. Tem-se, assim, um movimento cíclico onde o desenvolvimento econômico depende do trabalhador para se efetivar, sendo que, a lubrificação dessas engrenagens é desafio do próprio Estado, por meio do seu poder regulamentador. Assim, ao ente Estatal cabe a missão de encontrar o meio termo que atenda as necessidades inerentes ao desenvolvimento econômico, e consequente geração de trabalho e sua proteção, com a garantia dos direitos mínimos dos trabalhadores, que não podem ser desrespeitados em nome do pleno desenvolvimento econômico. É assim que ocorre com as mudanças proporcionadas pelo avanço tecnológico, onde o Estado precisa movimentar para localizar o fiel da balança, para que o avanço tecnológico e as inerentes mudanças na forma como as atividades são prestadas não afetem os trabalhadores, ocasionando um eventual descompasso. Em homenagem ao neoconstitucionalismo, a análise da situação proposta precisa partir do prisma

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

Constitucional para o social-trabalhista, com o objetivo de buscar a harmonização dos direitos fundamentais em colisão, valendo-se do método hipotético dedutivo, com inevitável conclusão a respeito da necessidade de concordância prática, de harmonização constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA. CONSTITUCIONALISMO. DIREITOS TRABALHISTAS.

ABSTRACT

The State assumed constitutionally or compromised the economic development, essential to the presence of society and the basic conditions of the workers, who, in turn, are fundamental pieces for the structuring of the factors of production that drive or the economic development itself. There is, therefore, a cyclical movement where economic development depends on the worker to carry it out, and the lubrication of these gears is challenging and challenging by the State itself, through its regulatory power. Thus, the state's status fits into the mission of finding the middle ground that requires the needs inherent to economic development, and the consequent generation of work and its protection, with guarantee of the legal rights of workers, which cannot be disrespected in the name of the economic program. This is how it happens with changes provided by technological advancement, where the State needs to move to locate or maintain the level of balance, for whom technological advancement and how inherent changes the way activities are provided without affecting workers, causing an eventual mismatch. In homage to neoconstitutionalism, an analysis of the proposed situation needs to start from the Constitutional point of view for social-labor, with the objective of seeking a harmonization of fundamental rights in the collision, using the hypothetical deductive method, with inevitable use of improper practical agreement , constitutional harmonization.

KEYWORDS: *TECHNOLOGICAL EVOLUTION. CONSTITUTIONALISM. LABOR RIGHTS.*

1. INTRODUÇÃO

Na maioria das vezes o trabalhador é a parte mais fraca da corda de trança as relações de trabalho, tanto que, o brocardo latino *in dubio pro misero* tornou-se uma verdadeira máxima.

Por isso, há muito já se preocupa com os efeitos que os mais diversos eventos sociais ocasionam nas relações de trabalho, principalmente na parte que diz respeito ao avanço tecnológico e a afetação do trabalhador, esse polo mais fraco da relação.

Tanto que, em estudo sobre a degradação real do trabalho virtual, Antunes e Braga (2009, p. 07) já mencionavam:

> Anunciada por André Gorz no fim dos anos 1970 e desenvolvida teoricamente por importantes sociólogos e filósofos pós-marxistas como Clauc Offe, Jürgen Harbermas e tantos outros, a tese do fim da centralidade do trabalho advogou que o trabalho vivo em sociedades capitalistas avançadas tornara-se residual como fonte de sociabilidade e criação de valor. Dessa forma, a classe trabalhadora também tenderia a ser superada pelos novos estratos sociais oriundos das atividades comunicativas e pelo avanço tecnocientífico.

É a partir desse ponto que a presente análise se desenvolverá, notadamente, no que diz respeito ao grande desafio que Estado enfrenta para traçar as normas mínimas que proporcione uma harmonização entre o avanço tecnológico e os direitos básicos de trabalhadores, partindo do pressuposto que ambos são essenciais ao desenvolvimento social e econômico do país.

Ao Estado é atribuído a missão de zelar pela convivência harmônica dos mais diversos e antagônicos interesses jurídico, sociais, econômicos e culturais. E é nesse antagonismo que reside o grande desafio estatal.

Diante disso, num primeiro momento a necessidade de ressaltar a importância de ambos os direitos constitucionalmente tutelados, quais sejam, desenvolvimento tecnológico e econômico, bem como, direitos básicos dos trabalhadores. Talvez por isso a delicadeza da situação, pois o Estado e a sociedade precisam de ambos para a plena e saudável coexistência social.

Essa necessidade demanda, mesmo que utopicamente, que essas citadas garantias constitucionais caminhem lado a lado de maneira harmônica, sempre com observância da proporcionalidade. Diz-se

utopicamente porque o Estado vem lutando arduamente para localizar e demarcar o fiel da balança entre eles, tamanho seu antagonismo.

Por conta disso, far-se-á uma análise constitucional a respeito da situação dos trabalhadores que materializam os serviços proporcionados pelo desenvolvimento tecnológico, notadamente pela tecnologia das plataformas/aplicativos.

Será necessário analisar a tendência evolutiva e quais caminhos prováveis o Estado percorrerá com o intuito de apresentar a solução.

Para tanto, partirá do pressuposto de que enquanto o desenvolvimento econômico e tecnológico são essenciais ao desenvolvimento da sociedade e do próprio Estado, os direitos dos trabalhadores enquadram-se como direitos humanos fundamentais que não podem ser relegados a segundo plano, sob pena de o Estado causar um verdadeiro descompasso social e não conseguir atingir seu fim precípuo, qual seja, o bem estar-social.

Por fim, apresentará uma proposta de solução parcial e temporária fornecida pelo Direito Constitucional.

2. CIBERTRABALHO. A ERA DIGITAL E A AFETAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.

É fato que o avanço da tecnologia tornou-se irrefreável e afeta profundamente todos os campos básicos da vida e do cotidiano das pessoas, famílias, empresas e governos. Chega a ser clichê afirmar que todos os dias surgem novas tecnológicas que proporcionam facilidades na maneiram como desempenhamos as mais diversas atividades do nosso dia-a-dia.

Estamos vivenciando uma verdadeira era digital, onde o avanço tecnológico proporciona uma indescritível evolução na sociedade em geral, que atingiu tamanho desenvolvimento ao ponto de estarmos experimentando o ápice de uma verdadeira "vida digital", com afetação intensa em todas os setores e as áreas do saber.

Tem-se a impressão que o limite da inovação – evolução – está apenas na imaginação de quem a idealiza, podendo ser qualquer um. A

tecnologia acaba se tornando democrática, por proporcionar que qualquer um contribua para o seu avanço.

Sem dúvida, isso se dá graças ao computador e a internet que estão entre as invenções mais importantes da história moderna, tanto que:

> Assim como a combinação de motores a vapor e de processos mecânicos ajudou a fomentar a Revolução Industrial, a combinação do computador com as redes de distribuição levou à revolução digital que permitiu a qualquer um criar, disseminar e acessar informações a partir de qualquer lugar. (ISAACSON, 2014, p. 5)

Ao lado do computador e internet, talvez na mesma proporção de importância, tem-se os smartphones e seus milhares de aplicativos ou plataformas digitais, que popularizaram o acesso a informação e trouxeram ferramentas que facilitam a execução das mais diversas atividades cotidianas.

Não é exagero afirmar que vivemos o ápice da época da economia dos aplicativos.

De maneira simplista, só para exemplificar, a era digital mudou a forma como nos comunicamos, nos relacionamos social e amorosamente, nos alimentamos, nos locomovemos, realizamos compras, aprendemos etc. Os aplicativos de mensagens, assim como o e-mail, facilitaram de forma quase que banal o modo como nos comunicamos e trocamos conhecimentos, fazendo próximos indivíduos que estão geograficamente distantes. As relações sociais e amorosas são iniciadas e construídas por meio de redes sociais e aplicativos de namoro/relacionamento. Nos alimentamos e nos locomovemos através de aplicativos que ligam a nossa forme ou necessidade de ir do ponto A ao ponto B a outras pessoas que fornecem comida ou transporte, a um custo ridiculamente acessível.

A realização de compras por meio da internet, utilizando como meio de ligação os computadores ou celulares, representam uma grande parcela da movimentação econômica dos países. Qualquer um pode comprar quase qualquer coisa de quase qualquer lugar. Da mesma forma, a tecnológica, por meio das ferramentas de educação a distância, popularizou o acesso ao conhecimento, isto é, trouxe a possibilidade de

realização de diversos cursos, inclusive superiores e de pós-graduação, bem como de idiomas, por meio de plataformas de ensino a distância.

Tamanha gama de serviços via aplicativos demanda uma grande atuação de trabalhadores que, gravitando entre as empresas que operacionalizam os serviços e os usuários, acabam dando vida e concretude a esse fenômeno tecnológico e social.

Sem dúvida, o fraco desempenho da economia e o forte índice de desemprego fizeram com que empresas como o iFood, Uber, Rappi e 99 ganhassem decisivo papel, tornando a principal ou única fonte de sobrevivência de diversos brasileiros, fomentando, ainda mais o avanço da economia dos aplicativos.

> Em um momento de crise econômica e alta do desemprego, os aplicativos de serviços como Uber, iFood, 99 e Rappi atraem desempregados e pessoas que têm dificuldades para se inserir no mercado de trabalho com a perspectiva de obter alguma renda. No mês passado, um estudo do Instituto Locomotiva, publicado pelo jornal O Estado de S.Paulo, apontou que quatro milhões de pessoas trabalham para essas plataformas no Brasil hoje - 17 milhões usam os serviços regularmente. (MACHADO, 2019)

No presente escrito não há espaço para análise do perfil competitivo dessas empresas, que operam de maneira altamente eficiente com o objetivo de reduzir ao máximo os custos e atrair cada vez mais usuários com seus preços atrativos, buscando assim, cada vez mais os serviços desses trabalhadores para ver atendido a demanda empreendida pelos usuários. A discussão aqui centrada diz respeito a relação que se forma entre os operadores dessas plataformas digitais e as próprias plataformas.

É irrefutável que o avanço tecnológico propicia profundas benesses para a sociedade em geral, contudo, possui um prisma não tão positivo, notadamente no que diz respeito aos operadores que materializam e efetivam essas tecnologias, isto é, ao elemento humano, a mão de obra em si, como verdadeiro fator de produção responsável por concretizar e dar vida a essas tecnologias.

Isso acontece porque nos bastidores de toda facilidade tecnológica há a necessidade de incontáveis operadores/trabalhadores que viabilizam a operacionalidade dessas ferramentas tecnológicas, para que possam ser usufruídas por todos.

Não se trata do risco para os postos de trabalho afetados a todo momento pelas novas tecnologias, inclusive com extinção e desaparecimento, está sim a falar dos novos postos de trabalho que as ferramentas tecnológicas criam e dependente para sua concretude e subsistência, demandando um grande esforço por parte do trabalhador que na grande maioria encontra condições de trabalho extremamente inadequadas e que são desprezados por estarem nos "bastidores".

Dando uma amplitude maior a situação, Yuval Noah Harari escreveu no The Guardian sobre o significado da vida em um mundo sem trabalho, ocasião na qual consignou:

> O problema crucial não é criar novos empregos. O problema crucial é a criação de novos empregos que os humanos apresentam melhor desempenho do que os algoritmos. Consequentemente, até 2050, uma nova classe de pessoas poderá surgir – a classe desocupada. Pessoas que não estão apenas desempregadas, mas desempregáveis. [...] O problema real será, então, manter as massas ocupadas e o conteúdo. As pessoas devem se envolver em atividades propositadas, ou ficam loucas. Então, o que a classe desocupada irá fazer o dia todo? (HARARI, 2019)

Imagine-se, por exemplo, os aplicativos de carona e aplicativos de entrega de encomendas, sem os motoristas e sem os entregadores, o sistema simplesmente não funcionaria, por isso, as tecnologias afetam direta ou indiretamente não só a vida da sociedade como um todo, mas também, a vida desses profissionais que, através de uma relação de trabalho, viabilizam de maneira relevante o sucesso – ou fracasso – dessas tecnologias.

Com base nisso vem percebendo que o avanço tecnológico, por meio da tecnologia de aplicativos que busca um acirrado potencial competitivo com redução máxima de custo dos serviços, está acarretando relevantes alterações na relação de trabalho existente entre esses

trabalhadores e essas novas ferramentas tecnológicas, gerando, de certa forma, imensuráveis percas aos trabalhadores que, modernamente, tem sido nomeados de **cibertrabalhadores**.

São prejuízos ligados a exigência ou prática espontânea de longas jornadas de trabalho, desrespeito ao direito a desconexão do trabalho, horas de trabalho efetivamente trabalhadas, sem margem para absenteísmo, etc.

Demonstrando o que aqui se alega, a BBC News Brasil, analisando situações reais registrou, em relevantes reportagens, que:

> Por volta das 6h, Rafaela Machado, 32, se despede das duas filhas e abre a porta da casa ainda em construção no bairro de Guaianases, periferia da zona leste paulistana.
>
> Seu marido, Elisangelo Sena, 35, aguarda do lado de fora do carro. Os dois se cumprimentam: "Oi, como estão as coisas? Tudo certo, beijo, tchau, manda mensagem". Ele passa a chave do veículo para ela, colocando fim em uma jornada e iniciando a outra.
>
> Rafaela e Elisangelo formam uma família de motoristas de aplicativos de transporte. Todos os dias, eles dividem um carro alugado para fazer duas jornadas diárias em sequência — 12 horas para cada um.
>
> Ela começa no horário de pico da manhã, quando milhões de paulistanos se deslocam ao trabalho. Dezenas de viagens depois, Rafaela volta para casa por volta das 18h.
>
> Encontra Elisangelo na garagem e passa a chave do carro para ele, repetindo a cena de horas antes. E começa tudo de novo, dessa vez com ele ao volante.
>
> Entre os motoristas ouvidos pela reportagem, há um consenso de que as longas jornadas em sequência prejudicaram as relações familiares.
>
> Rafaela, por exemplo, conta que conviveu pouco com o marido no último um ano. "Parece que a gente vive em países diferentes, tipo namoro à distância", diz. Elisangelo concorda: "Só nos vemos na garagem. É assim: 'oi, como estão as coisas?, tudo certo, beijo,

> tchau'. A gente conversa pelo WhatsApp, não temos lazer, não saímos mais no fim de semana", afirma. (MACHADO, 2019, B)
>
> Já o entregador que usa bicicleta, por sua vez, vive uma espécie de paradoxo: por mais que a tecnologia faça a roda do delivery girar, o trabalho dele depende essencialmente da força física. Quanto mais ele pedalar, quanto mais quilômetros percorrer pela cidade, maior será sua remuneração.
>
> Por isso, os ciclistas ouvidos pela reportagem relataram fazer jornadas de mais de 12 horas diárias, trabalhar muitas vezes sem folgas e até dormir na rua para emendar um horário de pico no outro, sem voltar para casa.
>
> Em média, eles conseguem uma renda mensal de R$ 2 mil, segundo relatos. As empresas não revelam dados sobre o perfil de seus colaboradores, mas, em uma semana de conversas, a reportagem constatou que grande parte pertence às classes mais baixas, mora em bairros periféricos e tem dificuldade para conseguir empregos no mercado formal.
>
> Um deles é Carlos Henrique Lima, de 18 anos, de Cotia, cidade da Grande São Paulo. Todos os dias, ele pedala os 30 km que separam sua casa do bairro de Pinheiros. "Isso é só na ida, parça", afirma. Contando ida, volta e entregas, ele percorre por volta de 80 km diários, diz.
>
> Sai de casa às 9h, pedalando pela rodovia Raposo Tavares até chegar à capital, às 10h30. Como a maioria, ele não usa - e as empresas não fornecem - equipamentos de segurança, como capacetes.
>
> Depois, Carlos participa de um programa do iFood conhecido como "OL" - os entregadores chamam de "onda". Das 11h às 13h, ele trabalha para apenas um restaurante. Ganha R$ 20 por esse período e mais R$ 1,50 por refeição entregue. Também recebe uma marmita para almoçar. (MACHADO, 2019)

Por conta disso é consenso que as relações de trabalho estão cada vez mais afetadas pela tecnologia, ora extinguindo postos de emprego, ora criando novos postos de emprego, ora mudando, profundamente, a maneira como a prestação do trabalho é desempenhada. Está é, sem dúvida, uma

das principais afetações que a era digital traz para as relações de trabalho. Até mesmo porque, quem faz a tecnologia girar e ser concretizada são os cibertrabalhadores.

A mesma reportagem aponta que:

> Para a pós-doutoranda Ludmila Costhek Abilio, pesquisadora do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da Unicamp, a chamada "uberização" é uma tendência no mercado de trabalho. "Esse processo é de informalização, que vem tirando as garantias e proteções. Agora, é o trabalhador quem entra com os meios de produção, além de arcar com os custos e com os riscos da atividade", explica.
>
> "Supostamente, a pessoa trabalha onde e quando quer, mas a verdade é que ela está trabalhando cada vez mais. O que estamos estudando é como esses trabalhadores estão subordinados aos algoritimos, às regras de cobrança, às comissões e às metas de produtividade. Não me parece que as escolhas sejam tão amplas assim", diz Costhek Abilio. (MACHADO, 2019)

Nítido, assim, que o discurso acerca dos efeitos do avanço tecnológico sobre o trabalhador acaba sendo relegado a segundo plano, tudo em nome do desenvolvimento econômico proporcionado pela evolução da tecnologia. Por isso, cada vez mais se demanda uma postura de posicionamento do Poder Público.

3. TENDÊNCIA EVOLUTIVA. RELAÇÃO DE EMPREGO OU TRABALHO AUTÔNOMO?

Tradicionalmente, as relações de trabalho estão estruturadas através de um centro de análise ligada a subordinação no sentido de que, quanto mais subordinação ao tomador dos serviços possui o prestador, mais próximo estará de uma relação emprego, ao passo que, quanto menos subordinação possuir, mais próximo se estará do trabalho autônomo.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 35) pondera que:

> Existem, do ponto de vista clássico, dois tipos principais de trabalho humano: o prestado por conta própria e o prestado por conta

> alheia. Há quem prefira falar em trabalho autônomo e trabalho subordinado. Surgem, no entanto, novas formas de trabalho que se situam em zonas intermediárias entre o subordinado e o autônomo, como trabalho parassubordinado. (Leite, 2019, p. 35)

Assim, diante da ausência de disposição normativa específica, qual a tendência de solução que o futuro reserva? Reconhecer o vínculo de emprego dos cibertrabalhadores com as plataformas ou afirmar tratar-se de trabalho autônomo?

Eis aqui o grande foco da recente discussão a respeito da afetação do avanço tecnológico nas relações de trabalho, isto é, como enquadrar o cibertrabalhador nessas categorias delimitadoras, como trabalhador autônomo ou como empregado?

Mesmo com o caráter multidimensional da subordinação, em verdade, tem-se percebido que o modelo atual de delimitação das relações de trabalho não é adequado a definição de encaixe dos cibertralhadores.

Como individualizar, nos moldes tradicionais de definição, uma situação fático-trabalhista moderna e característica da era digital, segundo a qual, clientes interessados comparecem a internet em busca de uma plataforma que preste um serviço demandado, por meio um trabalhador parceiro, um cibertrabalhador.

Evidentemente, há a necessidade de alocação de uma definição moderna, que só pode ocorrer com a movimentação estatal, do ponto de vista do legislativo, para que seja instituído os parâmetros básicos de definição e delimitação dessa intrincada relação de trabalho tecnológica.

Apesar disso, até o momento, a tendência está inclinando a consideração do trabalho prestado pelos cibertrabalhadores como autônomos, inclusive decisão da 37ª Vara do Trabalho de São Paulo, julgou improcedente a ação civil pública de n. 1000100-78.2019.5.02.0037 que objetivava o reconhecimento de vínculo empregatício entre o iFood e os entregadores que usam a plataforma.

Da mesma forma, o julgando o primeiro Recurso de Revista sobre o tema, RR-1000123.89.2017.5.02.0038, a Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho afastou o reconhecimento do vínculo de emprego

entre o Uber e um motorista. Na sessão, o ministro Douglas de Alencar, presidente da quinta turma, ponderou que:

> não é possível tentar enquadrar essa nova realidade de emprego nos conceitos clássicos de empregado e empregador previstos nos artigos 2º e 3º da CLT. No entanto, a seu ver, isso não significa que esses trabalhadores não devam merecer algum tipo de proteção social. "É preciso que haja uma inovação legislativa urgente", concluiu.

Analisando prospectivamente o que se pode esperar do futuro Geogenor de Souza Franco Filho (2019, p. 62), ressalta que:

> Com efeito, com a modernização flagrante das relações de trabalho, a precarização do emprego, e a busca por melhores condições de vida, poderá ensejar a existência do chamado *Crowdsourcing* ou *Crowdwork*, caracteristicamente trabalho autônomo, aliado ao *word-on-demand*, fruto dessa *GIG Economy* que domina o mundo e dominará ainda mais futuramente.

Vê-se, pois, que há uma gritante carência de delimitação normativa. Enquanto isso, diante de muitos entendimentos antagônicos, cabe aos Tribunais e a mais balizada doutrina a árdua missão de agasalhar os interesses gerais que garantam o desenvolvimento econômico e a preservação da qualidade do trabalho dos cibertrabalhadores, sob pena de se gerar um verdadeiro descompasso social.

A subordinação permite um multiverso de olhares, nessa senda, assim como a parasubordinação[1] e subordinação estrutural[2] foram criadas

---

[1] É uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado. (NASCIMENTO, 2008, p. 460)

[2] Se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado a dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços. (DELGADO, 2016, p. 314)

e estruturadas pela doutrina e jurisprudência pátria, talvez fosse o caso do desenvolvimento de uma nova modalidade de subordinação capaz de harmonizar os interesses de todos os envolvidos.

Portanto, os modernos conflitos e inseguranças experimentadas atualmente ocorrem pelo fato de que as concepções tradicionais de trabalho subordinado (com todas suas vertentes) ou autônomo não são capazes de trazer solução a situação dos cibertrabalhadores e dos tomadores, tem-se a necessidade de estruturação teórica (doutrinária) prática (legislativa e jurisprudencial) de uma nova modalidade de subordinação, uma subordinação tecnológica/digital/virtual.

O impacto social-trabalhista proporcionado pelo avanço tecnológico, e aqui se refere especificamente a econômica de aplicativos, precisa ser urgentemente enfrentado e regulamentado pelo Estado, sob pena da ocorrência de graves prejuízos a sociedade, a economia e aos trabalhadores.

4. O DIREITO AO TRABALHO DIGNO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Seja qual for o posicionamento que será consolidado, assim como, independentemente da modalidade de trabalho, devemos trata-lo como um verdadeiro direito humano essencial a dignidade da pessoa humana.

Do ponto de vista macro, vários instrumentos internacionais levam a objetiva percepção de que o trabalho é considerado um direito inerente a humanidade, um verdadeiro direito humano. Nesse sentido, o art. 23[3] da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10.12.1948). Também, o art.

[3] 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

14[4] da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Assim como, o art. 6º, itens 1 e 2[5] do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

O reconhecimento internacional da importância do trabalho evidencia, sem a menor sombra de dúvidas, de que o trabalho é um verdadeiro direito humano.

No Brasil, o trabalho é um dos principais pilares que estruturam o desenvolvimento do nosso Estado Democrático de Direito, tanto que, logo da primeira disposição Constitucional, contida no art. 1º, IV, extrai-se que o trabalho, como verdadeiro valor social, é um fundamento da República que também é tido como princípio fundamental, em virtude da sua localização topográfica na Constituição (Título I).

Rúbia Zanotelli Alvarenga (2009, p. 140) expõe que:

> Os Direitos Humanos Sociais do Trabalhador foram entronizados na Constituição Federal de 1988 para receberem o status de direitos essenciais do homem, ligados à vida digna por intermédio do exercício do trabalho, por estarem intrinsecamente relacionados com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no Direito do Trabalho brasileiro.

Vê-se, portanto, que o trabalho se compõe como importante corolário de concretude da dignidade da pessoa humana, por isso, é

---

[4] Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

[5] 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. 2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

necessário que seja desenvolvido de forma decente que proporcione ao indivíduo a dignificação de sua humanidade.

Por conta dessa relevância transcendental, modernamente, o trabalho tem sido considerado concomitantemente um direito humano e fundamental, isto é:

> O direito do trabalho, além de direito humano, é também direito fundamental, mormente o nosso sistema jurídico, porquanto positivado na Constituição Federal, sendo, portanto, tutelado pelo direito constitucional, ora como princípio (e valor) fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II, III e IV); ora como direito social (CF, arts. 6º e 7º); ora como valor fundante da ordem econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca pelo pleno emprego (CF, arts. 170, VIII). (LEITE, 2019, p. 41)

Se o trabalho assume toda essa conotação de importância atrelada a dignidade da pessoa humana, como conceber a afetação do trabalho gerada pelo avanço da tecnologia, sem um posicionamento estatal a altura? Notadamente em um Estado que elevou o trabalho a um dos pilares que lhe dá sustentáculo e que assumiu o compromisso de proteger o trabalhador, haveria a necessidade de uma atuação mais enérgica, com o fito de traçar os principais parâmetros que agasalhassem os interesses de todos.

Dignificando o trabalho como valor essencial ao desenvolvimento humano, Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 41), pontua:

> É preciso esclarecer, desde logo, que não é qualquer trabalho que deve ser considerado um direito humano e fundamental, mas apenas o trabalho que realmente dignifique a pessoa humana. Fala-se, assim, em direito ao trabalho digno ou ao trabalho decente como valor fundante de um ordenamento jurídico, político, econômico e social.

Percebe-se assim, que o trabalho, como verdadeiro direito humano fundamental, deve ser aquele trabalho decente e digno e a grande questão

a ser debatida é se o trabalho estruturado pela tecnologia dos aplicativos, prestado pelos cibertrabalhadores, é um trabalho decente ao ponto de dignificar a pessoa humana.

Não se pode associar a decência do trabalho prestado pelos cibertrabalhadores ao reconhecimento da relação de emprego, assim como, a indecência ao reconhecimento do trabalho como autônomo.

A discussão é mais complexa está centrada na forma atual como está ocorrendo a relação dos aplicativos com os trabalhadores e a inércia normativa que acaba, muitas vezes, ferindo a dignidade do trabalhador por submetê-lo a condições de trabalho que não amoldam aos direitos humanos e a obrigatoriedade de o trabalho ser decente.

É necessário partir da premissa que a preservação de direitos básicos não pode ocorrer a qualquer custo, refrear a inovação tecnológica, bem como o desenvolvimento econômico, da mesma forma, que os direitos básicos dos trabalhadores também não podem ser drasticamente reduzidos em nome do avanço tecnológico que cunham novas formas de monetarização das relações.

5. DESAFIOS PARA UMA COEXISTÊNCIA CONSTITUCIONAL HARMÔNICA ENTRE OS DIREITOS TRABALHISTAS MÍNIMOS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO PROPORCIONADO PELO AVANÇO TECNOLÓGICO

O Estado atraiu para si o árduo papel de agasalhar harmonicamente vários valores e bens que, naturalmente, em algum momento conflitam entre si. Devidos aos inúmeros traumas sociais, políticos, econômicos etc., a CF/88, quanto a sua extensão, acabou assumindo uma postura prolixa (analítica), abarcando em seu bojo, os mais variados temas.

Nesse contexto, o art. 170 da Carta Magna, institui que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", continuamente, o mesmo dispositivo consagra em seu parágrafo único que "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

Tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada, em 20 de setembro de 2019, houve o advento da Lei 13.874 que, dentre outras coisas, dentre outras coisas, institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado.

Na outra ponta, o Texto Constitucional também estabelece no art. 7º, XXVII que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: a proteção em face da automação, na forma da lei."

Evidentemente uma norma constitucional de eficácia limitada que carece de instrumento normativo que lhe garanta plena efetividade e que lhe atribua uma ampla aplicabilidade social.

Nessa senda, extensivamente, podemos atribuir uma interpretação elástica a essa disposição constitucional (art. 7º, XXVII), com o objetivo de concluir que o Estado deve proteger os direitos dos trabalhadores não só contra a automação efetiva, mas sim, contra todo o avanço tecnológico nefasto que de alguma forma ameace ou atinja os direitos básicos dos trabalhadores.

Diante disso, percebe-se, ao menos indiretamente, que no campo da proteção constitucional, assim como, na seara social, a visualização de um aparente conflito entre o desenvolvimento econômico encampado pelo avanço tecnológico da economia de plataforma, com a necessidade de respeito aos direitos mínimos desses trabalhadores, quais sejam, os cibertrabalhadores.

A solução desse aparente conflito necessita ser bem administrada pelo Estado porque, na mesma proporção de vozes que afirmam que a economia dos aplicativos degrada as relações de trabalho, também se levantam vozes que ressaltam a importância dessa ferramenta em virtude das novas formas de trabalho que cria, por exemplo:

> Outros motoristas elogiaram o setor como uma espécie de "salvador da pátria", mesmo que também apontem problemas. Isso porque eles encaram a atividade como uma renda certa em momentos de dificuldade financeira. Ou seja, se você tem acesso a um carro e internet, basta colocá-lo para rodar, ligar o celular e as corridas vão aparecer.

> "Graças a Deus que eles existem e que tenho esse trabalho. Cinco anos atrás, o que uma família desempregada como a minha faria? A gente não teria nada. Hoje, pelo menos o básico eu tenho graças ao Uber. Nós temos de agradecer", diz Daniane, que continua fazendo entrevistas em sua área original.
>
> Seu filho Eduardo concorda: "O ponto positivo é que você consegue ter uma renda se estiver desempregado", diz. (MACHADO, 2019, B)

Hodiernamente a sociedade e seus integrantes se deparam com novas ferramentas tecnológicas que proporcionam incontáveis facilidades e benefícios para todos, por exemplo, conexões ultrarrápidas a *internet*, aplicativos que permitem a comunicação instantânea com qualquer pessoa do globo, variadas redes sociais, aplicativos que facilitam a vida financeira, robôs investidores, inteligência artificial, serviços de atendimento ao cliente com base em programas autônomos, aplicativos de transporte de pessoas, aplicativos de entrega de encomendas, etc.

É inegável que o Estado, através da sua função legislativa e regulamentar, não acompanha com a celeridade e eficiência necessária o avanço que a tecnologia traz, causando, na maioria das vezes, uma série de lacunas legislativas – anomias – que geram um descompasso entre as realidades e acabam por causar um limbo para a sociedade, repleto de insegurança jurídica.

Foi justamente esse fator ligado a dificuldade de o Estado acompanhar as mutações tecnológicas e os imensos avanços ocasionados para, consequentemente, promover adequadas políticas e medidas de regulamentação, controle e combate as arbitrariedades promovidas pelo avanço tecnológico inconsequente, que faz despontar cada vez um aparente conflito entre bens juridicamente tutelados.

Como visto acima, *verbi gratia*, a mídia já relata casos de motorista de aplicativos que estão laborando 12 horas diárias consecutivas, de segunda a segunda, para que possam obter um número de passageiros e corridas mínimas capazes de cobrir as despesas próprias decorrentes da operação e gerar algum tipo de lucro com o intuito de promover o seu sustento e de sua família.

A constância de tamanha carga horária de trabalho proporciona uma profunda afetação a saúde e ao ritmo circadiano do trabalhador, que inevitavelmente se tornará uma pessoa enferma incapaz de continuar sendo um membro útil da sociedade e demandará o amparo do Estado, por intermédio do Sistema de Saúde e gozando benefícios previdenciários ou sociais (nesse último caso dificilmente terá acesso, pois, não se trata de contribuinte obrigatório, como os empregados).

Por conta disso, o Estado necessita assumir uma postura mais ativa promovendo uma adequada regulamentação para proporcionar uma coexistência de ambos os interesses.

> A opinião doutrinária dominante no Brasil sustenta que o princípio de proteção proporciona ao trabalhador subordinado um nível de civilização invejável. É à proteção dispensada pelo próprio direito do trabalho ao empregado que se deve o nível de civilização em que se encontra o trabalhador brasileiro.
>
> Sem a proteção, o empregado estaria na rua da amargura. Por ser protegido pelo direito do trabalho, o trabalhador brasileiro pode gabar-se de ostentar um nível de civilização incomparável, se confrontado com o nível civilizatório alcançado pelos trabalhadores de outras nacionalidades.
>
> Realmente: é a proteção outorgada pelo direito do trabalho que concede ao empregado os benefícios aptos a garantir-lhe o nível de civilização que desfruta. Sem proteção, o nível de civilização em que se encontram os trabalhadores de inúmeras nacionalidades é, certamente, muito baixo, senão nulo. (ROMITA, 2015, p. 51)

O prognóstico é a ampliação irrefreável da economia de plataforma, pois, cada vez mais fornecedor e cliente se encontram mutuamente na internet e esses fornecedores, através do modelo de trabalho conhecido como *crowdworking*, demandarão e oferecerão trabalho a membros previamente cadastrados, impondo, as condições que lhes forem convenientes e adequadas.

Como visto, as relações de trabalho modernamente existentes são tuteladas pelo Direito do Trabalho, notadamente reconhecido como um

legítimo Direito Humano essencial ao desenvolvimento pessoal e social, tanto que a Constituição Federal, já no seu art. 1º, eleva os valores social do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Isso se dá graças ao reconhecimento do Direito do Trabalho como legítimo Direito Humano, merecendo toda sorte de tutela, inclusive:

> Não é só com embasamento jusfilosófico ou doutrinário que se defende que o Direito do Trabalho é um legítimo Direito Humano; vários instrumentos internacionais ajudam a corroborar este entendimento. Para demonstrar isso, traz-se ao pálio em questão, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que assevera em seu artigo XXIII que: 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, a livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. (NEPOMUCENO, 2015, p. 144)

Com isso, por expressa disposição Constitucional deve o Estado, como *summa potestas*, valer-se de seu poder soberano para proteger o trabalhador, e consequentemente a sociedade, dos avanços nefastos que a tecnologia pode acarretar.

Por essa razão, no advento da Constituição Federal em 1988, já havia a preocupação que a interferência maléfica da tecnologia poderia ocasionar nas relações de trabalho, estabelecendo, já naquela época, que a proteção contra autonomia seria um direito de todos os trabalhadores (art. 7º, XXVII, CF). Proteção essa que deve ser aplicada de maneira elástica para abarcar qualquer modalidade de ingerência tecnológica que traga prejuízo ao trabalhador, e não apenas a automação propriamente dita.

Alie-se a isso o fato de o Estado ser "um dos meios pelos quais o homem realiza o seu aperfeiçoamento físico, moral e intelectual, e isso é que justifica a existência do Estado." (AZAMBUJA, 2005, p. 122). Tem o Estado, portanto, a finalidade precípua de fomentar o bem público, assim, o fim do Estado é realizar para seus integrantes uma vida melhor.

Com isso, mesclando o Direito do Trabalho com a necessidade de o Estado alcançar o seu fim precípuo – bem público –, o Ente Soberano

deve fomentar, intervir, regulamentar e promover o adequado exercício e desenvolvimento das relações de trabalho, principalmente no que diz respeito a proteção contra os efeitos indesejados que o avanço tecnológico acarreta, sob pena de não haver o atingimento de suas metas, destinadas a proporcionar uma vida melhor a seus integrantes, que constituem elemento subjetivo de sua formação e existência.

Nesse sentido é que está instalado o verdadeiro desafio, pois, a revolução tecnológica experimentada nos últimos anos proporciona, de um lado, profundas alterações nas mais diversas áreas, trazendo inegáveis avanços, incontáveis vantagens e facilidades, porém, de outra banda, ocasiona uma interferência negativa nas mais variadas relações sociais e jurídicas, atingindo em cheio as relações de trabalho.

Desse modo, o Estado tem o desafiador papel de evitar que esse tipo de prejuízo aos trabalhadores alcance patamares alarmantes, capazes de evidenciar a grande degradação direta aos operadores dessas plataformas tecnológicas e indiretamente a sociedade.

A grande incógnita consiste no que fazer para agasalhar as duas situações (desenvolvimento econômico *versus* proteção contra automação) que o Estado se comprometeu a tutelar e possibilitar uma coexistência harmônica, partindo do pressuposto de que são situações interdependentes.

Quando se trata da econômica de plataforma, momentaneamente os discursos se limitam a fomentar o reconhecimento do trabalho autônomo, privilegiando o desenvolvimento econômico, ou o reconhecimento da relação de emprego, beneficiando o trabalhador.

Apesar da ausência de consenso, sem dúvida precisa o Estado intervir rapidamente, por intermédio de políticas públicas, para minimizar os efeitos negativos que as ferramentas de tecnológica podem ocasionar na relação de trabalho.

Enquanto o Estado-Legislador não se movimenta, uma proposta de solução seria a análise da situação conflitante com base na **proporcionalidade**, assim como, na efetiva aplicação da **concordância prática ou harmonização** que, como propagado pelos constitucionalistas,

enseja a conciliação dos bens que estão em conflito. Sobre isso, Dirley da Cunha Junior (2018, p. 199) leciona que:

> O princípio da concordância prática ou harmonização serve a esse propósito, pois impõe ao interprete a coordenação e harmonização dos bens jurídicos-constitucionais em conflito, de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.
>
> Este princípio decorre do princípio da unidade da Constituição e tem sido invocado largamente para resolver colisões entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos. O que fundamenta este princípio é a ideia de que todos os bens jurídicos-constitucionais ostentam igual valor, situação que impede a negação de um em face do outro ou vice-versa e impõe limites e condicionamentos recíprocos de modo a alcançar uma harmonização ou concordância prática entre eles, através de uma ponderação dos interesses em jogo à luz do caso concreto.

Importante registrar que a força normativo-imperativa dos princípios já é conhecida e plenamente aceita. É tanto que, Celso Antônio Bandeira de Melo, em clássica passagem (Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p .451.), consignou que os princípios é "mandamento nuclear de um sistema".

Por isso, é necessário ponderar as disposições constitucionais que propagam ser "direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: proteção em face da automação, na forma da lei" (art. 7º, XXVII) e pregam que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", bem como, "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei." (Art. 170, *caput* e parágrafo único).

6. CONCLUSÃO

Restou evidente que a situação do cibertrabalhador assume contornos dramáticos diante da ausência de manifestação e imposição

normativa estatal sobre o tema. Teme-se que quando o Estado movimentar-se para decidir sobre o assunto, seja tarde demais e nefastos efeitos tenham atingido a sociedade.

Assim, para que isso não ocorrer, atualmente cabe aos operadores do direto e ao Poder Judiciário em geral, diante da anomia normativa, apontar as soluções mais adequadas e proporcionais, harmonizado constitucionalmente os interesses que se contrapõem.

Nessa senda, a única solução que consegue visualizar, através de uma análise limitada pelos seus próprios fundamentos peculiares, é a que centra na aplicação principiológica sobre o tema, com o objetivo de se agasalhar os interesses conflitantes enquanto aguardamos a atuação do Estado no sentido de normatizar a situação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos.* São Paulo: LTr, 2009.

ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (org.). *Infoproletários - Degradação Real do Trabalho Virtual.* São Paulo: Boitempo, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado.* 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curo de Direito Constitucional.* 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Uberização e Trabalho Autonomo.* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. vol. 52, n. 103, jul./dez. 2019. Belém: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, 2019.

HARARI, Yuval Noah. *O significado da vida em um mundo sem trabalho*. The Guardian. Disponível em: https://www.pensarcontemporaneo.com/yuval-noah-harari-uma-nova-classe-de-pessoas-deve-surgir-ate-2050-a-dos-inuteis/?fbclid=IwAR0NrqKpLcIghUuJY04pRamjlxh HlAK0xeQY6pkC1_MG811N9l6TB9AW8Q8. Acesso em 29 jan. 2020.

ISAACSON, Walter. *Os Inovadores: Uma Biografia da Revolução Digital.* São Paulo: companhia das letras, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A Uber e o Direito do Trabalho.* O Globo. 01 fev. 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-uber-o-direito-do-trabalho-23418490. Acesso em: 17 jan. 2020.

MACHADO, Leandro (A). *Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos.* 22 mai. 2019. BBC News Brasil. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340?xtor=AL-73-%5Bpartner%5D-%5Bmicro soft%5D-%5Blink%5D-%5Bbrazil%5D-%5Bbizdev%5D-%5Bisapi%5D. acesso em 29 jan. 2020.

_____(B). '*Só nos vemos na garagem': as famílias que dividem o carro para trabalhar 24h por dia em apps de transporte.* 25 nov. 2019. BBC News Brasil. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50383388. acesso em 29 jan. 2020.

TST. *Uber: Quinta Turma afasta reconhecimento de vínculo de emprego de motorista.* Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content /id/25103977. Acesso em 05 de fev. 2020.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEPOMUCENO, Thiago Luann Leão**.** *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: É possível levar uma ofensa ao Direito do Trabalho à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. n. 47, jul./dez. 2015. Campinas. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015.

OLIVEIRA, Med Brazão de. *O STJ, o Uber e a relação de trabalho no Brasil.* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5916, 12 set. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/76464. Acesso em: 17 jan. 2020.

ROMITA, Arion Sayão. *Proteção e Nível de Civilização.* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. vol. 48, n. 95, jul./dez. 2015. Belém: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, 2015.

SANTOS, RAFA. *Decisão acende debate sobre vínculo trabalhista na economia de aplicativos.* CONJUR. 28 jan. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/decisao-acende-debate-vinculo-economia-aplicativos. Acesso em 29 jan. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Thiago Leão Nepomuceno
Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO).
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Goiás (Uni-Anhanguera).
Professor de Direito Constitucional.
Advogado.

DOGMÁTICA JURÍDICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS JUS-EPISTEMOLÓGICOS E POLÍTICO-IDEOLÓGICOS NA EXECUÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTATAL

Thiago Pires Oliveira

DOGMÁTICA JURÍDICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS JUS-EPISTEMOLÓGICOS E POLÍTICO-IDEOLÓGICOS NA EXECUÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTATAL[1] *

LEGAL DOGMATICS OF PUBLIC POLICIES: POLITICAL-IDEOLOGICAL AND EPISTEMOLOGICAL ASPECTS OF STATE PLANNING

Thiago Pires Oliveira

RESUMO

Este ensaio pretende, por meio de uma análise crítica da dogmática jurídica aplicável às políticas públicas, apresentar uma proposição de metodologia jurídica visando delimitar os fatores político-ideológico dos governantes durante a execução de uma política pública concebida em um contexto de planejamento estatal. Assim, enfrentando questões de ordem epistemológica, axiológica e teleológica, esta proposição teórica possui a intenção de refletir sobre o papel do direito no planejamento estatal e problematizar sobre a estabilidade das políticas públicas que buscam atender aos fins do Estado. Com este propósito, serão expostas as premissas conceituais adotadas neste ensaio, em seguida, será realizada uma investigação de ordem epistemológica para identificar a função do direito na administração pública, oportunidade em que o direito será

---

[1] Este artigo é resultado de pesquisa acadêmica desenvolvida no âmbito da disciplina "Direito e políticas públicas: método e aplicações" (DES 5892), ministrada pela professora doutora Maria Paula Dallari Bucci, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

*Artigo recebido em março/2020 e aprovado em julho/2020.

investigado como uma tecnologia representada pela dogmática jurídica, e, por fim, será efetuada uma problematização sobre a arquitetura jurídica das políticas públicas à luz do pensamento de William H. Clune.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PÚBLICO. POLÍTICAS PÚBLICAS. DOGMÁTICA JURÍDICA. IDEOLOGIA.

ABSTRACT

This essay intends, by means of a critical analysis of the legal dogmatics applicable to public policies, to present a proposition of legal methodology aiming to delimit the political-ideological factors of the rulers during the execution of a public policy conceived in a context of state planning. Thus, facing epistemological, axiological and teleological issues, this theoretical proposition is intended to reflect on the role of law in state planning and to question the stability of public policies that seek to achieve the ends of the State. For this purpose, the conceptual premises adopted in this essay will be exposed, then an epistemological investigation will be carried out to identify the role of law in public administration, an opportunity in which law will be investigated as a technology represented by legal dogmatics, and, finally, it will think over the contribution of the thought of William H. Clune to legal architecture of public policies.

KEYWORDS: *PUBLIC LAW. PUBLIC POLICIES. LEGAL DOGMATICS. IDEOLOGY.*

1. INTRODUÇÃO:

A crítica à dogmática jurídica[2] é uma constante no mundo dos juristas. O direito positivo e o próprio saber dogmático detém o privilégio

[2] Neste trabalho, adota-se o conceito de Tércio S. Ferraz Jr., segundo o qual a dogmática jurídica é compreendida como "um corpo de doutrinas, de teorias que têm sua função básica em um '*docere*' (ensinar)" (FERRAZ JUNIOR, 2006, p. 108), sendo esse corpo teórico caracterizado como um pensamento tecnológico voltado para a decidibilidade de conflitos (FERRAZ JUNIOR, 2006, p. 107-108). Nesse mesmo sentido, afirma o referido autor: "Ao envolver uma questão de decidibilidade, a Dogmática Jurídica manifesta-se como um pensamento tecnológico. Este possui algumas características do pensamento científico *stricto sensu*, na medida em que parte das mesmas premissas que este. No entanto, seus problemas têm uma relevância prática – possibilitar decisões –, o que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia fixa seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos" (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 87).

de serem objetos de crítica não apenas em círculos sociais metajurídicos[3], como também nos próprios meios acadêmicos especializados, de modo que esse discurso se encontra incorporado até mesmo pelo "senso comum teórico dos juristas"[4], ainda que esta seja efetuada em uma dimensão superficial vinculada a determinados referenciais ideológicos[5].

A compreensão de uma dogmática jurídica das políticas públicas não se restringe à amálgama de um conjunto de textos normativos que regulam as referidas políticas e com o respectivo saber dogmático, posto em um plano acessório. Ela implica em diversas reflexões, as quais são imprescindíveis para o entendimento do saber jurídico envolvido e a concomitante aplicação do citado arcabouço normativo na realidade factual.

O raciocínio estruturante a que alude o parágrafo anterior está assentado no enfrentamento de problemas de viés epistemológico na seara

---

[3] Historicamente, isso pode ser observado, em relação ao direito positivo, no discurso sofocliano imanente na revolta de Antígona à *Νόμος* [transl. *nomos*] do rei Creonte de Tebas que interditava o enterro de seu irmão Polinices (SOFOCLE, 1996) ou, então, no discurso shakespeariano evidenciado nas peripécias hermenêuticas desenvolvidas por Portia [sintetizadas na célebre frase "*The words expressly are 'a pound of flesh'*." (SHAKESPEARE, 2009, p. 73)], quando ela atuou no Tribunal de Veneza utilizando o disfarce de magistrado de Pádua, doutor em direito civil, durante a execução civil movida por Shylock contra Antonio (SHAKESPEARE, 2009). Na contemporaneidade, essas críticas vão desde a comunidade acadêmica não-jurídica, passando por agentes políticos e alcançando até o senso comum difuso na sociedade em geral.

[4] Esse conceito é compreendido pelo jurista argentino Luis Alberto Warat como "as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito" (WARAT, 1994, p. 13), e que, por isso, acaba servindo como um mecanismo útil para o entendimento da dimensão ideológica das verdades jurídicas.

[5] Sintomas desse tipo de crítica à dogmática jurídica podem ser observados, p. ex. no âmbito do direito penal, nas correntes jurídicas que defendem o movimento *Law and Order* ou o punitivismo penal que, no Brasil, têm em Sergio Fernando Moro, um de seus corifeus, como pode ser vislumbrando na defesa que este jurista fez, ainda em 2004, da defesa da flexibilidade do princípio constitucional da presunção de inocência e da prisão pós-julgamento, mesmo com recursos ainda pendentes, pensamento sintetizado nas seguintes palavras: "Registre-se que a construção excessivamente liberal brasileira não é um resultado necessário do princípio da presunção de inocência previsto no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, pois este comporta várias alternativas interpretativas" (MORO, 2004, p. 61).

do direito que ainda geram significativa controvérsia no citado campo. Neste trabalho, os referidos problemas estão adstritos a questionamentos envolvendo a natureza do campo de estudos jurídicos voltados para as políticas públicas e sobre o papel desempenhado pelo direito quando necessita cumprir com o roteiro das políticas públicas no teatro da política.

Sobre a primeira problemática, é preciso esclarecer que o próprio conceito jurídico de políticas públicas é uma formulação teórica objeto de disputa no campo científico. Assim, a despeito da necessidade de consolidação de um instrumental conceitual que sirva para operadores/estudiosos(as) dessas políticas das mais diversas áreas, no que se refere a um conceito jurídico propriamente dito, adverte Maria Paula Dallari Bucci[6] sobre a possibilidade da inexistência desse conceito específico, quando afirma que:

> Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito jurídico de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública. (BUCCI, 2006, p. 47)

Por outro lado, Clune (1993), quando tenta definir políticas públicas, na realidade apresenta um elenco formado por nove características

[6] A referida autora, destacada estudiosa no campo do direito e políticas públicas, em um de seus primeiros trabalhos sobre a temática, chegou a esboçar uma definição de políticas públicas como: "Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados." (BUCCI, 2002, p. 241). Como todo trabalho científico é uma construção em constante evolução, a despeito desta e de outras formulações conceituais existentes (Cf. CLUNE, 1993), neste trabalho será utilizada a noção de política pública como "tecnologia jurídica governamental" (COUTINHO, 2013) mas com o diferencial de estar à serviço "para a democracia em desenvolvimento" (BUCCI, 2013, p. 36).

em que se sobressaem noções como bem-estar material e em dimensão coletiva, desempenho econômico, efetividade, direção centralizada, atuação descentralizada, tensão entre centralização e descentralização, a dependência informacional e atendimento a objetivos sociais[7].

Na condição de tecnologia jurídica governamental (COUTINHO, 2013), as políticas públicas estão sujeitas às idiossincrasias dos governantes que venham a ocupar certo cargo público apto para a tomada de decisões políticas durante um determinado lapso temporal.

Quando o *leitmotiv* dessas idiossincrasias são fatores político-ideológicos, corre-se o risco de políticas públicas que deveriam estar consolidadas nos planos[8] macro e mesoinstitucional vir a serem secundarizadas ou, até mesmo, abandonadas.

A definição de fatores político-ideológicos utilizada neste ensaio depende, essencialmente da explicitação de qual conceito de ideologia está sendo empregado, principalmente em razão da grande plurivocidade com que o referido conceito vem sendo usado na esfera pública.

Portanto, no tópico seguinte serão expostos os diferentes sentidos utilizados para definir ideologia para, então, demonstrar a opção conceitual feita neste ensaio sobre quais fatores ideológicos que se pretende delimitar no âmbito das políticas públicas.

Deve ser vislumbrado, também, o fato de que neste trabalho, a dogmática jurídica das políticas públicas é estudada como uma abordagem epistemológica que, a despeito de possuir um método próprio, ainda assim, não seria concebida como uma disciplina jurídica autônoma.

Neste trabalho não se adota a existência de um "direito das políticas públicas" como uma disciplina autônoma do direito, conforme

---

[7] As características de política pública em Clune serão estudadas com mais vagar no tópico 3.1 deste trabalho.

[8] Faz-se menção aos três "planos de aproximação" do governo, enquanto manifestação juridicamente disciplinada: plano macroinstitucional, mesoinstitucional e microinstitucional. (BUCCI, 2013)

os parâmetros[9] traçados por Rocco (1934, p. 72) na primeira metade do século XX. Isto ocorre em razão da opção feita de tratamento desse campo como uma abordagem epistemológica dos objetos culturais[10] que compõem o saber jurídico em interação com as políticas adotadas pelo Estado, respectivamente.

2. CARTOGRAFIA DAS TENSÕES EPISTEMOLÓGICAS E POLÍTICO-IDEOLÓGICAS NA ABORDAGEM "DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS"

A palavra "cartografia" constitui um neologismo[11] utilizado para se referir a uma determinada comunidade epistêmica pertencente à geografia que possui como objeto de estudo os mapas, que são representações gráficas de um espaço.

---

[9] Leciona o jurista Alfredo Rocco que uma disciplina seria considerada autônoma quando ela preenche três requisitos que seriam, justamente, ela ser abrangente, possuir um conjunto de conceitos próprios a ela e deter um método próprio. Nesse sentido, afirma o referido autor italiano: "É que a autonomia duma sciência não deve confundir-se com a sua independência, ou melhor, com o seu isolamento. Para que um corpo de doutrinas tenha razão de existir e de ser considerado como sciência autônoma é necessário e suficiente : i.° que êle seja bastante vasto a ponto de merecer um estudo adequado e particular; 2.° que êle contenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos gerais informadores doutras disciplinas; 3.° que possua um método próprio, isto e', que empregue processos especiais para o conhecimento das verdades que constituem o objecto das suas investigações." (ROCCO, 1934, p. 72).

[10] Refere-se aqui à teoria ontológica dos objetos, segundo a qual existiriam quatro tipos de objetos: ideais, naturais, culturais e metafísicos. Eles representam as regiões do conhecimento humano (cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; e, também, COSSIO, Carlos. *La teoria egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964).

[11] Existe, etimologicamente, uma divergência sobre a origem da palavra "cartografia", de modo que para Nascentes (1955, p. 101) seria a junção dos vocábulos gregos χάρτης [transl. *khartes*], que significa "papel (carta geográfica)" e γράφειν [transl. *graphein*], que pode ser traduzido como "escrever", enquanto isso, para Klein (1966, p. 244), este termo seria um neologismo híbrido formado pelo vocábulo francês *carte*, que significa "mapa" ou "cartão", com o grego γράφειν.

Contudo, o uso alegórico[12] da expressão "cartografia" no presente trabalho possui o condão de fazer, justamente, uma representação no plano da escrita do espaço epistêmico que compreende a abordagem "direito e políticas públicas", só que focado em suas tensões epistemológicas e político-ideológicas.

A investigação de natureza epistemológica realizada a seguir possui o propósito de servir como uma orientação, uma autêntica "rosa dos ventos", que possibilite a compreensão dos impactos dos fatores político-ideológicos nas políticas públicas, oportunidade em que o direito será investigado como uma tecnologia representada pela dogmática jurídica.

A função do direito se refere ao conjunto de atividades desempenhadas pelo campo jurídico, compreendido aqui tanto na condição de dogmática quanto como direito positivo, no exercício de um papel em um determinado contexto. No meio social, o direito figura como um instrumento de controle na sociedade.

O direito é o instrumento mais institucionalizado de controle social formal que existe, entre todos os disponíveis no seio da sociedade (MACHADO NETO, 1987; FERRARI, 2015). Saindo do plano da sociologia jurídica e, partindo para o plano epistemológico, vislumbra-se que o direito pode ser considerado como um mecanismo tecnológico

---

[12] Diversos campos do conhecimento se utilizam desta figura de linguagem como um recurso de sistematização de uma problemática relacionada com o seu objeto de estudo, v.g. o próprio direito, conforme se infere dos trabalhos: CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an Area. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, v. 2, 1993 (artigo este que é abordado neste trabalho); RINGELHEIM, Julie. Droit et diversité culturelle: cartographie d'un champ en construction. In: RINGELHEIM, Julie. *Le droit et la diversité culturelle*. Bruxelles: Bruylant, 2011 (capítulo de livro que propõe a cartografia do campo em construção formado pela abordagem direito e diversidade cultural); e LEMBCKE, Oliver W. Über den Verweisungszusammenhang von Politik und Recht. Eine politiktheoretische Kartographie des modernen Konstitutionalismus. In: KIRSTE, Stephan (Hrsg.). *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften: Ein interdisziplinärer und internationaler Dialog*. Berlin: Duncker und humblot, 2016 (capítulo de livro sobre a interdisciplinaridade na ciência jurídica que trata de uma cartografia teórico-política do constitucionalismo moderno).

de resolução de conflitos, de maneira que o saber dogmático tem como problema central de estudo, justamente, a decidibilidade desses conflitos (FERRAZ JUNIOR, 2006; FERRAZ JUNIOR, 2015).

A dogmática jurídica tem com função social o controle da consistência dessa decidibilidade de conflitos postos na sociedade. Nesse sentido, esclarece Tércio Ferraz Júnior:

> Sua função social, neste sentido, está na limitação das possibilidades de variação na relação de aplicação, quando seus dois polos se tornaram contingentes. Observa-se, assim, que a Dogmática não é um simples eixo de mediação entre normas e fatos nem se resume no desenvolvimento de técnicas de subsunção do fato à norma, como chegaram a dizer os representantes da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola da Exegese. Sua função repousa, outrossim, no controle de consistência de decisões tendo em vista outras decisões; em outras palavras, no controle de consistência da decidibilidade, sendo, então, a partir dela que se torna viável definir as condições do juridicamente possível. (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 97)

Dessa maneira, a função social da dogmática jurídica aplicada às políticas públicas consistiria no controle de consistência da decidibilidade dos conflitos imanentes à execução dos programas de ação que compõem essas políticas.

Nesse sentido, enuncia Calsamiglia que: "*La dogmática jurídica no es arbitraria. El jurista no es libre de inventarse hipótesis interpretativas. La comunidad posee un termómetro de valoración de las teorías y éstas están sujetas a unos procedimientos preestablecidos*" (1990, p. 144).

Discussões sobre a função de um conhecimento científico, no caso a ciência dogmática do direito ou dogmática jurídica, são debates de natureza eminentemente epistemológica. E quando se trata de teoria do conhecimento aplicada ao direito, é imprescindível citar a polêmica palestra proferida por Julius von Kirchmann em Berlim [então, capital da Prússia] no ano de 1848, mas que ainda ecoa na comunidade acadêmica dos juristas.

Em tom inflamável, após tecer considerações sobre a forte natureza retórica do direito e de que a ciência do direito dependia mais do azar do que de seu método, Kirchmann afirmara que "três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em papéis inúteis" [*drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*] (KIRCHMANN, 1848, p. 23).

A provocação de Kirchmann gerou [e ainda gera] um mal-estar na epistemologia jurídica, posto que se os alicerces da ciência dogmática do direito estiverem centradas, única e exclusivamente, na realidade normativa, bastará uma eleição parlamentar para que livros e teses que tenham sido publicadas em formato "papel" venham a ter ser considerados um resíduo sólido cuja destinação final ambientalmente adequada seria a reciclagem[13].

Nesse cenário, enquanto há autores, como Haba (1993), que louvam a crítica de Kirchmann por ela ter uma perspectiva supostamente realista do fenômeno jurídico, merece destaque o pensamento de outros, como Calsamiglia (1990), que rejeitam a crítica kirchmanniana. Calsamiglia entende o modelo epistemológico de Kirchmann como ingênuo e levanta seis objeções ao referido jurista prussiano: o modelo kirchmanniano estaria baseado em um empirismo vulgar; subestimação do valor ativo do conhecimento; reducionismo das ciências à descrição da natureza; crença em um universalismo e imutabilidade da própria ciência; crença na ideia de que somente seriam objetos imutáveis poderiam ser objeto de conhecimento; e a crença na impossibilidade de generalização do particular (CALSAMIGLIA, 1990).

Em texto publicado posteriormente às objeções feitas por Calsamiglia, Haba afirma que mesmo tendo um limitado conhecimento de epistemologia, ainda assim, Kirchmann teria o mérito de ter denunciado o caráter retórico do conhecimento jurídico e passa a discorrer criticamente sobre esse aspecto do saber jurídico, quando afirma:

---

[13] Pelo menos no plano das normas jurídicas previstas na Lei nº 12.305/2010, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

> *De ahí que el carácter retórico del razonamiento jurídico, y en general su endeblez como discurso científico, no es cosa que en él sea un aspecto más o menos secundario. No es corregible, en lo fundamental, pues ESA es la condición misma para posibilitar que el derecho tenga existencia (real) en una sociedad (real). Para que de manera efectiva pueda cumplir con sus funciones esenciales, las de servir como medio común de ordenación-control, pacificación-social, tan necesario es que el discurso de los juristas parezca racional como que en verdad NO lo sea mucho. Se trata de que, a los ojos del hombre común, y también ante los de los propios juristas, impresione como si eso fueran unas soluciones racionales y sometidas a una discusión de tipo científico, sobre todo en el caso de la literatura profesional y en la palabra de los jueces, justamente porque en realidad ellas no lo son mucho. El derecho no es, ni jamás será, predominantemente un sistema racional de pensamientos... ¡por lo menos mientras la genética no produzca inéditos milagros en los cerebros de la gente! Porque él consiste en decisiones respecto a distintas posibilidades de ordenación político-social para las conductas humanas, decisiones tomadas por personas de carne y hueso, por individuos que están ellos mismos involucrados - directa o indirectamente, cuando menos ideológicamente - en tales conductas*. (HABA, 1993, p. 307)

Logo, para Haba (1993), qualquer teoria sobre o discurso jurídico baseada em operadores que desenvolvem uma persuasão racional, tal como o padrão concebido pelas teorias contemporâneas da argumentação jurídica, tendo a cometer equívocos, pois a racionalidade não seria a tônica do mundo do direito.

Haveria, assim, um "[…] *carácter inmanentemente poco racional que tienen las ordenaciones colectivas para la conducta humana y las ideologías populares acerca de ellas*" (HABA, 1993, p. 308).

Nesse ponto, importa agora precisar o sentido da expressão fatores político-ideológicos para fins de delimitação das ordenações coletivas aplicadas à padronização das políticas públicas. Assim, é imprescindível compreender o que o polissêmico conceito de ideologia significa.

O termo "ideologia" foi cunhado pelos membros de um grupo filosófico da França que, acompanhando a tradição de Condillac, "rejeitavam a metafísica e buscavam basear as Ciências Culturais em

fundamentos antropológicos e psicológicos" (MANNHEIM, 1986, p. 98), sendo esse grupo composto por pensadores como Cabanis e Destutt de Tracy que vislumbravam a ideologia como uma teoria genética das ideias (ALTHUSSER, 1974, p. 69).

A concepção contemporânea de ideologia surgiu após Napoleão Bonaparte identificar naquele grupo de filósofos uma oposição a suas ambições imperialistas. Assim, Bonaparte passou a rotulá-los desdenhosamente de "ideólogos", de modo que o vocábulo passou a incorporar semanticamente um sentido pejorativo que permanece até os dias atuais (MANNHEIM, 1986, p. 98).

Desde então, o conceito de ideologia evoluiu com o tempo recebendo diversas ressignificações fruto das contribuições teóricas feitas por autores de diversas correntes do pensamento que se debruçaram sobre o tema.

Na contemporaneidade, existem diversos sentidos aplicáveis para o termo "ideologia". Alaor C. Alves (1987) identifica dois sentidos principais envolvendo a expressão: a) cosmovisão alternativa que possibilita o conhecimento da realidade[14]; b) estado de subjetividade social[15]. Dessa

[14] Sobre esse sentido, afirma o autor que: "O termo "ideologia" é polissêmico, prestando-se a múltiplos usos nem sempre suficientemente caracterizados de modo a evitar confusão. Podemos apontar especialmente para duas significações a respeito das quais há um relativo consenso entre os teóricos. Primeiramente, o termo consigna um conjunto de ideias através das quais se toma consciência da realidade, formando uma totalidade mais ou menos estruturada que permite e orienta de certo modo a produção de juízos, opiniões, crenças e explicações acerca do mundo. Esse complexo tem por base, normalmente, as condições estruturadoras de grupos sociais, tais como partidos políticos, classes sociais, estratificações estamentais, raças, comunidades isoladas, etc., não excluindo o fato de que tal complexo de ideias faz parte inerente dessas mesmas condições estruturadoras. A ideologia, neste sentido, pode ser considerada como cosmovisões alternativas através das quais o homem toma consciência do mundo e em razão das quais esse mesmo mundo torna-se inteligível." (ALVES, 1987, p. 36-37)

[15] Esse sentido é descrito pelo autor, nos seguintes termos: "Numa segunda acepção, o termo "ideologia" traduz um estado de subjetividade social, com fundamento objetivo, a respeito do qual se avalia o correspondente complexo de ideias sob o ângulo do conteúdo de verdade ou falsidade que elas possam comportar e na medida em que elas possam formar uma falsa representação que induz ao engano em relação a determinadas situações sociais, escamoteando-as de maneira justificada. Nesse sentido, qualificar como ideológicas certas proposições significa considerá-las sob o ângulo de uma avaliação crítica." (ALVES, 1987, p. 37).

forma, conclui o referido autor: "A ideologia se caracteriza, basicamente, pelo empenho mais ou menos consciente ou mesmo inconsciente de justificação a respeito de uma realidade social e que toma a forma de uma expressão teórica ou de uma determinação prática." (ALVES, 1987, p. 38).

Karl Mannheim (1986) traz uma distinção entre as concepções de ideologia, com base no significado, que seriam, justamente, a concepção particular[16] de ideologia e a concepção total[17] de ideologia.

O referido autor alemão adverte, neste ponto, para a problemática da concepção total de ideologia ser compreendida como falsa consciência [*falsches Bewusstsein*][18] da realidade fática e epistêmica (MANNHEIM, 1986).

Nesse ponto, importa trazer a concepção marxista de ideologia. Para Althusser, ideologia constitui um instrumento de dominação que "representa a relação imaginária dos indivíduos com as suas condições reais de existência." (ALTHUSSER, 1974, p. 77).

Por meio deste mecanismo, as classes dominantes instauram [*mise en place*] os distintos aparelhos ideológicos do Estado [AIE][19] que atuando

---

[16] Para o autor: "A concepção particular de ideologia é implicada quando o termo denota estarmos céticos das ideias e representações apresentadas por nosso opositor. Estas são encaradas como disfarces mais ou menos conscientes da real natureza de uma situação, cujo reconhecimento não estaria de acordo com seus interesses." (MANNHEIM, 1986, p. 81).

[17] De acordo com o referido autor: "[...] a concepção total, mais inclusiva, da ideologia. Referimo-nos aqui à ideologia de uma época ou de um grupo histórico-social concreto, por exemplo, a de uma classe, ocasião em que nos preocupamos com as características e a composição da estrutura total da mente desta época ou deste grupo." (MANNHEIM, 1986, p. 82).

[18] Sobre essa problemática, afirma Mannheim: "A concepção total de ideologia levanta um problema, frequentemente vislumbrado anteriormente, mas que, pela primeira vez, adquire significação mais ampla, vale dizer, o problema de como pode vir surgir algo como a "falsa consciência" (*falsches Bewusstsein*) - o problema da mente totalmente distorcida que falsifica tudo o que se exponha ao seu alcance. O entendimento de que nosso horizonte total, distinto de seus detalhes, pode ser distorcido empresta à concepção total de ideologia uma significação e uma relevância especiais para a compreensão de nossa vida social." (MANNHEIM, 1986, p. 95-96)

[19] Althusser (1974) sistematiza os AIE em: religioso (o sistema das diferentes Igrejas); o escolar (o sistema das diferentes escolas públicas e particulares); o familiar; o jurídico, o político (o sistema Político de que fazem parte os diferentes partidos); o sindical; o da informação (imprensa, rádio-televisão, etc.); o cultural (Letras, Belas Artes, desportos, etc.).

em conjunto com os aparelhos [repressivos] do Estado[20], garantem a hegemonia política das referidas classes sociais (ALTHUSSER, 1974).

Merece menção ainda a distinção feita por Wolkmer (2003) entre o significado positivo de ideologia e o significado negativo de ideologia. No primeiro enfoque, a ideologia seria compreendida como um determinado conjunto de ideias, enquanto que, de acordo com o segundo ollhar, ela é "entendida como falsa consciência das relações de domínio entre as classes" (WOLKMER, 2003, p. 103).

A relação entre direito e ideologia varia de acordo com a perspectiva teórica do pensador, contudo, caso observe o prisma dos teóricos marxistas, o direito seria concebido como um instrumento voltado para o exercício consentido da violência[21] mas que, em razão da ideologia, apresenta-se para os indivíduos em geral como uma manifestação daquilo que é legal que deve implicar na imediata aceitação de suas prescrições normativas (CHAUÍ, 2008).

Althusser também vislumbra de maneira crítica a relação entre o direito e a ideologia, visto que ele entende que "O «Direito» pertence simultaneamente ao Aparelho (repressivo) de Estado e ao sistema dos AIE.", ou seja, dos aparelhos ideológicos do Estado (ALTHUSSER, 1974, p. 44).

Expostas as distintas visões do que seria ideologia, o enquadramento da noção de fatores político-ideológicos no referido

---

[20] Nesse sentido: "O que distingue os AIE do Aparelho (repressivo) de Estado, é a diferença fundamental seguinte: o Aparelho repressivo de Estado «funciona pela violência», enquanto os Aparelhos Ideológicos de Estado funcionam «pela ideologia»." (ALTHUSSER, 1974, p. 46).

[21] Preleciona Chauí que: "O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não-violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados, e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom. Assim, a ideologia substitui a realidade do Estado pela ideia do Estado - ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela ideia de interesse geral encarnado pelo Estado." (CHAUÍ, 2008, p. 83-84).

panorama teórico implicaria na busca pelas categorias mais abrangentes e elásticas do conceito de ideologia elencadas acima.

Contudo, merece menção o fato de alguns autores fazerem referência explícita a concepções ideológicas que se acoplam aos citados fatores. Nesse sentido, Wolkmer dedica um tópico para abordar as "ideologias políticas modernas" (WOLKMER, 2003, p. 120), que ele agrupa em quatro tipos principais[22], enquanto isso, Dallari (2011) trabalha com essa categoria ideológica ao abordar diversos institutos da Teoria do Estado.

Portanto, as ideologias políticas a que alude Wolkmer seriam os fatores político-ideológicos que devem ser delimitados nas políticas públicas. Neste ponto, merece ser trazida a advertência de Heron Santana Gordilho quanto à influência do componente ideológico sobre o aplicador da lei, pois este não seria imune de quaisquer espécies de valorações, afinal ele está inserido na esfera política da sociedade brasileira que é marcada por uma "realidade social injusta e contraditória" (GORDILHO, 2008, p. 53).

Expostas essas considerações, perquire-se sobre as garantias de continuidade de uma política pública diante de situações em que o(a) tomador(a) da decisão política, democraticamente eleito(a) pela comunidade beneficiada por aquela política pública, em razão desses fatores político-ideológicos, decide simplesmente deixar de executar a referida política ou, então, passa a contingenciar recursos financeiros para a mesma, inviabilizando o atendimento de uma das características de uma política pública para Clune (1993) que consiste em ela ser orientada a resultados ou, então, preocupada com consequências reais dessa política, em vez de ser pautada por controvérsias hermenêuticas e morais envolvendo o texto normativo.

---

[22] A tipologia de ideologias políticas modernas de Wolkmer (2003) compreende o liberalismo, o socialismo, o nacionalismo e o totalitarismo.

Essa questão não deve ser desconsiderada, posto que inexistem sanções efetivas no direito brasileiro que garantam a continuidade de políticas públicas. Os poucos mecanismos que a dogmática jurídica oferece para que a abordagem "direito e políticas públicas" estude soluções de continuidade dessas políticas no plano normativo estariam, precipuamente, no plano plurianual do orçamento[23] e na previsão constitucional de que o plano nacional de cultura seria plurianual[24].

O princípio da continuidade dos serviços públicos (DI PIETRO, 2014) ou simplesmente da continuidade (MOREIRA NETO, 2014), apesar de acolhido nos planos doutrinário e jurisprudencial, ainda não houve um desenvolvimento, em termos teóricos, dessa norma principiológica para que ela, de fato, incorpore no âmbito de seu "estado ideal de coisas"[25], justamente, a continuidade das políticas públicas criadas em governos anteriores.

Desta forma, em caso de a heurística inerente à dogmática jurídica das políticas públicas vislumbrar a possibilidade do princípio da continuidade oferecer soluções de permanência dessas políticas, somente poder-se-ia deixar de conferir uma constância para a referida política na hipótese em que ela não tenha um desempenho satisfatório demonstrado por meio de análise técnica feita pelos servidores públicos do órgão ou auditoria externa. Portanto, nesta situação, esse princípio do direito administrativo seria aplicado em concordância prática com o princípio constitucional da eficiência, que seria uma das exceções à continuidade das políticas públicas.

---

[23] Cf.: o art. 165, inc. I, § 9º, da Constituição Federal de 1988.

[24] A despeito de o art. 215, § 3º, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 48/2005, com a promulgação da Emenda Constitucional que estabelece o teto dos gastos públicos [EC nº 95/2016]. Sobre os impactos do referido regime fiscal na saúde, cf.: ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 32, n. 12, 2016.

[25] Utilizando uma expressão que H. Ávila (2009) aplica em sua teoria dos princípios.

3. REPENSANDO A ARQUITETURA JURÍDICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DO PENSAMENTO DE WILLIAN H. CLUNE

Emprega-se aqui a expressão "arquitetura" em seu sentido etimológico[26] para realizar uma alegoria que pretende designar a construção ordenada erguida por uma tecnologia [que seria, justamente, o direito] aplicável às políticas públicas. Portanto, a arquitetura jurídica das políticas públicas se refere à sistematização da dogmática jurídica relacionada a esse campo.

Ainda no terreno da alegoria, ressalta-se que, de acordo com os cânones arquitetônicos clássicos estabelecidos a partir do Império Romano, tendo sua concepção teórica representada pelo tratado vitruviano *De Architectura*, escrito no século I a.C., a arquitetura é composta por uma tríade de aspectos sintetizados nas fórmulas: *firmitas* [solidez], *utilitas* [funcionalidade] e *venustas* [estética] (VITRUVIUS POLLIO, 2006, p. 82).

Dentre os aspectos acima citados, merece destaque os dois primeiros: a firmeza estrutural e a utilidade, de modo que serão estes os filtros a serem utilizados para a compreensão da arquitetura jurídica das políticas públicas tendo como parâmetro o pensamento de William H. Clune esboçado no texto "*Legal Disintegration and a Theory of the State*".

No referido texto, Clune pretende fazer uma descrição daquilo que ele denomina de "topologia do pensamento jurídico" [*topology of legal thought*], bem como das condições sociais que englobam o pensamento jurídico como um de seus componentes (CLUNE, 2011, p. 186).

Clune apresenta uma proposta de releitura do pensamento jurídico utilizando as categorias espaciais de "núcleo" ou "centro" e de

---

[26] Recorre-se, também, à etimologia para expor, tanto à leitora, quanto ao leitor, o significado que pretende ser dado no presente trabalho à expressão "arquitetura jurídica". Assim, a palavra latina *architectura*, que deu origem ao termo "arquitetura" da língua portuguesa e a diversas outras palavras utilizadas em línguas hegemônicas da contemporaneidade [ex. inglês, espanhol e francês], constitui um conceito surgido da latinização do substantivo grego αρχιτεκτων [transl. *arkhitekton*] que se referia ao profissional que chefiava carpinteiros (NASCENTES, 1955, p. 44) ou construtores, o qual, por sua vez, foi formado pela junção dos termos αρχή [transl. *arkhé*], que significa "principal", "primeiro", "primazia" ou "chefe", com o vocábulo τέχτων [transl. *tékhton*] que significa "construtor" (KLEIN, 1966, p. 101)

"periferia" e, assim, identificar a estrutura desse pensamento jurídico com uma economia política, dicotômica e fragmentada, do moderno Estado de bem-estar social e democrático (CLUNE, 2011, p. 186).

Nesse texto, ele pretende fazer um movimento do artigo da fenomenologia jurídica para a economia política. No qual se identifica a fenomenologia jurídica com a experiência do pensamento jurídico e a economia política[27] com um tipo de organização cultural (CLUNE, 2011, p. 186).

Outra questão enfrentada por Clune foi o problema envolvendo o sentimento de desintegração e integração [ou movimento progressivo] no direito. Na perspectiva do referido jurista norteamericano, o seu conceito de pensamento jurídico vai além de um mero produto da comunidade acadêmica jurídica, mas sim como o produto de uma abrangente construção social da realidade (CLUNE, 2011, p. 187).

Dialogando com o referido autor, importa esclarecer que a expressão "construção social da realidade" na construção teórica desenvolvida por Peter L. Berger e Thomas Luckmann começa com a definição de "realidade" como "qualidade pertencente a fenómenos que reconhecemos terem um ser independente da nossa própria volição" em que essa qualidade é construída em termos sociais (BERGER; LUCKMANN, 2004, p. 13).

Tendo o arcabouço sociológico acima como o referencial teórico de compreensão do pensamento cluniano, percebe-se que, para Clune, os fenômenos jurídicos constituiriam um dado, no caso, uma qualidade, forjada em termos sociais, indo além dos instrumentos da dogmática jurídica ou do próprio direito positivo.

O modelo de dogmática jurídica que Clune (2011) propõe compreende quatro elementos: núcleo, periferia, transição e reintegração. Esses quatro elementos abrigariam cinco dimensões do pensamento

[27] Essa ressignificação do termo "economia política" em Clune (2011) exige um diálogo com a segunda parte do próprio artigo em que o autor norteamericano contextualiza a economia política do capitalismo no âmbito do núcleo da liberdade econômica.

jurídico: Agência de tomada de decisão, processo e tipo de decisão; substância da decisão; Tipo de justificação ou racionalização; tipo de interpretação; Papel do direito (CLUNE, 2011, p. 187-189).

O uso por Clune das categorias núcleo [*core*] e periferia [*periphery*] em sua construção teórica foi uma influência nítida do pensamento de Duncan Kennedy exposto em trabalho publicado na segunda metade da década de 1970 sobre a forma e substância da jurisdição do direito privado, conforme se infere a seguir:

> Um modo de conceber a transição do pensamento jurídico clássico para o moderno é através das imagens de núcleo e periferia. O individualismo clássico lidou com as questões de comunidade x autonomia, regulação x facilitação e paternalismo x autodeterminação, afirmando a existência de um núcleo de liberdade jurídica que foi equiparado à firme adesão à autonomia, facilitação e autodeterminação. A existência de tendências contrárias foi reconhecida, mas de maneira indireta. Por sua "natureza", a liberdade deve ter limites; estes podem ser derivados como implicações dessa natureza; e constituiriam uma periferia de exceções às doutrinas centrais. O que distingue a situação moderna é a quebra do marco conceitual entre o núcleo e a periferia, de modo que todas as posições conflitantes sejam pelo menos potencialmente relevantes para todas as questões. Os conceitos clássicos nos orientavam para um *ethos* ou outro - para o núcleo ou a periferia - e então permitiam argumentos consistentes dentro desse ponto de vista, com alguns casos difíceis ocorrendo na fronteira. Agora, cada uma das visões conflitantes reivindica relevância universal, mas é incapaz de estabelecer uma hegemonia em qualquer lugar. (KENNEDY, 1976, p. 1737) [nossa tradução]

Essa arquitetura jurídica exposta por Clune (2011) pode ser sintetizada em cinco dimensões que serão explicitadas da seguinte maneira:

A primeira dimensão [Agência de tomada de decisão, processo e tipo de decisão] seria composta por: Núcleo: tribunais, litigância, ação; Periferia: legislaturas, legislação, ato normativo; Transição: litigância de direito público, direitos de ação previstos em atos normativos [*statutory*

rights of action]; Reintegração: legislação sobre proteção social, direitos fundamentais sociais [*constitutional welfare rights*].

A segunda dimensão [substância da decisão] seria composta por: Núcleo: direito privado; Periferia: direito público; Transição: regulação judicial, o *common law* como economicamente racional; Reintegração: direito reflexivo.

A terceira dimensão [tipo de justificação ou racionalização] seria composta por: Núcleo: análise jurídica; Periferia: análise de políticas públicas; Transição: análise econômica do direito; Reintegração: considerações morais nas políticas de bem-estar social, análise das políticas públicas como participação e empoderamento.

A quarta dimensão [tipo de interpretação] seria composta por: Núcleo: raciocínio moral; Periferia: raciocínio positivo; Transição: intenção legislativa; Reintegração: interpretação situacional de atos normativos etc.

A quinta e última dimensão [Papel do direito] seria composta por: Núcleo: hegemônico; Periferia: marginal; Transição: implementação; Reintegração: escolha institucional.

Como síntese do modelo arquitetônico proposto, Clune utiliza a alegoria de uma fortaleza para ilustrar o direito, escrevendo que ele seria uma pequena fortaleza que oferece uma perspectiva restrita e artificial do mundo exterior através de suas estreitas janelas de método jurídico e procedimentos legais; mas que as portas da fortaleza desta estariam escancaradas; e a fortaleza estaria cheia de diferentes estranhos todos os dias. A dicotomização do direito seria, portanto, um fenômeno dinâmico que consiste em pressão interna no ponto de vista exclusivamente jurídico e pressão externa na intromissão de perspectivas "estrangeiras", causando desconforto mútuo (CLUNE, 2011, p. 192).

Clune conclui que a análise de políticas públicas substituiu o raciocínio moral como retórica dominante da formação dessas políticas (*dominant rhetoric of policy formation*). Para o referido autor, a finalidade jurídica da análise de políticas públicas tende a ser um pouco vazia. Isso acontece, pois instituições jurídicas como tribunais e o processo jurisdicional seriam, na melhor das hipóteses, apenas alguns dentre os

vários instrumentos de políticas públicas possíveis e, na pior delas, um anacronismo irritante. O *common law*, quando voltado à facilitação do mercado, não está na vanguarda do desenvolvimento social (CLUNE, 2011, p. 203).

Clune também o trata, em seu texto, de três categorias envolvendo o seu estudo do fenômeno da desintegração do direito: a categoria tradicional, a intermediária e a vanguardista.

Na categoria tradicional, as transações imobiliárias e os conflitos cotidianos sobre direito de propriedade são impossíveis de serem eliminados em uma economia complexa, e algumas destas disputas continuarão a exigir o ajuizamento de ações no âmbito do processo civil [e suas alternativas de resolução de controvérsias]. O núcleo do método jurídico também não pode ser erradicado (CLUNE, 2011, p. 204)

Na categoria intermediária, o direito tem um papel forte a desempenhar nas disputas de adesão [ou acesso] geradas por complexos programas de bem-estar social e planejamento econômico (CLUNE, 2011, p. 204).

Também na categoria vanguardista é o planejamento de políticas de bem-estar social por meio da escolha institucional [*institutional choice*]. Um modo de reduzir a complexidade do planejamento social e, também, o conflito entre liberdade e cooperação estaria na delegação de atribuições e não em uma mera prescrição detalhada [*detailed prescription*]. Assim, em vez de uma regulamentação pura e simples, as políticas sociais consistem em combinar as instituições com os objetivos da política pública, capacitando as organizações a assumir novas funções, e assim por diante (CLUNE, 2011, p. 205).

Em que pese a problematização feita por Clune trazer uma arquitetônica jurídica das políticas públicas coerente com a *Common Law*, faz-se necessário frisar as dificuldades que um transplante acrítico desse modelo para o sistema jurídico brasileiro.

Contudo, algumas ideias trabalhadas pelo autor merecem uma observação criteriosa, visto que podem vir a se converter em uma ferramenta metodológica útil para a abordagem "direito e políticas públicas", um

exemplo dessas ideias seria a relação núcleo-periferia proposta por Duncan Kennedy na década de 1970, mas que foi estudada por Clune. Entende-se que tal concepção, acaso fosse adaptada à realidade brasileira, ela poderia contribuir para uma compreensão melhor da arquitetura jurídica das políticas públicas, inclusive oferecendo mecanismos que tornem essa construção com firmeza estrutural e eficiente.

4. CONCLUSÃO:

Independentemente dos fatores político-ideológicos que conduzam o(a) tomador(a) de decisões na arena pública, considerando o contexto do estado democrático de direito, faz-se imprescindível que o(a) mesmo(a) dê continuidade às políticas públicas que estejam traçadas nos planos macro e mesoinstitucional.

Contudo, a ausência de instrumentos normativos que vinculem o(a) gestor(a) público(a) na continuidade dessas políticas públicas faz com que a descontinuidade dessas políticas seja, lamentavelmente, uma realidade tão evidente no espaço público que de tão efetiva aparenta ser uma norma consuetudinária de direito público[28].

O estabelecimento de algum mecanismo jurídico-formal que garanta uma continuidade de uma política pública diante de situações em que o(a) tomador(a) da decisão política, democraticamente eleito(a) pela comunidade beneficiada por aquela política pública, em razão desses fatores político-ideológicos, decide simplesmente deixar de executar a referida política ou, então, passa a contingenciar recursos financeiros para

[28] A figura de linguagem utilizada neste parágrafo busca expor, por meio da ironia, o estado de desolação que historicamente afeta as políticas públicas brasileiras e que tem como figura ilustrativa dessa tragédia institucionalizada o art. 60 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006, que prevê em 2020 o termo final para o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB). Todavia, esse quadro teratológico não se restringe apenas à educação, podendo ser vislumbrados exemplos de descontinuidades também no âmbito da saúde, cf.: MACHADO, Juliana Costa; COTTA, Rosângela Minardi Mitre; SOARES, Jeferson Boechat. Reflexões sobre o processo de municipalização das políticas de saúde: a questão da descontinuidade político-administrativa. *Interface*, v. 19, n. 52, 2015.

a mesma, inviabilizando a existência da mesma é uma das contingências que pautam a delicada relação entre o direito e a política.

O desenvolvimento de um método jurídico que permita à abordagem epistemológica denominada "direito e políticas públicas" produzir ferramentas teóricas que embasem o controle de consistência da decidibilidade dos conflitos imanentes à execução dos programas de ação que compõem essas políticas, constitui uma das grandes contribuições que a discussão metodológica sobre esse campo de estudo pode oferecer.

Por fim, considerando que a arquitetura jurídica das políticas públicas exige o desenvolvimento de mecanismos que propiciem uma heurística que, de maneira crítica, esteja em constante manutenção/revisão das estruturas que garantam a firmeza estrutural dessa construção teórica e, concomitantemente, ofereça mecanismos que tornem essa construção dotada de funcionalidade, faz-se necessário repensar os instrumentos disponíveis pelo Estado brasileiro para que políticas públicas que buscam concretizar o estado de direito promulgado em 5 de outubro de 1988 não venham a se converter em promessas que se dissipam ao sabor das idiossincrasias do governante do momento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do estado*. Lisboa: Presença, 1974.

ALVES, Alaor Caffé. *Estado e ideologia: aparência e realidade*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 2. ed. Lisboa: Dinalivro, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción a la ciencia jurídica*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1990.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an Area. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, v. 2, 1993.

_____. Legal Disintegration and a Theory of the State. *German Law Journal*, v. 12, n. 1, 2011.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Alberto Pimenta de (eds.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRARI, Vicenzo. *Primera lección de sociología del derecho*. Mexico: UNAM, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GORDILHO, Heron José de Santana. Por uma dogmática pós-moderna. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 16, 2008.

HABA, Enrique P. Kirchmann sabía menos...¡ Pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho. *Doxa*, Alicante, v. 14, 1993.

KENNEDY, Duncan. Form and substance in Private Law adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 89, 1976.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin: Verlage Julius Springer, 1848.

KLEIN, Ernest. *A comprehensive etymological dictionary of the English language*. Amsterdam: Elsevier, 1966, v. 1.

MACHADO, Juliana Costa; COTTA, Rosângela Minardi Mitre; SOARES, Jeferson Boechat. Reflexões sobre o processo de municipalização das políticas de saúde: a questão da descontinuidade político-administrativa. *Interface*, v. 19, n. 52, 2015.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Trad.: Sergio Magalhães Santeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1986.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, jul./set. 2004.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria acadêmica, 1955, v. 1.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Trad.: Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1934.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 32, n. 12, 2016.

SHAKESPEARE, William. *The merchant of Venice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

SOFOCLE. Antigone. In: PADUANO, Guido (a cura di). *Tragedie e frammenti di Sofocle*. Torino: UTET, 1996.

VITRUVIUS POLLIO, Marcus. *Tratado de arquitetura*. Trad.: M. Justino Maciel. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, v. 1.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Thiago Pires Oliveira

Doutorando em Mudança Social e Participação Política pela Universidade de São Paulo (USP).
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Especialista em Direito do Estado pela UFBA.
Bacharel em Direito pela UFBA.
Advogado.

Projeto gráfico
Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração
Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Capa
Arte: Coordenadoria Multimeios - STJ
Fotógrafo - STJ

Impressão e Encardenação
Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF